



PUC
RIO

Direito, Estado e Sociedade

Jan | Jun 2016
ISSN 1516-6104

48

Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro
Departamento de Direito

Revista Direito, Estado e Sociedade (ISSN 1516-6104)

Publicação semestral do Departamento de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio), em circulação desde 1991.

Missão e Política Editorial

Divulgar intervenções interdisciplinares e inovadoras que tenham qualidade aprovada por pares competentes. As contribuições podem se dar por meio de artigos originais, artigos de revisão, resenhas, entrevistas, palestras, relatórios de pesquisas ou relatos específicos sobre seminários científicos. Alguns números do periódico dedicam-se a temáticas específicas, conforme deliberação do Conselho Editorial. Como o periódico está vinculado ao Programa de Pós-Graduação em Direito da PUC-Rio, espera-se que os trabalhos estejam, preferencialmente, vinculados às suas linhas de pesquisa, a saber: Transformações Constitucionais e Pensamento Constitucional Contemporâneo; Direitos Humanos, Democracia e Ordem Internacional; Teoria do Direito, Ética e Construção da Subjetividade.

Conselho Editorial

André-Jean Arnaud † (Centre National de la Recherche Scientifique; Paris, França); Cecília Caballero Lois (Universidade Federal do Rio de Janeiro; Rio de Janeiro – RJ, Brasil); Claudio Michelon (The University of Edinburgh; Edinburgo, Escócia); Costas Douzinas (Birkbeck – University of London; Londres, Inglaterra); Eduardo Rabenhorst (Universidade Federal da Paraíba; João Pessoa – PB, Brasil); Giuseppe Cocco (Universidade Federal do Rio de Janeiro; Rio de Janeiro – RJ, Brasil); Joaquim de Arruda Falcão (Fundação Getúlio Vargas – Rio de Janeiro; Rio de Janeiro – RJ, Brasil); José Afonso Da Silva (Universidade de São Paulo; São Paulo – SP, Brasil); José Eduardo Campos de Oliveira Faria (Universidade de São Paulo; São Paulo – SP, Brasil); Luiz Moreira (Instituto Brasiliense de Direito Público; Brasília – DF, Brasil); Marcos Faro de Castro (Universidade de Brasília; Brasília-DF, Brasil); Marilena Chauí (Universidade de São Paulo; São Paulo-SP, Brasil); Oscar Vieira Vilhena (Fundação Getúlio Vargas – São Paulo; São Paulo – SP, Brasil); Pierangelo Catalano (Universidade de Roma – La Sapienza; Roma, Itália); Ronaldo Poletti (Universidade de Brasília; Brasília – DF, Brasil); Wil Waluchow (McMaster University; Hamilton, Canadá).

Produção Editorial: PUC-Rio; Rio de Janeiro-RJ, Brasil

Noel Struchiner (Editor-Chefe); Antonio Pele (Editor-Adjunto); Pedro Chrismann (Editor-Assistente); Rebeca Freitas (Editor-Assistente); Úrsula Vasconcellos (Editor-Assistente).

Apoio gráfico-editorial

Editora PUC-Rio.

Indexação e Distribuição

A revista encontra-se depositada nas principais bibliotecas do sistema nacional (COMUT) e indexada em: RVBI – Ministério da Justiça; Catálogo Coletivo Nacional de Publicações Seriadadas (CCN); EBSCO; ISI; Ulrich's Periodicals; e VLEX. A Revista é distribuída por meio de permuta, doação e venda.

Responsabilidade, Conflito de Interesses e Copyright

As opiniões emitidas são de absoluta e exclusiva responsabilidade de seus respectivos autores. Deve ser feito o registro de possível conflito de interesses junto com a submissão. Permite-se a reprodução total ou parcial dos trabalhos, desde que explicitamente citada a fonte.

Notas aos Colaboradores

Os artigos a serem submetidos ao Conselho Editorial deverão ser enviados preferencialmente pelo endereço eletrônico <http://www.jur.puc-rio.br/revistades/> ou para a Secretaria do Departamento de Direito da PUC-Rio, na Rua Marques de São Vicente 225, Ala Frings – 6º andar – Gávea – Rio de Janeiro – RJ – 22453-900. As normas de publicação e diretrizes de avaliação podem ser encontradas na última página.

DIREITO, ESTADO E SOCIEDADE

nº 48 Janeiro-Junho 2016

ISSN 1516-6104

Rio de Janeiro: Pontifícia Universidade Católica – Departamento de Direito.

1. Direito – Periódicos. I – PUC-Rio.

Sumário

5 | Carta do editor/*Editorial*

Artigos/Papers

- 10 | Cidadania Sexual: Postulado Interpretativo da Igualdade
Sexual Citizenship: An Interpretive Principle of Equality
Adilson José Moreira
- 47 | Sistemas Plurais de Direito: desde Práticas Sociais e Insurgências Latino-Americanas
Plural Legal Systems: from Social Practices and Latin-American Insurgencies
Antonio Carlos Wolkmer e Débora Ferrazzo
- 76 | A Recepção dos Tratados de Direitos Humanos pelos Tribunais Nacionais: Sentenças Paradigmáticas de Colômbia, Argentina e Brasil
The Reception of Human Rights Treaties by Domestic Courts: Paradigmatic Judicial Decisions from Colombia, Argentina and Brazil
Antonio Moreira Maués e Breno Baía Magalhães
- 113 | Direitos Humanos e Superlotação no Presídio Feminino de Porto Alegre
Human Rights and Overcrowding in the Women's Prison in Porto Alegre
Dani Rudnicki e Marili Antunes Neubüser
- 139 | Dispersão de Fundamentos no Supremo Tribunal Federal
Scattered Arguments in Federal Supreme Court
Fábio Carvalho Leite e Marcelo Santini Brando
- 167 | Imigração Haitiana no Brasil: os Motivos da Onda Migratória, as Propostas para a Inclusão dos Imigrantes e a sua Proteção à Dignidade Humana
Haitian Immigration in Brazil: the Migration Wave Reasons, the Proposals for the Inclusion of Immigrants and their Protection for Human Dignity
Leda Maria Messias da Silva e Sarah Somensi Lima

- 196 | *Políticas Culturales y Derechos Culturales a través de los Diablos de Ocumicho*
Políticas Culturais e Direitos Culturais através dos Diabos do Ocumicho
Lucero Ibarra Rojas
- 224 | A Análise do Discurso Ideológico do Direito e a Teoria do Agendamento Midiático
The Analysis of the Ideological Discourse of Law and the Agenda-Setting Theory
Marco Antonio Barbosa e Marco Aurelio Moura dos Santos
- 247 | *Cloud Computing como Instrumento de Fomento da Democracia*
Cloud Computing as an Instrument for the Promotion of Democracy
Salette Oro Boff e Patrícia Tavares Ferreira Kaufmann
- 267 | **Notícias e informações/News and informations**
Resumos das dissertações e teses defendidas no 1º semestre de 2016 no âmbito dos Programas de Pós-Graduação (Mestrado e Doutorado) em Teoria do Estado e Direito Constitucional do Departamento de Direito da PUC-Rio.
- 285 | **Resumos/Abstracts**

Carta do editor

É com imensa satisfação que o Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro apresenta o número 48 da Revista Direito, Estado e Sociedade, referente ao primeiro semestre de 2016. Em mais este volume, podemos contar com artigos contendo pesquisas de relevância dentro da linha editorial do periódico, vinculada às áreas de concentração do Programa. A partir das contribuições inestimáveis dos autores e dos pareceristas, aos quais deixamos o nosso profundo agradecimento, esperamos que a leitura proporcione à comunidade acadêmica e jurídica novos questionamentos, reflexões e, também, caminhos argumentativos. Aproveitamos o ensejo também para lembrar que as submissões para a Revista Direito, Estado e Sociedade são permanentes e devem ser realizadas por meio do nosso sistema editorial online em plataforma *Open Journal System*, diretamente na página da Revista (<http://www.jur.puc-rio.br/revistades/>).

A nova edição se inicia com o artigo de Adilson José Moreira, que atenta para a necessidade de se traçarem os fundamentos do conceito de cidadania sexual. A inovação trazida pelo artigo é a formulação do que consistiria este princípio, que é amplamente utilizado por nossos tribunais enquanto princípio substantivo de controle de constitucionalidade nas decisões que estenderam proteção jurídica a casais homossexuais. O autor chega à conclusão de que o uso do conceito de cidadania sexual, dentro do constitucionalismo atual, pode servir para afirmar uma nova concepção de cidadania na nossa sociedade, tornando-a mais inclusiva.

A seguir, Antonio Carlos Wolkmer e Débora Ferrazzo desenvolvem seu artigo com o objetivo de aprofundar a discussão acerca do pluralismo

jurídico em sociedades latino-americanas. Demonstrando as tensões entre um projeto colonizador e a realidade composta por um mosaico social, os autores enxergam nos recentes processos constituintes da América Latina uma conquista que aponta para a superação material do monismo jurídico e para a formação de uma nova cultura jurídica mais justa.

Antonio Moreira Maués e Breno Baía Magalhães, por sua vez, em um artigo no qual utilizam o método comparado, analisam decisões paradigmáticas tomadas pela Corte Constitucional da Colômbia, pela Corte Suprema de Justiça da Nação (Argentina) e pelo Supremo Tribunal Federal. As decisões analisadas, no entender dos próprios tribunais, representaram uma nova maneira de compreender as relações entre direito interno e direito internacional, particularmente no campo dos direitos humanos. A partir delas, os autores concluem que, enquanto o STF não lançar mão do princípio da interpretação conforme, a utilização da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos continuará a ser esparsa e estratégica, limitando a recepção da Convenção Americana sobre Direitos Humanos em nosso ordenamento.

Dani Rudnicki e Marili Antunes Neubüser, em seu artigo, analisam a problemática da superlotação dos presídios através da análise das condições de vida tanto das detentas quanto das agentes penitenciárias que cumprem pena restritiva de liberdade ou trabalham na Penitenciária Feminina Madre Pelletier, em Porto Alegre. O artigo, partindo de uma análise comparativa da população carcerária entre os anos de 2007 e 2015, direciona sua atenção às mudanças trazidas pelo fim da superlotação, inclusive no que tange à melhoria no cumprimento dos direitos das detentas que ali cumpriram ou cumprem pena restritiva de liberdade.

O estudo de Fábio Carvalho Leite e Marcelo Santini Brando se propõe a delinear o fenômeno da dispersão de fundamentos no âmbito das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal (STF) em sede de controle de constitucionalidade. Após destacar as causas que levam à ocorrência da dispersão dos fundamentos, os autores argumentam o porquê da indesejabilidade da ocorrência do fenômeno no âmbito do STF. Os fundamentos para tanto vão desde o debate acerca da legitimidade do controle de constitucionalidade até a utilização das pesquisas trazidas pela psicologia da tomada de decisão judicial.

O artigo de Leda Maria Messias da Silva e Sarah Somensi Lima se debruça sobre o fenômeno das imigrações haitianas, cujo fluxo para o Brasil

aumentou notadamente desde 2010. Enfatizando a necessidade de que o país crie políticas de inclusão dos migrantes, as autoras traçam um panorama de como a questão migratória vem sendo tratada pelo poder público e expõem os obstáculos que ainda se fazem presentes. À guisa de conclusão, explicitam que os direitos de personalidade e o princípio da dignidade humana devem servir de guias para o asseguramento de garantias destinadas aos migrantes e elencam medidas emergenciais necessárias para a inserção dos haitianos no nosso país.

O artigo de Lucero Ibarra Rojas mostra como o contato com as instituições do Estado tem impactado a comunidade rural de Ocumicho, notável por sua produção de artesanato. A autora, ao mostrar como se dá, na prática, essa interação entre a comunidade e as instituições, evidencia o condicionamento do exercício dos direitos culturais a uma política clientelista estatal, cujo efeito é nitidamente visto nos processos de comercialização do setor artesanal.

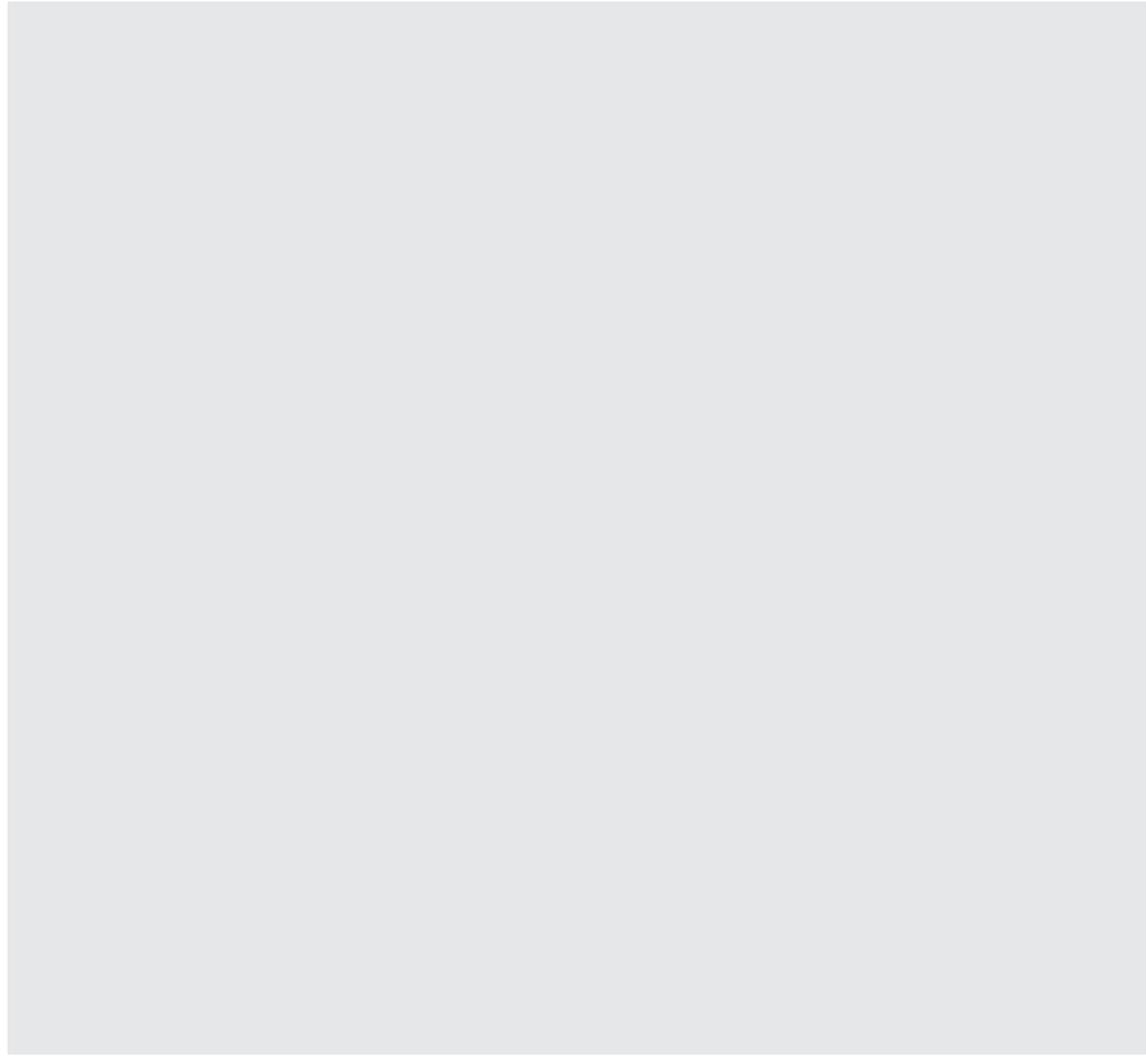
Marco Aurelio Moura dos Santos e Marco Antonio Barbosa demonstram, em sua pesquisa, a relevância da discussão em torno da influência do agendamento midiático na formação da realidade social e da opinião pública. A partir daí, analisam os reflexos que esse agendamento pode trazer para o discurso do Direito. Para tanto, se utilizam do instrumental fornecido pela Teoria do Discurso e pela Teoria do Agendamento. Concluem, então, que a mídia promove o agendamento responsável por criar a realidade social, e que essa, por sua vez, formará o contexto que será interpelado pelo discurso do Direito.

Já Salete Oro Boff e Patrícia Tavares Ferreira Kaufmann trabalham com a ideia do *cloud computing* e a influência que este pode exercer no exercício da democracia. Afirmam que o ambiente da computação em nuvem abre cada vez mais espaço para a participação dos cidadãos no governo. Contudo, não deixam de destacar uma grande dificuldade que ainda é enfrentada: a desigualdade social. O grande desafio, portanto, está em conciliar o desenvolvimento das novas tecnologias como instrumento de participação popular com o acesso a essas tecnologias por todas as classes sociais.

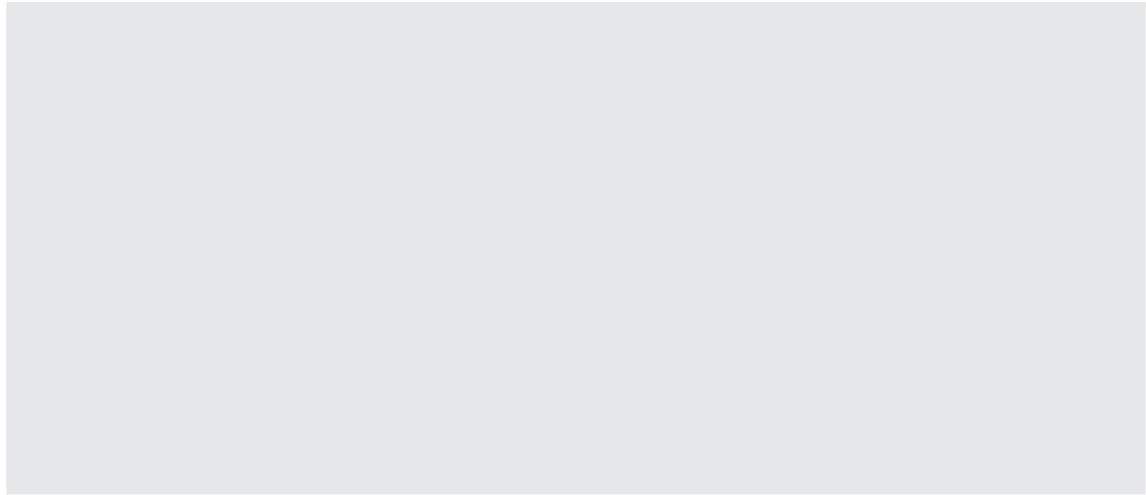
Por fim, na última seção da Revista, apresentamos os Resumos das Dissertações e Teses defendidas no primeiro semestre de 2016 no âmbito do Programa de Pós-Graduação em Teoria do Estado e Direito Constitucional.

Desejamos a todos uma frutífera leitura.

Noel Struchiner
Editor-Chefe



Artigos



Cidadania Sexual: Postulado Interpretativo da Igualdade

Sexual Citizenship: An Interpretive Principle of Equality

Adilson José Moreira*

Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo-SP, Brasil

1. Introdução

O processo de restauração e consolidação da democracia no Brasil possibilitou a articulação política de vários movimentos sociais ao longo das últimas três décadas. Seus líderes formularam inúmeras reivindicações durante esse período, demandas que muitos consideram ser compatíveis com os princípios centrais do nosso sistema constitucional. Muitas delas podem ser caracterizadas como uma defesa de garantias que procuram superar os problemas decorrentes do status inferior que esses grupos sempre ocuparam na nossa sociedade. Pretende-se com isso eliminar estigmas culturais e práticas discriminatórias responsáveis pela permanência desses indivíduos em uma situação de subordinação estrutural. Os representantes desses segmentos afirmam que a Constituição Federal não permite que cidadãos permaneçam em uma condição de exclusão social indefinidamente¹.

* Doutor em Direito pela Universidade de Harvard (2013), Doutor em Direito Constitucional pela UFMG (2007), Mestre em Direito pela Universidade de Harvard (2005) e Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (1999). Professor na Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie (São Paulo, SP, Brasil). Agradeço os comentários e sugestões de Alexandre Melo Franco Bahia, André Muggiati, Danilo Tavares, Dimitri Dimoulis, Felipe Scherrer Oliveira, Mara Salles, Marco Antônio Alves, Marco Aurélio Alves, Pedro Henrique de Cristo e Rafael Polidoro. E-mail: ajmoreirabh@gmail.com.

1 O artigo terceiro da Constituição Federal estabelece: “Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I – construir uma sociedade livre, justa e solidária; II – garantir o desenvolvimento

Esta tem sido uma das premissas centrais da mobilização política de homens e mulheres homossexuais nos últimos trinta anos. Eles almejam o reconhecimento social de que são pessoas igualmente dignas e merecedoras das mesmas oportunidades e direitos garantidos a pessoas heterossexuais. Embora o objetivo final dessa política do reconhecimento ainda esteja longe de ser plenamente realizado, muitas das demandas formuladas pelos membros dessa coletividade foram atendidas. Casas legislativas municipais e estaduais promulgaram leis que vedam discriminação baseada na orientação sexual, as últimas administrações federais classificaram direitos de minorias sexuais como um tema de direitos humanos e os tribunais têm condenado repetidamente aqueles que discriminam homossexuais. A equiparação jurídica entre casais homossexuais e heterossexuais foi outro grande avanço, principalmente quando consideramos a resistência que esses relacionamentos ainda encontram na nossa sociedade².

Porém, esta história de sucesso teve uma contrapartida preocupante: o surgimento de uma grande oposição que adquiriu a forma de um projeto cultural e político. Muitos atores sociais protestaram contra a recente decisão do Supremo Tribunal Federal que estendeu todos os direitos decorrentes da união estável a casais homossexuais³. Essa insatisfação aumentou ainda mais em função da autorização do casamento civil entre pessoas do mesmo sexo alguns meses após o acórdão que equiparou uniões estáveis homossexuais às heterossexuais⁴. Lideranças religiosas e políticas interpretaram esses acontecimentos como o prenúncio de uma possível desestruturação social, pois eles alteraram a configuração tradicional da família. Segundo eles, essa instituição tem sido pensada como a união de dois adultos de sexos opostos que ocupam papéis claramente definidos dentro de uma relação matrimonial. Políticos e juristas argumentam que uniões homossexuais e heterossexuais são essencialmente diferentes, motivo pelo qual o nosso sistema jurídico não deveria equipará-las. Além de

nacional; III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”.

2 COSTA, 2008, pp. 165-200; MOREIRA, 2012, pp. 1015-1039.

3 BRASIL. STF, Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental No. 132, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Relator: Carlos Ayres Brito, DJe 24.08.2011.

4 BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Resolução No. 175/14.05.2013 (autorizando o casamento civil entre pessoas do mesmo sexo).

ser uma condição essencial para a procriação, alegam esses atores sociais, a diversidade de sexos dos pais é uma condição para o desenvolvimento psicológico infantil saudável, sendo um mecanismo facilitador da formação da identidade heterossexual⁵.

A política da virtude moral não faz parte apenas do discurso virulento propagado por certas lideranças políticas e religiosas contra os avanços dos direitos de homens e mulheres homossexuais. Muitos tribunais brasileiros utilizaram esses mesmos argumentos para negar proteção jurídica a casais formados por pessoas do mesmo sexo nas duas últimas décadas. Havia uma posição jurisprudencial bastante consolidada contrária a essa possibilidade, ponto de vista fundado na premissa de que normas jurídicas apenas reproduzem a moralidade presente na ordem natural. Inúmeras cortes brasileiras afirmaram em vários julgados que a diversidade de sexos é uma condição essencial para o acesso à união estável e ao casamento. Embora houvesse um consenso no sentido de que uniões homoafetivas poderiam ser classificadas como sociedades de fato, o que garantiria a divisão do patrimônio entre os parceiros, muitos desembargadores argumentavam que os demais direitos matrimoniais estariam restritos a casais heterossexuais⁶. Essa posição estava construída sobre a seguinte lógica: um casal homossexual não pode ser considerado como uma entidade familiar porque essa categoria pressupõe a existência de um homem e uma mulher. Apenas casais heterossexuais podem procriar e o tratamento privilegiado dos mesmos está legitimado pelo interesse estatal na reprodução. Reconhece-se o direito ao exercício da liberdade sexual de pessoas homossexuais, mas acredita-se que esse é um comportamento de caráter privado e sem repercussões na esfera pública⁷. Esses argumentos que eram utilizados para

5 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial No. 502995, Órgão Julgador: Quarta Turma, DJ 16.05.2005 (afirmando que casais formados por pessoas do mesmo sexo não podem desempenhar o papel de marido e esposa perante um ao outro e nem de pai e mãe perante aos filhos).

6 Os tribunais brasileiros começaram a classificar uniões homoafetivas como sociedades de fato desde o final da década de 80 para garantir a divisão equitativa de patrimônio entre companheiros homossexuais, o mesmo procedimento que eles utilizaram desde as primeiras décadas do século passado para prover proteção jurídica às concubinas. Ver MOREIRA, 2012, pp. 83-91.

7 Ver, por exemplo, BRASIL. Tribunal de Justiça de Goiás, Conflito de Competência 2003.00.2.009683, Órgão Julgador: 1ª Câmara Cível, Rel. Fernando Habibe, 10.12.2003 (afirmando que o direito brasileiro não reconhece casais homossexuais como entidades familiares); BRASIL. Tribunal de Justiça de Sergipe, Conflito de Competência No. 0100/06, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Rel. Gilson Gois Soares, 21.03.2007 (decidindo que só as varas cíveis têm competência para decidir casos relativos às uniões homoafetivas porque a legislação brasileira não as reconhece como entidades familiares); BRASIL. Tribunal de Justiça de São

negar aos casais homossexuais o acesso à instituição da união estável são agora empregados para excluir os mesmos do casamento civil e da possibilidade de adoção⁸.

Podemos dizer que essa resistência está baseada em uma política da virtude moral que procura preservar a heterossexualidade como fundamento central da ordem social. Aqueles que defendem essa posição sugerem direta e indiretamente que os princípios do direito natural devem nortear a interpretação das normas jurídicas. Eles implicam a superioridade moral da heterossexualidade em relação à homossexualidade, motivo pelo qual as instituições estatais não deveriam tratar homossexuais e heterossexuais igualmente, pois isso promove um estilo de vida condenável. Segundo os propositores desse discurso social, a heterossexualidade é uma expressão normal da sexualidade humana. Além de um requisito fundamental para a reprodução, ela também é um princípio de organização social e política, afirmam esses indivíduos⁹. Os relacionamentos heterossexuais teriam uma dignidade intrínseca porque contribuem para a sobrevivência da nação, o que está longe de ser o caso das uniões homoafetivas. Para os que defendem essa posição, a proteção jurídica de homossexuais é um obstáculo à realização do interesse estatal na reprodução, pois encoraja uma forma de orientação sexual que objetiva apenas o prazer individual¹⁰.

Paulo, Ação Cível, No. 578.811-5/0-00, Órgão Julgador: 1ª Câmara de Direito Público, Rel. Danilo Panizza, 06.02.2007 (negando benefício previdenciário a um companheiro de funcionário público falecido porque a legislação restringe tal direito a casais formados por pessoas de sexos opostos); BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais, Ação Cível, No. 1.0145.02.050445-5/001(1), Órgão Julgador: 1ª Câmara Cível, Rel. Eduardo Andrade, 31.07.2007 (negando provimento a recurso de decisão de primeira instância que negou pedido de pensão por morte a companheiro homossexual sobrevivente porque a administração pública deve pautar-se pela norma que regula a união estável, regra constitucional que não contempla a possibilidade de proteção jurídica às uniões homoafetivas).

8 Ver, por exemplo. BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, Apelação Cível, No. 0071828-37.2012.00.19.000. Órgão Julgador: 9ª. Câmara Cível, Relator: Roberto de Abreu e Silva, 16.04.2013 (afirmando que o ordenamento jurídico brasileiro não prevê a possibilidade de casamento entre pessoas do mesmo sexo, instituição baseada na diversidade de sexos); BRASIL, Terceira Vara Cível - São Paulo, Processo No. 1.056/2011, Juiz: Carlos Castilho Aguiar França, 11.08.2011 (utilizando uma interpretação restritiva da ADPF 132 para negar a possibilidade de reconhecimento do casamento entre homossexuais). Representantes do Ministério Público tem incessantemente procurado reverter decisões que permitiram casais homossexuais adotar crianças. Os argumentos utilizados por esses atores sociais podem ser vistos em decisões que os refutaram como a do Superior Tribunal de Justiça que garantiu esse direito a um casal formado por dois homens. Ver BRASIL, Superior Tribunal de Justiça Recurso Especial. No. 1.183.378, Órgão Julgador: Quarta Turma, Relator: Luis Felipe Salomão, DJe 01.02.2012.

9 ESKRIDGE, 2000, pp. 1328-1323; NUSSABAUM, 2010, pp. 1-31.

10 NATIVIDADE & OLIVEIRA, 2013, pp. 73-121.

Os propositores dessa política da virtude moral não têm dúvida quanto ao papel do direito na nossa sociedade: ele é uma instância que deve manter o consenso cultural sobre as formas de regulação das relações humanas no espaço público e no espaço privado. Segundo eles, as normas legais espelham a moralidade social, cabendo então aos operadores do direito interpretá-las de forma que seus propósitos não sejam desvirtuados. O sistema jurídico tem então um caráter preservacionista dentro dessa visão de mundo: ele tem a missão de garantir a permanência das práticas que permitem a reprodução de arranjos sociais sancionados pelo acordo dos grupos majoritários. Assim, implícita a essa posição está a compreensão da moralidade da maioria como uma fonte de legitimidade para a ação estatal e também para a interpretação de normas jurídicas. Esse discurso fundamenta uma ordem social fundada na prioridade dos interesses da comunidade sobre direitos individuais. O sistema jurídico serve então para proteger a sociedade existente contra demandas jurídicas que podem ameaçá-la¹¹.

Mas nem todos os operadores do direito e demais atores sociais concordam com a ideia de que o sistema jurídico existe para referendar a moralidade dos grupos majoritários. As recentes decisões judiciais que instituíram igualdade jurídica entre casais homossexuais e heterossexuais podem ser vistas como um momento importante na afirmação de uma nova concepção de cidadania na nossa sociedade. Além de reconhecer a igual dignidade desses membros da comunidade política, ela também está relacionada com as condições materiais e institucionais necessárias para uma existência digna e com a possibilidade de ação autônoma no espaço público e no espaço privado. Dessa forma, o conceito de cidadania articulado na nossa jurisprudência parte de uma clara ligação entre essas duas esferas da existência, o que institui a necessidade da consideração da natureza política da identidade sexual, conceito geralmente identificado com a esfera da intimidade e largamente considerado irrelevante para as discussões sobre inclusão social. Muitos tribunais equacionaram o acesso a direitos matrimoniais com o conceito de cidadania nos últimos anos, afirmando que a negação de proteção legal a casais homossexuais viola princípios centrais da nossa ordem jurídica. Além de mencionar o compromisso constitucional com a dignidade humana para justificar o reconhecimento de casais homossexuais como entidades familiares, essas cortes também

11 ORO, 2003, pp. 53-70.

afirmaram repetidamente que o tratamento igualitário de casais homossexuais é uma questão de igualdade democrática. Para muitos juízes, o princípio democrático fundamenta a moralidade que determina o tratamento dos indivíduos na esfera pública. Mas ele também deve pautar as relações privadas, sendo um instrumento para a desestruturação das relações hierárquicas nessa dimensão da vida humana¹².

Este artigo analisa um tema de grande importância para o desenvolvimento da nossa nação: o Direito deve ser um mecanismo de emancipação social ou um instrumento de preservação de desigualdades. Tendo em vista esse desafio, este ensaio oferece uma sistematização do conceito de cidadania sexual utilizado pelos nossos tribunais nas decisões que estenderam proteção jurídica a casais homossexuais. Nossas cortes utilizam esse princípio como um critério substantivo de controle de constitucionalidade de atos estatais, mas não oferecem uma definição adequada deste termo. O que chamaremos de cidadania sexual neste trabalho tem alguns pressupostos que precisam ser adequadamente examinados e sistematizados.

Primeiro, partiremos da premissa de que esse princípio tem importância central para a construção de uma sociedade de iguais, o que pode ser alcançado pela gradual eliminação de relações hierárquicas e arbitrárias entre os membros da nação brasileira. Assim, o conceito de igualdade relacional tem importância central para a sua elaboração, pois procura suprimir as diversas formas de hierarquias existentes entre heterossexuais e homossexuais. Segundo, muitos princípios que estruturam nossa ordem jurídica são mandamentos para as instituições estatais criarem mecanismos para a eliminação da marginalização. Dessa forma, o conceito de cidadania sexual encontra fundamento nos pressupostos do Estado Democrático de Direito, paradigma que compreende o princípio da igualdade como um mecanismo emancipatório. Essa perspectiva nos oferece elementos impor-

12 Ver, por exemplo, BRASIL. Tribunal Federal da Segunda Região, Ação Cível No. 2002.51.01.019576-8, Órgão Julgador: 7ª. Turma Especializada, Relator: Sérgio Schwaitzer, 04.07.2007 (afirmando que a Constituição Federal, ao reconhecer a dignidade humana como um de seus elementos centrais e fundantes, além de proteger os indivíduos de invasões ilegítimas de suas esferas pessoais, promete a promoção positiva de suas liberdades); BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Ação Cível No. 2006.001.06195, Órgão Julgador: 18ª. Câmara Cível, Relator: Marco Antônio Ibrahim, 04.07.2006 (mencionando o objetivo constitucional de se promover o bem-estar de todos como justificação para o reconhecimento de uma união homoafetiva como união estável); BRASIL. Tribunal Federal da Quarta Região, Ação Cível No. 170491/RS, Órgão Julgador: 3ª. Turma, Relator: Marga Inge Barth Tessler, DJU 24.11.1998 (afirmando que os direitos previdenciários garantem acesso a uma série de benefícios necessários para uma vida digna, servindo como base para o exercício da liberdade sexual).

tantes para refutarmos uma posição que tem na moralidade da maioria uma referência central para a aferição de direitos.

Terceiro, devemos observar que o constitucionalismo atual compreende o estado como um agente de transformação social, motivo pelo qual precisamos abandonar o conservadorismo no campo jurídico e no campo político e abraçarmos o pluralismo social, um princípio ético que direciona a interpretação de normas jurídicas¹³. Quarto, a cidadania sexual também é um princípio jurídico, mais especificamente um parâmetro de interpretação da igualdade que implica uma dimensão específica da dignidade humana. Sendo um princípio substantivo de controle de constitucionalidade, ela congrega categorias de direitos necessárias para a afirmação da liberdade sexual em diferentes esferas da vida humana. Ela então adquire o status de um postulado normativo, pois determina os critérios que devem ser considerados na interpretação de normas legais. Quinto, nós a classificamos como uma referência para a ação política em função de suas relações próximas com o princípio democrático. A noção de cidadania sexual pressupõe um processo de democratização do espaço público que permite a paridade de participação de minorias sexuais na vida política e também está relacionada com uma politicização da esfera privada por meio da eliminação de relações hierárquicas nessa dimensão da vida das pessoas.

2. Igualdade e identidade

O crescimento das lutas pela inclusão de minorias sexuais pode ser visto como um dos momentos inaugurais da política da identidade na sociedade brasileira. Se esse tema era reprimido durante o regime ditatorial em função da prioridade da identidade nacional sobre identidades particulares, a redemocratização do país permitiu sua politicização definitiva¹⁴. A influência das demandas elaboradas por movimentos sociais fez com que nossos tribunais deslocassem a interpretação da igualdade da mera consideração da racionalidade de critérios de diferenciação para o seu potencial em eliminar processos que mantêm certos grupos em uma situação de exclusão. Por esse motivo, as novas reivindicações de direitos centradas na questão da identidade têm sido formuladas como questões de cidadania: discute-se

13 KLARE, 1998, pp. 148-154; POZZOLO, pp. 167-177.

14 GREEN & QUINALHA, 2014.

quais são os elementos necessários para os indivíduos terem uma existência autônoma na vida pública e na vida privada. Assim, esses seguimentos afirmam que o direito pode ser um mecanismo importante para a construção de uma sociedade inclusiva¹⁵.

A discussão entre os que defendem uma política do reconhecimento e aqueles que advogam uma política preservacionista exemplifica a importância da questão da identidade nos debates jurídicos contemporâneos. O primeiro grupo luta pela transformação da situação de subordinação na qual seus membros se encontram, um problema cuja solução depende da alteração das relações de poder na sociedade, passo necessário para a mudança das normas culturais que legitimam processos de estratificação. Identificamos no discurso do segundo grupo posições que variam desde a defesa de formas aceitáveis de diferenciação em algumas situações até a tentativa de preservar uma ordem social baseada na completa distinção de status social e jurídico entre heterossexuais e homossexuais. Mas como adotamos um regime constitucional que pretende expandir a democracia nas diferentes dimensões da vida humana, devemos então nos ocupar com o desvelamento das práticas que encobrem relações de poder¹⁶.

Sabemos que a atuação de movimentos sociais baseados na questão da identidade teve um papel central na evolução do constitucionalismo contemporâneo, sendo que os tipos de direitos por eles formulados determinaram o entendimento atual sobre o princípio da igualdade. O movimento por direitos civis dos negros norte-americanos é o exemplo paradigmático dos reflexos da mobilização política em torno da identidade na interpretação dos direitos fundamentais. Os membros desse grupo procuraram desestabilizar uma ordem social baseada na supremacia branca, sistema de opressão no qual apenas os membros do segmento racial majoritário tinham acesso à plena cidadania¹⁷. Se a raça estava no centro da referida disputa, a questão do gênero motivou outra mobilização em torno da identidade. Legiões de mulheres em diferentes países transformaram a eliminação das normas culturais e jurídicas que instituía uma série de privilégios masculinos em um motivo de luta, outro processo responsável pela modificação da função da igualdade no mundo atual¹⁸.

15 RICHARDSON, 1998, pp. 83-95; BELL & BINNIE, 2000, pp. 1-35; PLUMMER, 2001, pp. 237-245.

16 DIAS, 2011; RIOS, 2001

17 BRANCH, 1999.

18 FREDMAN, 2002.

Temos nos dois casos apontados acima a crítica da mesma dinâmica: a identificação das normas jurídicas com os interesses de um segmento social específico, sendo que os beneficiários desse processo afirmam que elas apenas expressam o funcionamento normal da sociedade. Essa situação foi superada quando os tribunais reconheceram que a identificação entre a categoria do sujeito de direito com grupos específicos permite a reprodução de relações assimétricas de poder. Embora esse tema tenha adquirido relevância central em outras jurisdições, ele permanece relativamente pouco explorado por juristas brasileiros, mesmo sendo constantemente discutido por nossos tribunais. A política da identidade é o tema central de muitas decisões judiciais sobre direitos de minorias sexuais, embora não seja suficientemente examinada.

A preponderância da questão da identidade teve também consequências teóricas significativas nos últimos tempos. Um novo sentido de isonomia surgiu em função da luta dos movimentos sociais: a teoria da igualdade relacional. Formulações da isonomia almejam a promoção do tratamento simétrico entre indivíduos ou o alcance de justiça social por meio de políticas distributivas. Entretanto, elas ignoram um fato importante: muitos grupos estão posicionados em lugares estruturalmente distintos, consequência dos diversos estereótipos negativos que circulam dentro da sociedade. Esse processo faz com que nem todos os seguimentos sociais gozem do mesmo apreço, um dos motivos centrais da marginalização cultural e econômica. A igualdade relacional pretende transformar a lógica das interações sociais por meio da eliminação de hierarquias arbitrárias baseadas nas diferenças de estima social entre os grupos. Essa forma de igualitarismo parte do pressuposto de que a igualdade é um valor que deve guiar os padrões de interação entre as pessoas, sendo que eles devem estar isentas de valores baseados em diferenças moralmente irrelevantes. Padrões igualitários ou hierárquicos nas relações humanas determinam como oportunidades e benefícios serão distribuídos, motivo pelo qual elas devem estar pautados pelo reconhecimento do mesmo valor moral entre todos os seres humanos. Formas assimétricas de poder ou respeito produzem processos de estratificação que se perpetuam ao longo do tempo. Embora nem todas as relações sociais devam estar baseadas em um igualitarismo estrito, aqueles que formularam essa noção de igualdade argumentam que as interações humanas de forma geral devem ter como parâmetro o reconhecimento da igualdade moral. Isso pode ser alcançado pelo tratamento baseado no respeito e na consideração; as interações sociais não devem estar fundamentadas em relações de dominação.

Assim, a noção de igualdade relacional caracteriza uma sociedade na qual as pessoas percebem as outras como iguais. Ela deve estar livre de diferenças de status responsáveis pela formação de castas sociais¹⁹.

Essa formulação da igualdade está presente em várias decisões sobre direitos de minorias sexuais, notoriamente naquelas que reconheceram casais homossexuais como entidades familiares. Ao contrário dos discursos sociais que desconsideram o valor moral das uniões homoafetivas, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a existência de uma relação estrutural entre sexualidade e cidadania²⁰. Essa posição reconhece a compatibilidade da política do reconhecimento promovida por movimentos sociais e os princípios que estruturam a nossa ordem constitucional. Segundo o ministro relator que escreveu o voto unanimemente aprovado, o acesso aos direitos decorrentes da união estável é um passo necessário para a afirmação da cidadania, pois ele garante a realização pessoal em diferentes esferas da existência. Aquele Tribunal formulou uma série de argumentos baseados na hipótese de que o sistema jurídico não pode reproduzir estigmas culturais, nem favorecer a marginalização de cidadãos, pressupostos centrais da noção de igualdade relacional. Mais especificamente, afirmou-se que a orientação sexual não deve ser um obstáculo ao gozo de direitos necessários para a construção de uma vida conjugal.

Os ministros classificaram a liberdade de escolha de um parceiro íntimo como um requisito para o exercício da autonomia pessoal. Para que esse objetivo possa ser alcançado, casais formados por pessoas do mesmo sexo devem compartilhar as mesmas garantias até então reservadas a casais formados por pessoas de sexos opostos. Pessoas adultas devem ter a liberdade de escolher o sexo dos seus parceiros e construir um projeto de vida em comum, o que requer acesso a direitos matrimoniais²¹. Mais do

19 SCHEMMEL, 2011.

20 BRASIL. STF, Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental No. 132, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Relator: Carlos Ayres Brito, DJe 24.08.2011 (Caracterizando a Constituição Brasileira como um exemplo de constitucionalismo fraternal que se caracteriza por um “Tipo de constitucionalismo, esse, o fraternal, que se volta para a integração comunitária das pessoas (não exatamente para a “inclusão social”), a se viabilizar pela imperiosa adoção de políticas públicas afirmativas da fundamental igualdade civil-moral (mais do que simplesmente econômico-social) dos estratos sociais historicamente desfavorecidos e até vilipendiados.”).

21 BRASIL. STF, Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental No. 132, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Relator: Carlos Ayres Brito, DJe 24.08.2011 (“Aqueles que fazem opção pela união homoafetiva não pode ser desigualado em sua cidadania. Ninguém pode ser tido como cidadão de segunda classe porque, como ser humano, não aquiesceu em adotar modelo de vida não coerente com o que a maioria tenha como certo ou válido ou legítimo.”).

que isso, a decisão judicial sob análise caracterizou a esfera privada como um espaço que também deve ser regulado pelo princípio democrático. Isso torna necessária a extensão de direitos àqueles grupos que são impedidos de viver de forma autônoma nessa dimensão da existência humana. Se os valores democráticos devem servir como parâmetro para a esfera privada, o princípio da igualdade e o princípio da solidariedade devem funcionar como base para o funcionamento da esfera pública.

3. Cidadania e identidade

A caracterização dessa discussão como uma questão de cidadania parece ser uma forma promissora para compreendermos a natureza dos problemas envolvidos no debate sobre a integração de minorias sexuais na nossa sociedade. A doutrina tradicional compreende esta categoria política a partir de um ponto de vista específico: ela é o status jurídico e político de um indivíduo dentro de uma nação. Ela assegura o gozo de direitos necessários para o exercício da liberdade individual e também possibilita a participação no processo político; a sua formulação clássica a identifica com a existência dos indivíduos na esfera pública. Essa perspectiva representa os indivíduos como sujeitos de direito, status que garante a atuação deles nas diferentes dimensões da existência humana. Recentemente, ela tem sido pensada de forma mais ampla. Muitos textos constitucionais incorporaram a cidadania como um de seus princípios estruturantes; ela tornou-se um parâmetro de interpretação das demais normas constitucionais. Muitos grupos minoritários também argumentam que essa categoria política implica o direito a ter direitos por sofrerem formas estruturais de discriminação dentro de sociedades democráticas. Além dos direitos atribuídos a todas as pessoas em função do status de membros da comunidade política, demanda-se também o reconhecimento da especificidade da experiência de alguns grupos sociais²². Ao negligenciar a dimensão psicológica da cidadania por meio da negação do reconhecimento da relevância da identidade pessoal na vida social, a teoria tradicional desse conceito reproduz a percepção de que os membros da comunidade política possuem os mesmos interesses e a mesma inserção social. Isso porque o discurso jurídico muitas vezes compreende os indivíduos como pessoas que possuem os mesmos tipos de identidade e os mesmos objetivos pessoais²³.

22 TULLY, 1995, pp. 1-15.

23 YOUNG, 1989.

Tendo em vista a importância dos direitos na autocompreensão dos indivíduos, a discussão sobre o tratamento igualitário de homens e mulheres homossexuais requer o reconhecimento do caráter político da sexualidade. Os seres humanos não são apenas sujeitos jurídicos, eles também são sujeitos sexuais; a sexualidade tem grande relevância no estabelecimento de objetivos nas vidas das pessoas. A regulação dessa dimensão da nossa existência passa necessariamente pelo direito, instância que determina as formas de pertencimento que serão reconhecidas como legítimas. Os indivíduos formulam projetos de vida que giram em torno de relações íntimas, uniões que só podem ser operacionalizadas por meio de acesso a direitos. Isso significa que a cidadania está diretamente relacionada com a questão da sexualidade, pois ela pode referendar ou rejeitar traços pessoais que não se harmonizam com os modelos sociais sancionados pelas normas jurídicas. Porque as instituições sociais frequentemente reproduzem os interesses de grupos majoritários, elas representam a heterossexualidade como um predicado natural da cidadania, realidade que cria obstáculos para a inclusão de minorias sexuais. Essa dificuldade não se restringe apenas à questão da vida afetiva, mas compreende outros aspectos da vida social como oportunidades educacionais e profissionais²⁴.

Isso significa que o reconhecimento da conexão entre cidadania e sexualidade tem importância considerável para a presente discussão. A liberdade existe não apenas em função do reconhecimento do mesmo status político, mas também da possibilidade efetiva de tomar decisões centrais na vida pessoal. Paralelamente à condição de membro de uma sociedade democrática, o conceito de cidadania também está relacionado com a possibilidade do indivíduo governar a si mesmo, o que só pode existir a partir do pleno gozo de direitos.²⁵ A liberdade de exercício da sexualidade deve ser interpretada exatamente nesse sentido: a orientação sexual é um aspecto central da identidade dos seres humanos e a liberdade pessoal deve garantir seu exercício. Se a condição da cidadania permite a ação do indivíduo como um agente político no espaço público, ela também deve garantir a sua ação autônoma no espaço privado. Mas essa possibilidade é cerceada porque a heterossexualidade continua sendo vista como uma medida suprema da dignidade das pessoas²⁶.

24 WEST & GREEN, 1997.

25 HONNETH, 2003.

26 MAYNARD & PURVIS, 1995; RICHARDSON, 1996.

Os que defendem a política da virtude moral têm um propósito muito mais amplo do que a simples exclusão de homens e mulheres homossexuais da proteção jurídica. Ao atribuir à heterossexualidade o status de expressão da ordem natural, esses atores sociais encobrem o fato de que essa identidade sexual é também uma construção cultural que tem propósitos específicos. Certos estudiosos como David Carbado afirmam que a heterossexualidade é um sistema de dominação social baseada na construção de oposições binárias.²⁷ Por um lado temos a oposição entre o masculino e o feminino, o que permite a construção de identidades de gênero como expressões da realidade natural. Essa diferenciação possibilita a institucionalização de lugares sociais naturais para homens e mulheres, contribuindo assim para a permanência do privilégio masculino. Mas um processo semelhante caracteriza a oposição entre a heterossexualidade e a homossexualidade: a diferenciação absoluta entre essas duas categorias permite a definição dos contornos da primeira que se torna uma identidade sexual normativa. Assim, a política da virtude moral procura manter uma ordem social fundada na defesa da heterossexualidade, o único meio possível para a preservação dos privilégios masculinos e heterossexuais. O avanço dos direitos de minorias sexuais desafia esse projeto ideológico, pois a manutenção de uma ordem social patriarcalista torna-se difícil em uma sociedade na qual pessoas de gêneros diferentes e de orientações sexuais distintas possuem o mesmo status jurídico²⁸.

4. Cidadania Sexual e Direitos Fundamentais

Uma análise da evolução da cidadania demonstra que a questão da emancipação social sempre esteve associada a esse conceito, embora tenha sido elaborada de formas distintas em diferentes momentos históricos. Devemos ter em mente que a autonomia sexual encontra sustentação nos ideais éticos que informaram essa categoria política ao longo da história das democracias ocidentais. Esses princípios sempre tiveram dois objetivos centrais: construir uma forma de moralidade que estabelece parâmetros para a construção da solidariedade social e também que para a realização da liberdade individual. Isso significa que o conceito de cidadania também

27 CARBADO, 2000.

28 WEEKS, 1998, pp. 35-52; MOREIRA, 2010, pp. 45-49; RICHARDSON, 1998, pp. 83-92.

deve ser analisado como um princípio político de caráter procedimental que garante a liberdade de todos os grupos sociais. No lugar de concepções substantivas do bem comum que seriam parâmetros para o exercício dos direitos, deve-se defender uma compreensão desse conceito baseada na sua interpretação como um princípio que procura garantir liberdade e igualdade para todos²⁹.

O conceito de política da identidade tem importância considerável para falarmos sobre cidadania sexual porque o exercício do autogoverno está diretamente relacionado com a construção de normas culturais que exigem conformidade a papéis sociais estabelecidos. A identidade tornou-se um tema de luta política em função do impulso pela padronização social, o que impede ou minimiza a relevância da escolha individual ao idealizar um sujeito humano que, em função da sua racionalidade, teria as características necessárias para o exercício da cidadania. Mas a identificação do sujeito de direito com o sujeito heterossexual traz esse complicação: o processo de afirmação da heterossexualidade como uma categoria jurídica permite a construção de uma forma de normatividade cultural que legitima um tipo de sexualidade e desqualifica outro. Nancy Fraser nos diz que todo esse processo traz uma série de problemas para minorias sexuais porque a cidadania aparece como um espaço de reconhecimento da igual dignidade dos indivíduos. A cidadania é uma forma de identidade porque ela estabelece os parâmetros a partir dos quais direitos são alocados dentro da sociedade³⁰. Assim, a noção de cidadania sexual expressa uma base de luta para o acesso ao gozo de direitos e também uma defesa de autonomia moral. Ela parte da relevância do ideal de liberdade na constituição e desenvolvimento das democracias liberais, ideal que está no centro da noção moderna de cidadania³¹. Mais do que um simples argumento retórico, essa forma de liberdade ocupa um papel central no pensamento político, sendo um dos fatores que impulsionaram diversos movimentos para a defesa das liberdades públicas. A noção de cidadania sexual conecta esse ideal moral que tem servido como elemento da identidade política dos indivíduos com a identidade sexual dos mesmos. Assim, essa concepção da cidadania designa uma compreensão da liberdade que possui dois sentidos. Uma

29 RAWLS, 2005; MOUFFE & LACLAU, 1998, pp. 83-92; WALZER, 1984.

30 FRASER, 2006, pp. 171-182.

31 BERNSTEIN, 2005, pp. 47-60.

liberdade que se aplica ao espaço público, consubstanciada no tratamento igualitário, e também uma liberdade que se exerce no espaço privado, o que requer a garantia de direitos para fazer escolhas pessoais³².

A reconstrução da noção de cidadania proposta por diversos movimentos sociais aponta para as dificuldades teóricas postas por uma compreensão dos direitos fundamentais como garantias identificadas prioritariamente com o espaço público. Parte-se do pressuposto de que a garantia da igualdade formal e material entre os cidadãos será suficiente para a realização da liberdade individual. Embora essa assertiva não seja inteiramente incorreta, as correlações entre cidadania e sexualidade nos mostram que a compreensão atual da função dos direitos fundamentais pode ser insuficiente para promover a emancipação de minorias sexuais. O pluralismo de identidades presente na nossa sociedade prova que as experiências dos indivíduos nas diversas esferas da existência podem ser muito diferentes. A capacidade de grupos majoritários de conformar normas jurídicas de acordo com seus interesses indica que a igualdade na esfera pública não implica em tratamento igualitário para todas as pessoas³³. Edward Portis afirma que a identificação entre o sujeito jurídico e o sujeito heterossexual é um fator impeditivo de direitos por algumas razões importantes. Primeiro, ela estabelece uma clara separação entre o espaço público e o espaço privado, o que relega a homossexualidade à esfera íntima. Segundo, forma-se também uma separação paralela na experiência psicológica do indivíduo, forçando-o a aceitar a heterossexualidade como uma identidade compulsória para que ele possa funcionar socialmente³⁴.

Além disso, a referida identificação dificulta a mobilização de minorias sexuais porque transforma a expressão pública da sexualidade em ato que traz um alto risco pessoal. Portanto, a luta por direitos pode ser uma fonte de mais discriminações³⁵. Assim, a identificação entre o sujeito jurídico e o sujeito heterossexual promove um completo processo de exclusão, o que impede o exercício da autonomia pessoal nas diferentes dimensões da existência. Portanto, o tema em questão da cidadania sexual implica a necessidade de se pensar os direitos fundamentais a partir de diferentes espaços para que o ideal emancipatório da cidadania possa ser realizado.

32 RICHARDSON, 1996.

33 SUPIOT, 2007, pp. 23-72.

34 PORTIS, 1986.

35 RICHARDS, 1994, pp. 171-203.

5. Cidadania Sexual e Constitucionalismo Contemporâneo

A compreensão do texto constitucional como um sistema de direitos que atuam de forma integrada para proteger as diversas instâncias da vida dos indivíduos tem um papel importante para compreendermos os sentidos da cidadania na atualidade. Seu status de princípio estruturante da nossa ordem política presta inteligibilidade às demais normas constitucionais, definindo quais são os seus propósitos e sentidos. Assim, por ter um caráter teleológico dentro da arquitetura da nossa ordem jurídica, a cidadania é um pressuposto lógico da operação de outras normas. As diferentes dimensões desse princípio indicam que a nossa ordem constitucional está construída em torno da ideia de que as instituições estatais existem para garantir direitos que possibilitam o exercício da autonomia individual. Uma compreensão adequada do princípio estruturante da cidadania requer uma análise de suas relações com as normas que estabelecem os objetivos da nossa ordem constitucional. A construção da solidariedade social, a garantia do desenvolvimento, a eliminação da marginalização e a promoção do bem de todos são princípios relacionados com a noção de inclusão social. Essas metas são exortações para os poderes estatais adotarem medidas que possam garantir a melhoria das condições daqueles que são impedidos de participar completamente dos benefícios da cidadania.

A Constituição Brasileira estabelece uma relação direta entre igualitarismo e inclusão, o que implica o combate aos mecanismos responsáveis pela estratificação social. A inclusão de grupos minoritários aparece então como um princípio de justiça que possibilita a afirmação da cidadania, estando focada na situação de grupos que se encontram em uma situação de desvantagem estrutural. Embora a noção de inclusão social não se confunda com a promoção do bem-estar para todos, ela está baseada no princípio que as instituições estatais precisam promover a melhoria de condições de vida de grupos marginalizados. Isso só pode ser alcançado quando esses grupos têm acesso a condições materiais, mas também quando os mesmos estão aptos a participar da vida social em condições de igual respeito, pressuposto da igualdade relacional. Assim, a inclusão social requer não apenas o acesso a condições materiais, mas também o reconhecimento da dignidade comum dos membros desses grupos pela sociedade. Como tem sido apontado por acadêmicos e juristas, a inclusão social pressupõe o gozo de bens que têm um caráter material e também imaterial porque a própria

cidadania está fundamentada na noção do autogoverno. Essa possibilidade só pode se tornar real na medida em que os diversos processos sociais responsáveis pela circulação de estigmas que reforçam desvantagens materiais são eliminados³⁶.

O caráter estruturante do conceito de cidadania sexual encontra legitimidade dentro da compreensão das funções dos direitos fundamentais no nosso sistema constitucional. Tem-se afirmado frequentemente que eles possuem uma dimensão subjetiva e outra objetiva. A primeira os compreende como direitos públicos subjetivos; eles são limites ao exercício do poder estatal, perspectiva que surge com o constitucionalismo liberal. A transição para o constitucionalismo social fez surgir uma nova função dos direitos fundamentais dentro do sistema constitucional. Mais do que garantias individuais perante as instituições estatais, os direitos fundamentais são agora mandamentos constitucionais que requerem a atuação estatal para a sua realização. Eles também encerram os valores que governam uma sociedade democrática, sendo parâmetros para a atuação das diferentes instâncias do poder público. Os direitos fundamentais congregam uma série de princípios que servem como regras hermenêuticas do sistema constitucional; mesmo aquelas normas que apenas estabelecem direções para a ação dos poderes públicos condicionam a compreensão do sistema de direitos. Assim, os direitos fundamentais possuem uma dimensão objetiva que impõe ao estado a função de agir como um agente responsável pela implementação do projeto político estabelecido pelo conjunto dessas normas³⁷.

Podemos chegar à conclusão que a cidadania possui funções diversas dentro do nosso sistema constitucional: ela estabelece parâmetros para a interpretação de normas legais, ela significa um status que se consubstancia no gozo dos direitos fundamentais, ela impõe uma função negativa e também uma função positiva aos órgãos estatais. Se, por um lado, direitos fundamentais como o direito de liberdade individual, o direito à privacidade, o direito à livre associação, o direito à igualdade permitem o livre exercício de aspectos importantes da cidadania sexual, a dimensão objetiva da cidadania estabelece uma obrigação estatal de proteger minorias sexuais. A promoção da cidadania sexual pressupõe acesso a categorias de garantias materiais que possibilitam o funcionamento dos indivíduos dentro da

36 COLLINS, 2003, pp. 21-25.

37 SARMENTO, 2003, pp. 255-276.

sociedade. Isso significa que deve-se fazer o possível para que minorias sexuais possam ter acesso a oportunidades educacionais e profissionais. Mas nossos tribunais têm afirmado, a proteção de membros desse grupo também requer ações estatais voltadas para eliminação dos estigmas sociais institucionalizados. Nossas autoridades precisam agir para que aqueles valores culturais que legitimam práticas discriminatórias sejam eliminados do espaço público e do espaço privado³⁸.

A defesa do direito à identidade sexual adquire maior clareza quando a consideramos dentro da cultura constitucional que informa o nosso sistema jurídico. As decisões que estenderam tratamento igualitário aos casais homossexuais identificam uma correlação entre sexualidade e democracia, consideração que sugere uma compreensão da igualdade como um princípio emancipador. Esse caráter também caracteriza o projeto de transformação social presente na Constituição Federal, projeto baseado em um compromisso com a construção de uma sociedade igualitária. Essa empreitada implica a existência de um esforço pela transformação das instituições sociais e políticas como também das relações de poder que existem dentro de uma sociedade. Um projeto dessa natureza requer reformas substanciais para que uma nação possa chegar ao ideal de ser uma comunidade política democrática na qual práticas inclusivas permitam o gozo das mesmas oportunidades.

O que tem sido chamado de constitucionalismo transformador procura então criar uma sociedade altamente igualitária, respeitadora do pluralismo social e que estimula novas formas de democracia participativa³⁹. Essa forma de se compreender o sistema jurídico está associada ao aparecimento de textos constitucionais que possuem um caráter claramente substantivo. Isso significa que eles incorporam valores como justiça social e igualdade material, preceitos que estabelecem uma concepção de cidadania e também uma noção de estado. Se a primeira categoria é um princípio que

38 WEST, 1990, pp. 693-694.

39 Ver, por exemplo, STF, ADI 3300 MC/DF, Relator: Celso de Mello, DJ 09.02.2006 (referindo-se ao pluralismo como princípio constitucional que justifica o reconhecimento das uniões homoafetivas, preceito que tem sido mencionado de forma recorrente pelos tribunais brasileiros); TJAC, AC No. 2007.001819-4, Órgão Julgador: Câmara Cível, Relatora: Miracele Lopes, 25.09.2007 (classificando o atual paradigma constitucional como um momento cultural marcado pelo pluralismo e diversidade cultural); TJRS, AC No. 59836255, Órgão Julgador: 8ª. Câmara Cível, Relator: José Siqueira Trindade, 01.03.2000 (argumentando que o texto constitucional traz como princípio fundamental a criação de uma sociedade livre de quaisquer formas de discriminação).

pretende articular diferentes categorias de direitos, a segunda indica que o estado deve ser um agente de transformação social. No caso brasileiro, esse compromisso com uma concepção substantiva de cidadania está presente, além do artigo terceiro já citado, no preâmbulo da carta constitucional, onde identificam os princípios que regulam a ordem jurídica brasileira: a construção de um regime democrático legitimado pela efetivação de princípios tais como a igualdade e liberdade, o desenvolvimento harmonizado com o bem-estar de todos, a justiça social e o respeito pelo pluralismo, além da afirmação da fraternidade como princípio moral e parâmetro de regulação social⁴⁰.

6. A Cidadania Sexual no Brasil

Segundo William Eskridge, o processo de emancipação social de homens e mulheres homossexuais geralmente desenvolve-se de acordo com uma lógica que envolve três estágios. O primeiro está centrado na discriminação da sodomia, pois essa restrição legal impede que pessoas possam exercer a autonomia sexual. Os passos seguintes dificilmente seriam alcançados com a presença de normas jurídicas que estigmatizam atos sexuais entre pessoas do mesmo sexo. Uma vez que essas leis são eliminadas, a militância política concentra-se na aprovação das normas que proíbem discriminação baseada na orientação sexual das pessoas. Esse estágio é seguido pela tentativa de legalização das uniões entre pessoas do mesmo sexo, uma conquista importante para a afirmação da cidadania também na esfera privada⁴¹.

O esquema acima mencionado também pode ser utilizado para explicar o desenvolvimento do processo de integração de homens e mulheres homossexuais na história recente do nosso país. Embora as relações sexuais entre pessoas do mesmo sexo tenham deixado de ser consideradas como uma atividade criminosa há mais de cento e cinquenta anos, as autoridades brasileiras utilizavam outras normas penais para perseguir homossexuais

40 O preâmbulo da Constituição Brasileira dispõe: “Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil.”

41 ESKRIDGE, 2000, pp. 641 - 648.

durante muitas décadas⁴². Recentemente, em função da redemocratização do país, municípios e estados promulgaram leis que proíbem discriminação baseada na orientação sexual. Além disso, vários tribunais começaram a classificar a orientação sexual como um critério proibido de discriminação⁴³.

A busca pelo reconhecimento das uniões homoafetivas no Brasil também adquiriu ímpeto com a promulgação de um texto constitucional substantivo. Baseados na longa tradição brasileira de conferir proteção jurídica às uniões livres, as nossas cortes aceitaram o argumento de que as uniões homoafetivas poderiam ser comparadas com as uniões concubinárias para fins patrimoniais. As várias ações judiciais solicitando benefícios previdenciários para companheiros homossexuais abriu a discussão sobre a possibilidade de reconhecimento das uniões homoafetivas como entidades familiares. Os tribunais brasileiros começaram pouco a pouco a comparar as uniões estáveis homossexuais às uniões estáveis heterossexuais, o que permitiu o acesso a direitos previdenciários para todos os casais homossexuais. Mudanças nas atitudes culturais e o crescente número de decisões reconhecendo casais homoafetivos como entidades familiares abriram caminho para a decisão do Supremo Tribunal Federal que estendeu os direitos da união estável a todos os casais formados por pessoas do mesmo sexo. Seguindo os mesmos argumentos presentes nas decisões que garantiram acesso a algumas categorias de direitos matrimoniais, o Superior Tribunal de Justiça decidiu meses após que as uniões estáveis entre pessoas do mesmo sexo poderiam ser convertidas em casamento civil. O Conselho Nacional de Justiça justificou a autorização da oficialização do casamento civil entre pessoas do mesmo sexo com base nesta decisão, passo extremamente importante na expansão da cidadania sexual⁴⁴.

A correlação entre cidadania e sexualidade é um dos aspectos mais relevantes da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental decidi-

42 TREVISAN, 2000.

43 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial No. 154.857-DF, Órgão Julgador: Sexta Turma, Rel. Luiz Vicente Cernicchiaro, DJ 26.10.1998 (afirmando que a exclusão de testemunha em função da sua homossexualidade viola o princípio da igualdade, pois tal fato não descredencia a participação de um indivíduo nos atos da vida pública). Outras decisões mencionam essa decisão para estender tratamento igualitário a gays e lésbicas em outros contextos. Ver, por exemplo, BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Ação Cível, No. 7000724340, Órgão Julgador: 8ª Câmara Cível, Rel: José Siqueira Trindade, 06.10.2003 (mencionado a decisão do STJ para justificar o reconhecimento das uniões homoafetivas como uniões estáveis sob o argumento de que a jurisprudência brasileira proíbe a discriminação por orientação sexual).

44 MOREIRA, 2010, pp. 45-95.

da pelo Supremo Tribunal Federal em maio de 2011. Mais do que uma inovação judicial, o conceito de cidadania sexual ali desenvolvido pode ser visto como um tema que fundamenta muitas demandas de direitos. Tradicionalmente, membros de minorias sexuais são socialmente tolerados na medida em que as suas práticas ficam circunscritas ao espaço privado. O espaço público permanece identificado com a heterossexualidade e com a masculinidade, separação que marca os limites do exercício da liberdade pessoal. A designação da esfera privada como lugar de exercício da sexualidade dissidente enfrenta obstáculos na medida em que essa dimensão também está identificada com a heterossexualidade. O mundo privado é o lugar das relações familiares e as normas jurídicas representam a família como inerentemente heterossexual⁴⁵.

A decisão utiliza uma compreensão mais complexa da igualdade formal para legitimar uma concepção de justiça social comprometida com a afirmação da igual dignidade dos diferentes segmentos sociais. Esse entendimento estrutura o que ministro relator chamou de constitucionalismo fraternal. Segundo o autor do voto principal, este conceito almeja não apenas a promoção da igualdade jurídica, mas também a igualdade moral de membros de grupos sociais historicamente discriminados, uma indicação da compreensão da igualdade como um conceito comprometido com a igualdade de grupos. Um objetivo dessa natureza seria alcançado por meio de políticas públicas afirmativas voltadas para a eliminação de sentidos culturais responsáveis pela institucionalização da diferenciação injustificada entre grupos. Rejeitando uma concepção da igualdade que a compreende como defesa do universalismo abstrato, a decisão argumenta que iniciativas governamentais devem promover o reconhecimento do pluralismo social e cultural como um valor central da nossa ordem constitucional. A busca pela aceitação de diferentes grupos sociais possibilita a construção de uma democracia genuína, o que enseja uma política do reconhecimento da igual integridade moral dos diversos grupos sociais. De acordo com o ministro relator, esses valores estruturam o nosso sistema jurídico, servindo como orientação para a interpretação das normas constitucionais⁴⁶.

45 BELL & BINNIE, 2000, pp. 9-11.

46 Ver nesse mesmo sentido, STF, ADI No. 4277, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Voto: Luiz Fux, 04.05.2011 (afirmando que a Constituição Federal tem como um de seus objetivos principais a construção de uma sociedade baseada no valor do pluralismo, sendo que os tribunais tem um papel central na proteção de grupos minoritários).

A perspectiva interpretativa adotada por Carlos Ayres Britto demonstra o caráter emancipatório da decisão em questão. Percebe-se nela que o conceito de igualdade está ancorado em uma representação do nosso texto constitucional como um programa de transformação social. Tal perspectiva é confirmada pela menção a normas jurídicas que pretendem garantir diferentes dimensões desse princípio a diversos grupos sociais tradicionalmente discriminados⁴⁷. Depreende-se da sua argumentação que a Constituição Federal tem como objetivo garantir a igualdade de status entre os grupos sociais: os diferentes segmentos sociais devem gozar das mesmas oportunidades, não sendo legítimas diferenciações baseadas nos traços identitários que o sistema jurídico considera benignos. A ordem social que esta forma de constitucionalismo pretende criar não está baseada apenas na promoção da igualdade formal ou proporcional entre os indivíduos, mas também na igualdade jurídica à qual se chega pelo respeito do pluralismo cultural, o que implica a necessidade do reconhecimento da igualdade moral como uma prática política. Nas palavras no ministro relator, por meio da respeitosa convivência dos contrários, , chega-se a superação de relações servis entre grupos sociais, um dos objetivos da nossa ordem constitucional⁴⁸.

A ênfase na importância da noção de reconhecimento nessa decisão está também diretamente relacionada com a visão da liberdade como um prin-

47 Ver nesse sentido TJRS, AC No. 7001660383, Órgão Julgador: 8ª. Câmara Cível, Relator: Claudir Fidélis Faccenda, 26.10.2006 (afirmando que a Constituição Federal estabelece a promoção do bem-comum de todas as pessoas como objetivo central da República Federativa do Brasil). STJ, REsp. No. 395.904, Órgão Julgador: 6ª. Turma, Relator: Hélio Quaglia Barbosa, DJ 06.02.2005 (estendendo direito previdenciário a um companheiro homossexual sob o argumento de que cabe às instituições estatais, por meio dos direitos fundamentais, a criação de uma sociedade multicultural e hiperinclusiva)JF/DF, 22ª. Vara Cível Federal, Processo No. 2005.34.00.037951-7, Juiz: Rogério Volpato Polezze, 08.03.2007 (reconhecendo o direito de inclusão da companheira como beneficiária sob o argumento de que a Constituição Federal estabelece a construção de uma sociedade inclusiva e livre como um objetivo constitucional); TJRS, AI No. 599075496, Órgão Julgador: 8ª. Câmara Cível, Relator: Breno Moreira Mussi, 17.06.1999 (afirmando que a questão da discriminação contra as minorias requer ações positivas que procurem eliminar as conseqüências da hierarquia social).

48 Ver nesse sentido TJMG, AC No. 1.0024.06.930324-6/001(1), Órgão Julgador: 7ª. Câmara Cível, Relator: Heloisa Combat, 22.05.2007 (afirmando que o reconhecimento da diferença pelo sistema jurídico constitui uma exigência do atual paradigma constitucional); STF, ADI 3300 MC/DF, Relator: Celso de Mello, DJ 09.02.2006 (referindo-se ao pluralismo como princípio constitucional que justifica o reconhecimento das uniões homoafetivas); TJAC, AC No. 2007.001819-4, Órgão Julgador: Câmara Cível, Relatora: Miracele Lopes, 25.09.2007 (classificando o atual paradigma constitucional como um momento cultural marcado pelo pluralismo e diversidade cultural); TJRS, AC No. 70016239949, Órgão Julgador: 7ª. Câmara Cível, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, 20.12.2006 (negando provimento à apelação que procurava anular decisão que reconheceu uma união homossexual como união estável sob o argumento de que a Constituição Federal deve reconhecer novas perspectivas culturais e relações sociais, salvaguardando assim os direitos de todos os cidadãos à busca de tutela jurisdicional).

cípio basilar da ordem constitucional brasileira. Deve-se eliminar aquelas diferenciações que restringem a liberdade dos indivíduos de forma indevida. A possibilidade de escolha de um parceiro íntimo permite a construção de um relacionamento estável, fator importante para o desenvolvimento pleno da personalidade humana.⁴⁹ O ministro relator argumentou que a livre expressão do desejo sexual contribui para a construção da felicidade, uma forma de liberdade constitucionalmente garantida. Proteger a possibilidade dos indivíduos viverem a orientação sexual constitui um dever das instituições estatais, pois elas precisam garantir os meios para a realização da autonomia pessoal na devida plenitude. Impossibilitar essa escolha seria contribuir para a infelicidade de uma parcela da população, o que pode ser classificado como uma violação do texto constitucional⁵⁰.

Ao contrário daqueles que defendem a normatividade social como critério de legitimidade para a ação estatal, homossexuais têm questionado sistematicamente as construções culturais que reproduzem os estigmas sociais e as desvantagens materiais às quais são constantemente submetidos. A formulação de novas formas de cidadania implica a articulação de diversas categorias de direitos, processo que modifica a forma como as relações entre as instituições estatais e os indivíduos são estabelecidas. Se o surgimento dos direitos sociais trouxe funções mais complexas para as instituições governamentais em relação àquelas que existiam no constitucionalismo liberal, as demandas de direitos relativos à sexualidade também

49 A Suprema Corte da Província do Ontário chegou a essa mesma conclusão na decisão que reconheceu o casamento entre pessoas do mesmo sexo. Ver *Halpern v. Canada*, [2003] S.C.C.A No. 337 (QL) (afirmando que a dignidade humana está relacionada com o respeito próprio e o sentimento de valorização pessoal que as pessoas sentem em relação a si mesmas, o que decorre da integridade psicológica dos indivíduos). A Suprema Corte de Massachusetts também desenvolveu argumentação similar. Ver *Goodridge v. Department of Public Health*, 440 Mass. 309 (2003) (argumentando que o Estado não pode usar o seu poder regulador para afetar a dignidade humana dos indivíduos negando acesso a direitos necessários para a definição da identidade pessoal).

50 Ver nesse sentido TJSP, MAS No. 464.730-4/0, Órgão Julgador: 4ª. Câmara de Direito Privado, Relatora: Maia Cunha, 09.11.2006 (afirmando que o direito personalíssimo à orientação sexual se materializa com o reconhecimento de seus consectários, principalmente no plano jurídico, sob pena de negativa àquele direito, protegido pela Lei Maior); TRF-2ª. Região, AC No. 2002.51.01.019576-8, Órgão Julgador: 7ª. Turma, Relator: Sérgio Schweitzer, 04.07.2007 (afirmando que o princípio da dignidade humana serve de base para a construção do direito à orientação sexual como direito personalíssimo, pois atrai para si o conteúdo de todos os direitos fundamentais); TJRS, AC No. 598362655, Órgão Julgador: 8ª. Câmara Cível, Relator: José Siqueira Trindade, 01.03.2000 (classificando o direito à orientação sexual como um direito fundamental da pessoa humana); TJAC, AC No. 2007.001819-4, Órgão Julgador: Câmara Cível, Relatora: Miracele Lopes, 25.09.2007 (afirmando que a orientação sexual é um direito personalíssimo que não deve sofrer julgamento, censuras ou discriminações).

exige que essa relação se estabeleça de outra forma. A discriminação baseada na orientação sexual tem um caráter especial: a invisibilidade social do critério de tratamento diferenciado. Se a raça e o sexo são características a partir das quais as pessoas podem ser classificadas imediatamente, a identidade sexual permanece largamente invisível para as pessoas. Ela institui uma forma de subordinação específica porque impõe o silêncio a um determinado grupo, o que pode ser caracterizado como uma negação da identidade. As conexões entre cidadania e identidade são particularmente complexas neste caso porque a normatividade social exige que essa expressão da sexualidade permaneça invisível⁵¹.

O reconhecimento das relações complexas entre cidadania e identidade levou algumas cortes constitucionais a desenvolver argumentos específicos para legitimar a proteção jurídica de minorias sexuais. Primeiro, elas reconhecem que a expressão da identidade é um aspecto central da dignidade humana, motivo pelo qual os indivíduos não devem ser submetidos a um regime de invisibilidade social. Segundo, elas afirmam que a orientação sexual pode não ser uma característica imutável como o sexo ou a raça, mas elas têm importância fundamental para a construção e afirmação da identidade individual. Isso significa que essa escolha não deva trazer consequências negativas para a pessoa porque a manutenção da integridade pessoal depende da possibilidade do exercício da autonomia nas diferentes esferas da vida. A compulsão à conformidade social é um custo pessoal que traz sofrimentos consideráveis à pessoa, o que contraria a noção de dignidade humana, ponto chave ao direito à integridade psíquica. A vida digna implica o sentimento de respeito próprio e de valor próprio, o que acontece quando os indivíduos podem ter uma vida pessoal integrada. Para a Suprema Corte do Canadá, essa dignidade é realizada quando normas jurídicas são sensíveis às necessidades, capacidades e méritos das pessoas. Ela é prejudicada quando eles são desprezados, ignorados ou marginalizados⁵².

51 REDMAN, 2011, pp. 86-88.

52 Halpern v. Canada, AG), [2003] O.J. No. 2268 (“Human dignity means that an individual or group feels self-respect and self-worth. It is concerned with physical and psychological integrity and empowerment. Human dignity is harmed by unfair treatment premised upon personal traits or circumstances which do not relate to individual needs, capacities, or merits. It is enhanced by laws which are sensitive to the needs, capacities, and merits of different individuals, taking into account the context underlying their differences. Human dignity is harmed when individuals and groups are marginalized, ignored, or devalued, and is enhanced when laws recognize the full place of all individuals and groups within Canadian society”).

Tendo em vista o fato de que a heterossexualidade é uma identidade compulsória que implica um padrão de normalidade nos diferentes espaços sociais, a cidadania sexual está centrada em uma ordenação política específica de diferentes esferas da vida individual, uma vez que a luta para a sua afirmação está centrada na possibilidade de dissolução dos limites da esfera pública e da esfera privada. O conceito de cidadania sempre esteve associado à possibilidade do indivíduo poder exercer a autonomia pessoal, o que depende de acesso a direitos que são articulados na esfera pública. Dessa forma, a mobilização em torno da sexualidade adquire importância crescente, principalmente quando se percebe que sexualidade e cidadania estão relacionadas de diversas formas, desde a atribuição de lugares sociais de acordo com o sexo das pessoas, passando pela regulação legal da constituição da família até a determinação de quais formas de sexualidade podem ser expressas na vida pública⁵³.

Vemos então que o conceito de cidadania sexual possui uma pluralidade de sentidos porque procura afirmar a igualdade de direitos em diferentes instâncias da vida das pessoas. Se por um lado ela não se afasta inteiramente da concepção tradicional da cidadania, por outro ela enfatiza a importância da identidade sexual como forma de pertencimento social e como referência para o desenvolvimento da autonomia pessoal. A sexualização da cidadania é um produto da proeminência da subjetividade sexual na vida das pessoas, processo social responsável pela crítica às formas de regulação social do exercício de direitos. Observamos que as minorias sexuais empenham-se em desconstruir a hegemonia da heterossexualidade na vida social, pois esses grupos acreditam que a afirmação de seus direitos requer o reconhecimento do pluralismo de identidades sexuais. Por ser vista como algo que deve estar restrito ao espaço privado, a homossexualidade requer o devido reconhecimento. Isso só pode ser alcançado a partir da discussão sobre a proteção de identidade sexual dentro do espaço público, passo necessário para o alcance de sua proteção jurídica⁵⁴.

Para Carol Johnson, o termo cidadania sexual implica uma manifestação da luta por formas mais inclusivas de pertencimento social. A identificação tradicional da cidadania com a heterossexualidade indica que o status das minorias sexuais nas democracias liberais pode ser classificado como uma cidadania de caráter parcial. Os membros desses grupos são

53 BELL & BINNIE, 1999, pp. 3-9.

54 JOHNSON, 2002, pp. 19-21.

cidadãos parciais porque muitos direitos jurídicos e políticos não estão ao alcance dos mesmos em função da instituição da heterossexualidade como identidade normativa⁵⁵. O caráter abstrato da cidadania potencializa a injustiça porque impõe uma necessidade de assimilação aos interesses majoritários. Dessa forma, o propósito de afirmar a possibilidade do auto-governo, premissa básica do constitucionalismo moderno, perde sentido porque os indivíduos possuem uma série de pertencimentos. Esse parâmetro continua sendo um elemento importante da noção de cidadania sexual, mas ele só pode ser concretizado na medida em que as pessoas gozam de tratamento igualitário em uma pluralidade de dimensões⁵⁶.

Estudiosos como David Carbado referendam argumentos articulados na jurisprudência brasileira sobre uniões homoafetivas. Afirma-se que a cidadania sexual deve ser vista como uma possibilidade de afirmação e expressão da identidade sexual. Parte-se do pressuposto de que os indivíduos devem poder manifestar a orientação sexual e a identidade de gênero na sua vida cotidiana sem que isso gere consequências negativas para os mesmos. A cidadania sexual é também um tipo de pertencimento social que permite ao indivíduo integrar aspectos centrais da sua identidade pública e a sua identidade privada⁵⁷. Além disso, ela também implica a democratização da esfera privada, processo que tem almeja eliminar as relações hierarquias baseadas na hegemonia heterossexual e masculina. A sexualidade torna-se então um espaço de formulação de demandas de direitos de grupos que sempre foram excluídos dos benefícios plenos da cidadania. A inclusão social depende, portanto, de uma reforma cultural e política que busca reconhecer a igual dignidade dos indivíduos independentemente da orientação sexual. Esse movimento torna-se necessário porque a cidadania parcial restringe a autonomia individual de diferentes formas. A inexistência de leis antidiscriminatórias possibilita a perpetuação da homofobia no mercado de trabalho e no ambiente escolar, a exclusão das instituições que regulam as uniões adultas impedem que casais homossexuais tenham acesso a direitos sucessórios e a direitos sociais e a constante reprodução de estereótipos negativos faz com que minorias sexuais sejam particularmente vulneráveis a diversas formas de violência física⁵⁸.

55 KESLER, 2008, pp. 541-542.

56 TULLY, 1995, pp. 1-9.

57 CARBADO, 2000.

58 COSMAN, 2007, pp. 6-7.

O impulso por relações igualitárias na esfera privada designa o que tem sido classificado como produto de uma transformação da intimidade, um ideal de que os relacionamentos adultos estejam baseados na igualdade e que possam ser um espaço de satisfação genuína para as pessoas envolvidas sejam elas heterossexuais ou homossexuais. Procura-se assim eliminar certos padrões culturais que acabam estabelecendo desigualdades entre homens e mulheres dentro dos seus relacionamentos. A ideia de que as uniões adultas devem ser um projeto individual que busca a satisfação pessoal e não um produto de expectativas culturais adquiriu o status de um valor que foi também incorporado pelo sistema jurídico⁵⁹. Eles devem então estar baseados nas escolhas e no afeto mútuo, condição para o alcance da realização das pessoas nele envolvidas. O processo de democratização da intimidade permite, então, a construção de uniões que estão baseadas no compromisso estabelecido entre dois adultos que se unem para construir relações adultas igualitárias⁶⁰.

Como dissemos acima, a conquista da autonomia no espaço íntimo requer acesso a direitos sexuais, uma categoria que pode ser compreendida de três formas distintas. Em primeiro lugar, direitos sexuais garantem a liberdade sexual. Pretende-se, assim, permitir que os indivíduos possam engajar em práticas sexuais sem que isso seja motivo de restrição de direitos, entendimento baseado na classificação da atividade sexual como uma necessidade humana. Por outro lado, direitos sexuais também implicam a eliminação de padrões culturais que associam práticas sexuais e poder social. A ideia de direitos sexuais significa, neste contexto, a superação de normas que regulam a sexualidade de acordo com as relações assimétricas entre os diversos grupos sociais. O prazer é algo que deve estar ao alcance dos indivíduos que são livres para praticar atos sexuais, mas ele é alcançado quando a atividade sexual baseia-se nas escolhas pessoais e não em papéis socialmente determinados. Esse entendimento de direitos sexuais procura então combater, fundamentalmente, o problema da supressão da

59 Ver, por exemplo, BRASIL. Tribunal Federal da Quarta Região, Ação Cível, No. 170491/RS, Órgão Julgador: 3ª. Turma, Relator: Marga Inge Barth Tessler, DJU 24.11.1998 (afirmando que a extensão de proteção legal às relações livres decorre do reconhecimento da afetividade como elemento central das uniões matrimoniais); BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Ação Cível No. 1.0024.06.930324-6/001(1), Órgão Julgador: 7ª. Câmara Cível, Relator: Heloisa Combat, 22.05.2007 (argumentando que os vínculos afetivos marcam as uniões familiares a partir da segunda metade do século passado, o que inclui as uniões formadas entre pessoas de mesmo sexo).

60 GIDDENS, 1996, pp. 184-204.

sexualidade decorrente do domínio masculino e heterossexual. Direitos sexuais também podem ser entendidos como um direito a autodeterminação, o que inclui, entre outras coisas, a possibilidade de viver de acordo com a própria orientação sexual. Esse aspecto dessa forma de garantia inclui decisões pessoais como a escolha de um parceiro íntimo, a possibilidade de adotar filhos, o direito de proteção contra a violência sexual e as informações necessárias para o exercício seguro de atos sexuais⁶¹.

O alcance da cidadania sexual não se restringe a possibilidade dos indivíduos poderem exercer a sexualidade de forma autônoma por meio de direitos sexuais. Esse conceito não ignora a importância dos direitos civis e políticos que informam a concepção tradicional de cidadania, uma vez que as pessoas existem em diferentes instâncias da vida social. Isso significa que a possibilidade da autonomia pessoal requer que minorias sexuais possam gozar das liberdades clássicas como a igualdade de tratamento pelas instituições públicas e privadas. Como sugerido anteriormente, o conceito de cidadania sexual também congrega as garantias associadas ao constitucionalismo social, tais como aquelas categorias de direitos que procuram fornecer um mínimo existencial para todos os indivíduos. Em resumo, a cidadania sexual congrega elementos da cidadania liberal e da cidadania social porque as garantias fornecidas por elas são importantes para o funcionamento social adequado das pessoas⁶².

Mas a cidadania sexual deve ser compreendida como resultado do processo de desconstrução da noção de sujeito de direito subjacente às formulações de cidadania acima referidas. No lugar de um sujeito abstrato implícito no sentido ordinário dessa categoria política, a noção de cidadania sexual enfatiza a importância de se compreender a pluralidade de posições que as pessoas ocupam dentro da sociedade. Portanto, minorias sexuais precisam ter acesso a direitos e obrigações de diferentes gerações para que possam ter uma vida autônoma. Por esse motivo, não se pode perder de vista o fato que o conceito de cidadania sexual mantém relações próximas com outras formulações de igualdade, entre elas as referentes à cidadania de minorias raciais. Uma agenda progressista não pode ignorar o fato de que sistemas de opressão operam simultaneamente, o que traz dificuldades particulares para tratar o caso daqueles que são afetadas pela

61 RICHARDSON, 2000, pp. 105-115.

62 BELL & BINNIE, 1999, pp. 45-51.

interseção de discriminações. Essa realidade nos coloca diante do problema: a conquista de direitos sexuais não implica necessariamente o fim de uma cidadania parcial para minorias raciais. Os que pertencem a minorias sexuais e raciais enfrentam as consequências de formas de exclusão social que se multiplicam por causa desse duplo status minoritário. Percebemos então que as articulações da identidade subjacente à noção de cidadania sexual também está presente nas discussões sobre cidadania racial. A agenda dos movimentos de minorias sexuais não pode ignorar a forma como o racismo e a homofobia afetam homossexuais⁶³. A crítica do racismo é relevante para a discussão sobre cidadania sexual porque minorias raciais são vítimas de uma de sexualização racial responsável pela construção dos mesmos como párias sexuais. Essa forma de estigmatização opera sobre minorias raciais para construí-los como parceiros sexuais indesejáveis, o que possibilita a afirmação da supremacia heterossexual como também da supremacia branca⁶⁴. O conceito de cidadania sexual exemplifica então um movimento que pretende promover formas de cidadania de caráter inclusivo para que diferentes grupos gozem de tratamento igualitário⁶⁵.

Se por um lado a política da identidade objetiva garantir direitos para aqueles grupos marginalizados em função de certos traços identitários, por outro ela procura superar os danos psicológicos de construções culturais negativas. Os diversos processos sociais responsáveis pela construção de certos grupos como párias sociais apenas servem para legitimar práticas discriminatórias. A ação constante desses mecanismos têm outras consequências altamente perniciosas relacionadas com a dificuldade dos indivíduos construírem uma identidade positiva. Estereótipos sociais impedem que sujeitos possam gozar de respeito social dos outros cidadãos, o que os colocam em uma situação permanente de insegurança psicológica. Muitos estudos mostram as consequências desses processos para minorias sexuais: a maior disposição para o desenvolvimento de problemas psicológicos como a depressão e tendências suicidas. O sentimento de menor valor social decorre da dissonância psicológica provocada pela contradição entre o status igualitário entre indivíduos que vivem em democracias liberais e uma forma de cidadania parcial responsável pela degradação humana em diferentes

63 BENITEZ, 2006, pp. 1-6.

64 HUTCHINSON, 1999, pp. 1-20.

65 LISTER, 2007, pp. 49-61.

formas. Se o liberalismo supostamente permite a afirmação dos indivíduos como seres que possuem uma identidade única, o mesmo regime político cria mecanismos que impossibilitam a afirmação da identidade⁶⁶.

Não podemos ignorar as claras conexões entre status cultural e status material quando falamos sobre cidadania sexual. Enquanto o primeiro indica a forma como certas classes de indivíduos são valorizadas na sociedade, o segundo está relacionado com as condições materiais da existência. Jyl Josephson argumenta que o exame da relação entre esses elementos é relevante em função da relação próxima entre a vida íntima e a vida econômica. Ela fica clara quando observamos que muitas empresas estabelecem um ideal de trabalhador, modelo largamente identificado com a identidade heterossexual. Isso significa que a orientação sexual é um fator impeditivo de acesso ao mercado de trabalho: homens e mulheres homossexuais são sistematicamente discriminados neste âmbito por fugirem dos padrões estabelecidos. Além disso, a possibilidade de acesso a benefícios estatais importantes para a segurança econômica de pessoas que estão em uma relação íntima como direitos sociais também depende da orientação sexual: muitos países só garantem acesso a esses direitos a casais heterossexuais. Vale lembrar que direito de herança e partilha de bens também são restringidos nos lugares nos quais direitos matrimoniais são privilégio heterossexual⁶⁷.

Enfim, a noção de cidadania sexual possui as seguintes características. Ela implica o gozo de diferentes categorias de direitos necessários para o exercício da autonomia sexual, o que está ligado com o reconhecimento da dimensão política da sexualidade, fato necessário para a reconstrução da vida democrática. Esse conceito também está centrado na democratização da intimidade por meio da eliminação de relações hierárquicas fundadas em identidades hegemônicas. Além disso, ele se mostra sensível ao reconhecimento da necessidade de promoção de outras formas de inclusão para a garantia da cidadania de todos os membros de minorias sexuais. Todos esses elementos são importantes para a afirmação da cidadania como garantia simbólica que permite os indivíduos se reconhecerem como membros dignos de uma comunidade política. Vemos então que a cidadania sexual pode ser caracterizada como um princípio jurídico e

66 HOPKINS & BLACKWOOD, 2011, pp. 215-220.

67 JOSEPHSON, 2016, pp. 11-18.

político que articula uma série de direitos necessários para a afirmação da autonomia dos indivíduos no campo da sexualidade. Esse preceito adquire importância na nossa sociedade em função da centralidade da sexualidade na identidade das pessoas, aspecto negligenciado pelas teorias de interpretação da igualdade.

O conceito de cidadania sexual aqui desenvolvido não é algo inteiramente novo dentro das discussões sobre inclusão na nossa sociedade, nem é uma construção teórica que diz respeito apenas a minorias sexuais. Os membros desse grupo não são as únicas vítimas de formas de discriminação e violência baseadas na identidade sexual. As normas culturais que constroem a heterossexualidade como uma identidade compulsória também estabelece lugares sociais naturais para heterossexuais, exigindo dos mesmos uma performance específica para que possam ter respeitabilidade social. A cidadania sexual procura fomentar a autonomia individual dos vários grupos sociais por meio das críticas às normas culturais que legitimam relações hierárquicas, sejam entre homossexuais e heterossexuais, sejam entre homens e mulheres. Ela também tem importância na desconstrução das práticas sociais e normas culturais que perpetuam a hegemonia masculina, problema social que afeta principalmente mulheres heterossexuais, mas que também criam problemas para homens heterossexuais.

Como tem sido discutido, a discriminação independe das características reais dos indivíduos; isso significa que a violência homofóbica, seja ela física ou simbólica, também afeta heterossexuais. Isso se manifesta por meio de uma pedagogia da sexualidade que tem como objetivo conformar os comportamentos sexuais, funcionando como um sistema de controle social que atua sobre todos os que não se adequam a funções culturais prescritas. Portanto, a preocupação com a afirmação da cidadania sexual é algo que interessa tanto a homossexuais quanto a heterossexuais. Essa expressão da igualdade tem como objetivo a educação das pessoas para o pluralismo que existe na nossa sociedade, um fator necessário para a construção de uma democracia inclusiva que garanta a autonomia para todas as sexualidades⁶⁸.

68 LOURO, 2000, pp. 19-30.

7. Conclusão

Procuramos neste artigo traçar os fundamentos da cidadania sexual como um postulado de interpretação da igualdade, proposta que encontra amplo fundamento na doutrina, na jurisprudência e na legislação brasileira. Articulamos uma série de princípios presentes no nosso sistema jurídico, princípios que procuram atingir um fim específico: a construção de uma sociedade inclusiva e democrática. Vemos surgir entre nós uma nova formulação da isonomia comprometida com a afirmação da igualdade moral entre os cidadãos, critério que também determina padrões de distribuições de oportunidades. A concepção de igualdade presente em diversas decisões judiciais sobre o status de minorias sexuais demonstra a importância da formação de uma sociedade na qual a ação dos agentes públicos e privados seja pautada por valores democráticos e não por estigmas sociais que pretendem legitimar privilégios dos grupos majoritários. Essa concepção inclusiva da cidadania está na base do que tem sido chamado de constitucionalismo transformador, filosofia jurídica que compreende a cidadania não apenas como um status jurídico, mas também como uma categoria que observa uma ética de respeito mútuo, requisito para a afirmação do senso de valor pessoal. A cidadania sexual designa um ideal moral que afirma o direito de cada indivíduo de desenvolver um senso de pertencimento social.

O estigma cultural associado à homossexualidade contradiz o ideal da cidadania porque impede o reconhecimento das pessoas como seres igualmente dignos, problema que tem um aspecto psicológico e outro jurídico. A circulação de ideias negativas dificulta a construção de um sentimento de respeito pessoal, causando danos consideráveis ao senso de dignidade das pessoas. Esses estigmas são um obstáculo significativo ao desenvolvimento de uma identidade positiva porque a constante desmoralização danifica o senso de valor moral do indivíduo. Como as pessoas afetadas têm poder limitado para transformar os sentidos culturais que legitimam práticas discriminatórias, elas acabam sendo convencidas de que não são capazes de estabelecer e alcançar objetivos próprios. Mais do que impedir a criação de uma cultura pública baseada no respeito mútuo, a circulação desses estigmas possui outros objetivos que contribuem ainda mais para a exclusão. Eles são construídos para justificar práticas que impedem o acesso a oportunidades materiais; eles também contribuem para a margi-

nalização econômica. Vemos, então, que esse aspecto subjetivo e objetivo de estereótipos negativos atuam para produzir uma desigualdade de status entre os diferentes grupos que existem dentro da sociedade.

O caráter inclusivo da cidadania sexual estabelece um preceito de grande importância para a ação de agentes estatais e agentes privados: a coibição de atos e normas que tragam danos sistemáticos ao status social de pessoas por pertencerem a minorias sexuais. Podemos interpretar esse conceito de cidadania como um parâmetro que incorpora uma noção de igualdade identificada com igualdade de status. Ao contrário de uma concepção desse princípio voltada apenas para a proteção dos indivíduos, essa perspectiva reconhece a importância da proteção de grupos porque as desigualdades estão relacionadas com o pertencimento a certos segmentos sociais.

Referências

- BELL, David Bell & BINNIE, John. *The sexual citizen: queer politics and beyond*. Londres: Polity Press, 2000.
- BENITEZ, Maria Elvira Diaz. Além de preto, veado! Etiketando experiências e sujeitos nos mundos homossexuais”. *Sexualidade, Gênero e Sociedade*, v. 13, n. 26, pp. 2-10, 2006.
- BERNSTEIN, Mary. Identity politics. *Annual Review of Sociology*, v. 31, n.1, pp. 47-74, 2005.
- BLANK, Hanne. *Straight: the surprising short history of heterosexuality*. Boston: Beacon Press, 2012.
- BRANCH, Taylor. *Parting the waters. America in the King years, 1954-1963*. New York: Simon & Schuster, 1989.
- CARBADO, Devon. Straight out of the closet. *Berkeley Women's Law Journal*, v. 15, n. 1, pp. 77-124, 2000.
- CARRARA, Sérgio. Políticas e direitos sexuais no Brasil contemporâneo. *Bagoas*, v. 5, n. 1, pp. 131-14, 2010.
- COLLINS, Hugh. Discrimination, equality and social inclusion. *The Modern Law Review*, v. 66, n. 1, pp. 16- 43, 2003.
- CONDOR, Susan. Toward a social psychology of citizenship? *Journal of Community & Applied Social Psychology*, n. 21, pp. 193-201, 2011.
- COSSMAN, Brenda. *Sexual subjects: the legal and cultural regulation of sex and belonging*. Stanford: Stanford University Press, 2007.

- COSTA, Igor Sporch da Costa. A comunidade LGBT e a revolta contra o estigma: um ensaio acerca do “estado da arte” da política brasileira contra a homofobia. In: *Costa, I. S. & Miranda, J. I. Direito e movimentos sociais: a busca pela efetivação da igualdade*. Curitiba: Juruá, 2008.
- DIAS, Maria Berenice. *União homoafetiva. O preconceito e a justiça*. 5ª ed. Curitiba: Revista dos Tribunais, 2010.
- ESKRIDGE, William. Comparative law and the same-sex marriage debate: a step-by-step approach towards state recognition”. *McGeorge Law Review*, v. 31, n. 3, pp. 641-672, 2000.
- _____. No promo homo: the sedimentation of antigay discourse and the channeling effect of judicial review. *New York University Law Review*, v. 75, n. 5, pp. 1328-1333, 2000.
- EVANS, David T. (Homo)sexual citizenship: A queer kind of justice. In: *WILSON, A. A simple matter of justice? Theorizing lesbian and gay politics*. USA: Continuum International Publishing, 1996.
- FACHINNI, Regina. *Sopa de letrinhas? Movimento homossexual e construção de identidade coletivas nos anos 90*. São Paulo: Garamond, 2005.
- FLEXMAN, Eleonor & FITZPATRICK. *Century of struggle: the woman’s right movement in the United States*. Boston: Belknap Press, 2002.
- FRASER, Nancy. Redistribuição, reconhecimento e participação. Por uma concepção integrada de justiça. In: SARMENT, D.; IKAWA, D.; PIOVE-SAN, F. (orgs.). *Igualdade, diferença e direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, pp. 167-189.
- FREDMAN, Sandra. *Discrimination law*. Oxford, Oxford University Press, 2011.
- FREEDMAN, Estelle. *No turning back. The history of feminism and the future of women*. New York: Ballantine Books, 2002.
- FOURIE, Carina; SCHUPPERT, Fabian; WALLIMAN-HERMMER, Ivo. (2015). “The nature and distinctiveness of social equality. In: FOURIE, C.; SCHUPPERT, F.; WALLIMAN-HERMMER (orgs.), *Social Equality: On what it means to be equals*. Oxford: Oxford University Press, 2015.
- GIDDENS, Anthony. *A transformação da intimidade*. São Paulo: Unesp, 1993.
- GREEN, James & QUINALHA, Renan. *Ditadura e homossexualidades: repressão, resistência e busca das verdades*. São Carlos; EDUFSCAr, 2014.
- JOHNSON, Carol. Heteronormative citizenship and the politics of passing. *Sexualities*, v. 5, n. 3, pp. 317-336, 2002.

- HONNETH, Axel. *Luta pelo reconhecimento. A gramática dos conflitos sociais*. São Paulo: Editora 34, 2003.
- HOPKINS, Nick & BLACKWOOD, Leda. Everyday citizenship: Identity and recognition. *Journal of Community & Applied Psychology*, v. 21, n. 2, pp. 215-227, 2011.
- HUTCHINSON, Darren Lenard. Ignoring the sexualization of race heteronormativity, critical raced theory and anti-racist policy. *Buffalo Law Review*, v. 41, n.1, pp. 1-116, 1999.
- KLARE, Karl. Legal culture and transformative constitutionalism. *South African Journal of Human Rights*, v. 146, n. 1, pp. 146-188, 1998.
- KYMLICKA, Will. *Multicultural citizenship: a liberal theory of minority rights*. Oxford: Oxford University Press, 1996.
- _____; NORMAN, Wayne. The return of the citizen. A survey of recent work on citizenship. *Ethics*, v. 104, n. 2, pp. 352-381, 1994.
- LISTER, Ruth. Inclusive citizenship: realizing the potential. *Citizenship Studies*, v. 11, n. 1, pp. 49-61, 2007.
- MAYNARD, Mary Mannard & PURVIS, June. *(Hetero)Sexual Politics*. Bristol: Taylor & Francis, 1995.
- MARSHALL, T. H. *Cidadania, classe social e status*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1967.
- MOUFFE, Chantal. *The return of the political*. Londres: Verso, 2006.
- _____; LACLAU, Ernesto. *Hegemony and socialist strategy: towards a radical democratic politics*. Londres: Verso, 2001.
- MOREIRA, Adilson José. A construção jurídica da heterossexualidade. *Revista de Informação Legislativa*, n.188, pp. 45-63, 2010.
- _____. *União homoafetiva. A construção da igualdade na jurisprudência brasileira*. Curitiba: Juruá, 2012a.
- _____. We are family! Legal recognition of same-sex unions in Brazil. *American Journal of Comparative Law*, v. 60, n.4, pp. 1004-1039, 2012.
- NATIVIDADE, Marcelo & OLIVEIRA, Leandro de. *As novas guerras sexuais. Diferença, poder religioso e identidades LGBT no Brasil*. Rio de Janeiro, Garamond, 2013.
- NUSSBAUM, Martha. *From disgust to humanity. Sexual Orientation & Constitutional Law*. Oxford: Oxford University Press, 2010.
- PLUMMER, Ken. The square of intimate citizenship. *Citizenship Studies*, v. 5, n. 3, pp. 237-253, 2001.

- PORTIS, Edward. Citizenship and Personal Identity. *Polity*, v. 18, n. 3, pp. 457-472, 1986.
- POZZOLO, Suzanna. Reflexiones sobre la concepción neoconstitucionalista de la constitucion. In: CARBONELL, M; GARCIA JARAMILLO, Leonardo (eds.), *El canon constitucional*. Madrid; Trotta, 2010, pp. 177-205.
- ORO, Ari Pedro. A política da Igreja Universal e seus reflexos nos campos religioso e político brasileiros. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, v. 53, pp. 53- 70, 2003.
- RAWLS, John Rawls. *Political pluralism*. New York: Columbia University Press, 2005.
- RICHARDS, David. *Identity and the case for gay rights*. Chicago: University of Chicago Press, 2000.
- RICHARDSON, Diane (ed.). *Theorizing heterosexuality: Telling it straight*. Oxford: Oxford University Press, 1996.
- _____. Sexuality and citizenship. *Sociology*, v. 32, n. 1, pp. 83-112, 1998.
- _____. Constructing sexual citizenship. *Critical Social Policy*, v. 20, n. 1, pp. 105-135, 2000.
- RIOS, Roger Raupp. *A homossexualidade no direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.
- ROBSON, Ruthann & KESLER, Tanya. Unsettling sexual citizenship. *McGill Law Review*, v. 53, n. 3, pp. 536- 571, 2006.
- ROSENFELD, Michel. The identity of the constitutional subject. *Cardozo Law Review*, v. 16, n. 5, pp. 1049-1123, 1994.
- SARMENTO, Daniel. A dimensão objetiva dos direitos fundamentais: fragmentos de uma teoria. In: SAMPAIO, José Adércio (Org.). *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, pp. 251- 314.
- SCHEMMEL, Christian. Distributive and relational equality. In: *Politics, Philosophy & Economics*, v. 11, n. 2, 2011. pp. 123-148. <http://dx.doi.org/10.1177/1470594X11416774>
- SUPIOT, Alain. *Homo juridicus*. Ensaio sobre a função antropológica do direito. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- TREVISAN, João Silvério. *Devassos no paraíso*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Record, 2000.
- TULLY, James. *Strange multiplicity*. Constitutionalism in an age of diversity. Cambridge: Cambridge University Press, 1995.

- WALZER, Michael. *Spheres of justice: a defense of pluralism and equality*. Boston: Basic Books, 1984.
- WEEKS, Jeffrey. The sexual citizen. *Theory, Culture & Society*, v. 15, n. 3-4, pp. 35-52, 1998.
- WEST, Donald & GREEN, Richard (eds.) *Sociolegal control of homosexuality. A multi-nation comparison*. Nova York: Kluwer Academic Publishers, 2002.
- WEST, Robin. Progressive and conservative constitutionalism. *Michigan Law Review*, v. 88, n. 3, pp. 641-721, 1990.
- YOUNG, Iris Marion. Polity and group difference. A critique of the idea of universal citizenship. *Ethics*, v. 99, n. 2, pp. 250-274, 1989.

Recebido em 5 de outubro de 2015

Aprovado em 14 de agosto de 2016

Sistemas Plurais de Direito: desde Práticas Sociais e Insurgências Latino-Americanas*

Plural Legal Systems: from Social Practices and Latin-American Insurgencies

Antonio Carlos Wolkmer**
Universidade Federal de Santa Catarina,
Florianópolis-Santa Catarina, Brasil

Débora Ferrazzo***
Universidade Federal do Paraná, Curitiba-Paraná, Brasil

1. Introdução

A formação social do continente latino-americano é caracterizada por uma grande diversidade de sistemas e culturas, existentes tanto nos povos originários quanto nas comunidades que foram se constituindo ao longo dos

* O artigo que aqui se apresenta constitui resultado parcial do Projeto de Pesquisa “Pluralismo Jurídico, Interculturalidade e Constitucionalismo na América Latina”, cadastrado em 2014 na plataforma do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq), bem como, resultado de visita realizada à Bolívia, profícua interlocução com pesquisadores e juristas do país, além de pesquisas teóricas desenvolvidas no âmbito da pós-graduação da UFSC e do Núcleo de Estudos e Práticas Emancipatórias (NEPE) ao longo dos últimos anos.

** Pesquisador nível 1-A do CNPq e consultor Ad Hoc da CAPES. Professor dos Programas de Pós-Graduação do UNILASALLE-RS e da UFSC, bem como do Mestrado em Direitos Humanos da UNESCO. Doutor em Direito. Professor visitante de cursos de pós-graduação em várias universidades do Brasil e do exterior (Argentina, Peru, Colômbia, Chile, Venezuela, Costa Rica, Porto Rico, México, Espanha e Itália). Membro do Grupo de Trabalho CLACSO: “Crítica Jurídica Latinoamericana, Movimientos Sociales y Procesos Emancipatórios”. E-mail: acwolkmer@gmail.com.

*** Doutoranda em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR); Mestra em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Professora no curso de Direito da Universidade do Extremo Sul Catarinense (UNESC). Integrante do Núcleo de Estudos e Práticas Emancipatórias (NEPE/UFSC) e do Núcleo de Pesquisas em Desenvolvimento Regional (FURB). Pesquisadora no Grupo de Pesquisas em Pensamento Jurídico Crítico Latino-americano (UNESC). E-mail: dferrazzo@hotmail.com.

séculos, pelo ingresso de trabalhadores escravos e de novos colonizadores a serviço das metrópoles. No âmbito jurídico, equivale a dizer que existe um pluralismo jurídico, materializado na coexistência de diversos sistemas, alguns de caráter popular e democráticos, outros mais voltados à reprodução de relações de dominação. Mas, há de fato, uma significativa pluralidade de sistemas jurídicos que coexistem e eventualmente se opõem ao direito oficial. Esta realidade é categoricamente demonstrada nas recentes Constituições que reconhecem o pluralismo jurídico em seus âmbitos, como é o caso da Bolívia (2009). No país, povos indígenas, que há séculos vêm resistindo e preservando suas tradições, inclusive seus sistemas jurídico-políticos, organizaram-se enquanto movimentos sociais para reivindicar, e assim, lograram sucesso na constitucionalização dos referidos sistemas.

Em uma perspectiva pautada no compromisso com as aspirações populares, não escapa a percepção de que o sistema jurídico oficial, o monismo estatal, esteve sempre subordinado a interesses da tradição elitista, negligenciando as necessidades de segmentos majoritários e violentando, em um nível inclusive ontológico, a diversidade cultural do continente, na busca pela concretização do projeto universalizante, um projeto que conduz a um único paradigma – o eurocêntrico –, negando o mosaico social que forma a América Latina.

Nas últimas décadas, entretanto, fortaleceu-se de modo vertiginoso a consciência e a mobilização social, eclodindo em diversas etapas transformadoras no continente, em especial, na região andina (representada pelo Equador e Bolívia). Tais processos culminaram na edificação legítima e democrática do poder político e nas mudanças das instituições oficiais, legadas pela cultura jurídico-política colonizadora (tradição europeia). Estas transformações são verificadas tanto no âmbito jurídico, estritamente considerado, quanto no âmbito político, e são marcadas por distintos níveis de consolidação, enfrentando desafios, mas também apresentando fórmulas profícuas para um projeto descolonizador. A discussão acerca destes processos é fundamental, uma vez que permite, não somente a identificação de novos paradigmas que podem apontar a outras formas de compreender e realizar o direito – libertando-o da matriz formalista e universalista –, mas, sobretudo, contribuir na conscientização acerca dos riscos de recolonização das conquistas democráticas celebradas pela sociedade latino-americana. É certo que tal debate não pode ser esgotado nas incursões que se seguirão, mas, ainda assim, pretende-se apresentar um aporte crítico,

considerando alguns aspectos do pluralismo jurídico e da marcha descolonizadora da cultura jurídica latino-americana.

Tal objetivo estrutura-se em três partes distintas: primeiramente, um breve panorama acerca da resistência dos movimentos sociais, em especial os movimentos indígenas, no continente em defesa de sua diversidade étnica, política, jurídica e cultural, frente ao projeto colonizador; em segundo, algumas perspectivas críticas descoloniais no âmbito dos direitos humanos e sua relação com o pluralismo jurídico, o qual constitui uma pauta fundamental para a luta por descolonização; por último, a análise de alguns procedimentos jurisdicionais referentes à pluralidade de ordens jurídico-políticas insurgentes engendradas pelos processos de luta e resistências no continente. A opção metodológica e epistemológica do trabalho baseia-se na produção bibliográfica crítica e consulta a fontes primárias, especialmente às Constituições equatoriana de 2008 e boliviana de 2009. Tal opção não se faz aspirando à apresentação de uma suposta neutralidade científica, tampouco de perspectiva liberal-analítica, mas se faz a partir de uma tomada de posição mais teórica e sócio-política, em função dos excluídos e em apoio às lutas populares que revelam novos mundos possíveis.

2. América Latina: entre o projeto colonizador e a realidade plural

A América Latina é uma região cujos povos nunca tiveram vocação para a uniformidade, ou monismo cultural. Raúl Fornet-Betancourt¹ já destacava em sua obra que este continente não é resultado de um encontro entre dois mundos, mas sim um mosaico bastante complexo de muitos povos com distintas tradições, clamando por um movimento que permita conhecê-lo em toda a sua pluralidade.

No âmbito jurídico, esta pluralidade se apresenta por meio de uma infinidade de práticas que sustentam sistemas de direitos não necessariamente circunscritos ao sistema jurídico estatal, tal como se observa em dois estudos: um organizado por Boaventura de Sousa Santos e José Luis Exeni Rodríguez² discutindo o cenário boliviano, e o outro, novamente organizado por Boaventura de Sousa Santos, agora com Agustín Grijalva Jiménez³,

1 FORNET-BETANCOURT, 1994, p. 41.

2 SANTOS; EXENI RODRÍGUEZ, 2013.

3 SANTOS; GRIJALVA JIMÉNEZ, 2013

investigando o cenário equatoriano. Ambos apresentam diversos artigos com estudos de casos e relatos de experiências, além de densas reflexões teóricas. Muitos dos trabalhos que compõem a organização foram elaborados por intelectuais indígenas, especialmente aimarás e quéchuas.

Na verdade, são práticas sociais deflagradas no âmbito das comunidades ou povos indígenas e sustentam sistemas de direitos que transcendem o Estado e muitas vezes são criminalizados pelo “direito oficial”, direta ou indiretamente, como em outra oportunidade já se pôde verificar por meio de estudo legal e jurisprudencial⁴. A novidade no assunto está na recente constitucionalização, por parte de alguns Estados latino-americanos, da realidade jurídico-política presente em seus territórios. É o que se nota nas últimas Constituições promulgadas no Equador (2008) e na Bolívia (2009). Em outros Estados, as práticas jurídicas plurais seguem sem tal reconhecimento, mas seguem resistindo e propondo alternativas ao sistema hegemônico de corte liberal burguês, capitalista e eurocêntrico⁵. Por meio desta resistência, as práticas sociais, ao mesmo tempo em que evidenciam a diversificada realidade política, jurídica e cultural, vão construindo propostas de organização da vida comunitária e do poder político inspiradas na justiça social e na emancipação dos sujeitos historicamente subalternizados pelo sistema hegemônico⁶. Exemplos destas práticas podem ser identificados no Brasil, na resistência dos Movimentos dos Trabalhadores Sem Terra, que há décadas enfrentam a discriminação social e política, e a criminalização pelo direito estatal, em movimentos urbanos, sindicais e estudantis, entre outros. Assim sendo, no México, podem ser identificadas as práticas das comunidades zapatistas, que engendram sistemas jurídicos autônomos e populares; na Guatemala, Bolívia, Equador e Peru, pelas práticas de seus povos originários que compõem larga tradição que vem de seus ancestrais e, independente da inclusão em texto constitucional, seguirão existindo, entre outras.⁷

A resistência dos movimentos populares no continente reinventa então teorias, conceitos e práticas, como é o caso da experiência mexicana

4 FERRAZZO, 2015, p. 279 e ss.

5 WOLKMER, 2013.

6 SANTOS; MENESES, 2010; GROSGOUEL, 2010.

7 SANTOS; EXENI RODRÍGUEZ, 2013; SANTOS; GRIJALVA JIMÉNEZ, 2013; TORRE RANGEL, 2010a; 2010b; NOGUERA FERNANDEZ, 2008.

do Exército Zapatista da Libertação Nacional (EZLN), analisada por Jesus Antonio de La Torre Rangel⁸, em que o “direito à revolução” é discutido, reivindicado e atualizado, convertendo-se em justificação para a luta por libertação frente aos sistemas normativos opressivos. Além disto, dentro do próprio direito colonizador, os movimentos contra-hegemônicos⁹ buscam as bases de sua insurreição, constituindo uma forma de “direito alternativo” ou “uso alternativo do direito”, o que faz com que não somente conceitos políticos ou filosóficos sejam revisitados e refletidos através das necessidades do povo, como também os próprios dispositivos do direito estatal. O horizonte perseguido pelo movimento zapatista é claro e intransigível: a justiça social.

Em seus estudos, Jesus Antonio de La Torre Rangel explica que além da resistência interna ao modelo de justiça estatal tradicional/eurocêntrico, verificam-se no México sistemas de constituição autonômicas, como o emblemático caso da Polícia Comunitária, criada por trinta e oito comunidades das regiões de Montanha e Costa Chica, onde os índices de criminalidade eram altíssimos e agravados por um sistema público de segurança marcadamente corrupto e ineficaz. Estas comunidades, reunidas em assembleia, buscaram uma solução eficaz para sua tênue situação, a qual consistiu em criar um sistema comunitário de polícia, no qual os envolvidos fossem voluntários motivados pela solidariedade e respeito à comunidade. O sistema de polícia evoluiu para um sistema penal com relativa estruturação, pois a fase inicial, em que a comunidade apreendia os “delinquentes” e entregava à polícia estatal, mostrou-se ainda deficitária, já que pouco depois de entregues os delinquentes fugiam ou corrompiam os oficiais e voltavam à comunidade, repetindo as mesmas ações. Para desenvolver o sistema comunitário autonômico, foram procuradas as tradições ancestrais, baseadas na reeducação e não na sanção, tal como é conhecida na tradição retributiva-punitiva ocidental¹⁰.

Na Colômbia também se verifica, com relativo reconhecimento estatal, o pluralismo jurídico, que se dá sob três formas: a justiça comunitária, as justiças indígenas e a justiça informal. Estes sistemas de justiça, embora não estejam destacados na Constituição do país, são reconhecidos pelas

8 TORRE RANGEL, 2010b, pp. 45-53.

9 SANTOS, 2003; 2010.

10 TORRE RANGEL, 2010a, pp. 301-304.

decisões da Corte Constitucional, em um processo marcado por avanços e retrocessos. Na avaliação de Rosember Ariza Santamaría¹¹, tal oscilação se dá em razão da contradição intrínseca que existe na cultura jurídica colombiana, a qual se condensa num cenário de busca pela diversidade na unidade. Ou seja, sobre o espectro de constituição pluralista, subsiste a formação do Estado-nação. Nesta difícil associação entre realidade plural e formação unitária estatal, as posições assumidas pela Corte Constitucional não são unívocas e de caso a caso apresentam oscilações, já que a fixação dos limites das jurisdições indígenas a partir dos direitos fundamentais e humanos é questão polêmica, assim como a questão dos interesses coletivos e dos interesses individuais. As interpretações do autor destacam elementos que agravam tal contradição, como a crescente vinculação entre o direito oficial e os interesses de conglomerados econômicos, que implicam num crescente distanciamento dos interesses majoritários da população.

Ora, as práticas normativas geradas pelos movimentos sociais que, na América Latina, coexistem com o direito estatal (como se nota especialmente na Bolívia, Equador, México, Guatemala),¹² seja em relação de complementariedade, reconhecimento, tolerância ou mesmo criminalização, são bastante diversas. Dentre estas práticas, nas últimas décadas, aquelas protagonizadas por comunidades indígenas têm assumido especial relevância, pois têm se convertido numa profícua fonte de novos sistemas normativos e de intervenção sobre o direito estatal, fato que restou evidenciado nos últimos processos constituintes da Bolívia e Equador, em que as comunidades originárias exerceram papel determinante sobre a nova ordem jurídica e política destes países¹³. Desde a colonização, iniciada aos fins do século XV, os sistemas normativos originários foram sendo substituídos – não por escolha, mas por imposição – pelo sistema legal colonizador, e entre ambos, as diferenças são notáveis. Para compreender tais diferenças e o processo de recomposição de sistemas jurídicos políticos na América Latina (um novo paradigma constituído pelo avanço dialético entre direito colonizador e práticas pré-coloniais) é pertinente ter claras algumas características da justiça originária indígena.¹⁴

11 ARIZA SANTAMARÍA, 2010, pp. 93-97.

12 SANTOS, 2013a; 2013b; TORRE RANGEL, 2010a; 2010b; MÉDICI, 2010, ACOSTA; MARTINEZ, 2009.

13 LACERDA, 2014, pp. 133-136; PACTO DE UNIDAD, 2010; TAMBURINI, 2013.

14 FERRAZZO, 2015.

O primeiro aspecto, que é inclusive defendido por Martín Bazurco Osorio e José Luis Exeni Rodríguez, está na importância de nominar no plural as “justiças indígenas”, em razão de sua grande diversidade. Os mesmos autores alertam para o fato de que, apesar de serem inúmeras e diversas, é possível identificar traços comuns entre tais sistemas de justiça¹⁵. Uma característica muito importante, inclusive para o desdobramento do assunto em âmbito estatal, diz respeito à existência pré-colonial e pré-estatal inclusive, já que, na maioria dos casos, se trata de práticas consuetudinárias ancestrais; além disto, as justiças indígenas orientam-se pela restauração da harmonia da comunidade, e não pelo castigo. Dentre outras características identificadas pelos autores, destacam-se o caráter coletivo da justiça indígena, que se opõe ao corte individualista e a incapacidade do direito ordinário ocidental em tratar de interesses e direitos coletivos; a gratuidade, a celeridade da justiça, o dinamismo (a justiça indígena consegue se adaptar melhor a situações reais) e a reconciliação. Complementando tal análise, Xavier Albó¹⁶ aponta outras características, dentre as quais se destaca a adoção da comunidade como instância superior, contrastando com a lógica do direito positivo, em que tal instância é uma corte de especialistas; os parâmetros de decisão da comunidade não são termos técnicos, mas sim os valores próprios da comunidade. Esta característica diz muito a respeito do caráter genuinamente democrático partilhado pelas diferentes formas de justiça indígena.

A compreensão destes aspectos permite visualizar as diferenças entre as práticas pré-coloniais e o transplante representado pelo direito colonizador. E talvez, permita vislumbrar a violência física e ontológica que significou a busca do direito colonizador para suplantar o pluralismo jurídico existente na tradição dos povos originários do continente.

3. Descolonização, Direitos Humanos e Pluralismo Jurídico

As variadas formas de violência perpetuadas ao longo dos últimos séculos em razão da contradição entre a realidade latino-americana e o projeto colonizador eurocêntrico vêm motivando a reflexão e desenvolvimento de

15 BAZURCO OSORIO; EXENI RODRÍGUEZ, 2013, pp. 128-131.

16 XAVIER ALBÓ, 2013, pp. 207-214.

teorias críticas de caráter descolonial¹⁷, uma vez que se dedicam ao descobrimento de paradigmas a partir da própria realidade periférica¹⁸, dominada e explorada, que fatalmente é partilhada não somente pelos Estados latino-americanos, mas por estes e outros mais, como os Estados africanos, também colonizados e marginalizados dos paradigmas de desenvolvimento e civilização consagrados na modernidade.¹⁹

Pela contribuição de tais teorias críticas, diversos discursos colonizadores foram sendo desmistificados e, suas ideologias ocultas, reveladas, como vem ocorrendo com o discurso dos Direitos Humanos²⁰. Estes, em seu desenvolvimento histórico, também coexistiram e mesmo dissimularam práticas desiguais e, muitas vezes, intervenções internacionais opressivas, já que constituem um rol abstrato de direitos, definido em razão das aspirações e do horizonte cultural de um tipo específico de homem, o homem branco europeu. Além disto, os direitos humanos, segundo defende Alejandro Médici, tem discurso que opera sob a “regra da diferença colonial”²¹, em que as premissas universais não são aplicadas às colônias. Isto permite, por exemplo, que certos processos produtivos erradicados das metrópoles (como uso de mercúrio na extração mineral) sejam desenvolvidos nas colônias. A diferença colonial relaciona-se, portanto, ao discurso das sociedades civilizadas e sociedades selvagens; estas podem suportar situações inadmissíveis àquelas. Isto inverte os direitos, transformando-os em direitos de conquista, colonização e escravização²².

Como se vê, as teorias críticas contam com o momento de desconstrução de paradigmas opressores e negadores do mundo da vida. Todavia, também contam com momentos criativos e propositivos. É o caso em que se incluem debates como os de Joaquim Herrera Flores²³ e Boaventura de Sousa Santos²⁴, que sugerem formas de resgatar os direitos humanos e convertê-los em instrumentos de luta por justiça social. Boaventura de Sousa Santos reconhece que os direitos humanos podem ser utilizados tan-

17 GROSGOUEL, 2010; MIGNOLO, 2008; QUIJANO 1992; 2010; 2014; LANDER, 2003.

18 GROSGOUEL, 2010; MIGNOLO, 2008; QUIJANO 1992; 2010; 2014; LANDER, 2003.

19 SANTOS, 2010.

20 HERRERA FLORES, 2002; 2005.

21 MÉDICI, 2012, pp. 42-44.

22 MÉDICI, 2012, pp. 42-44.

23 HERRERA FLORES, 2002; 2005.

24 SANTOS, 2008; 2010; 2013.

to como estratégia hegemônica (quando globaliza um localismo – caso dos direitos humanos universais e abstratos), quanto como estratégia contra hegemônica (quando é uma forma de cosmopolitismo subalterno insurgente – quando são reconceitualizados de modo intercultural). Para fundar uma política contra hegemônica de direitos humanos, Boaventura de Sousa Santos propõe então cinco premissas como ponto de partida: superar o debate universalismo *versus* relativismo, por meio da oposição do diálogo intercultural ao primeiro e o desenvolvimento de critério de distinção entre políticas progressistas e conservadoras, ou emancipatórias de regulatórias ao segundo; transformar de modo cosmopolita os direitos humanos, visto que todas as culturas têm concepções acerca do tema, entretanto, nem sempre com as mesmas designações, o que faz relevante identificar preocupações isomórficas; reconhecer a incompletude das culturas e a problematização do conceito de direitos humanos; reconhecer que as culturas não são monolíticas, comportando distintas visões em seu interior e assim, identificar seus círculos de reciprocidade mais amplos; aceitar que as culturas fundam-se em princípios de igualdade e diferença, aprendendo a distinguir a luta por igualdade da luta por reconhecimento igualitário.²⁵

O baluarte da teoria crítica dos direitos humanos, Joaquín Herrera Flores²⁶, enfrenta o debate propondo uma “visão complexa” do tema. Para tanto, o autor apresenta três distintas visões sobre os direitos humanos. Duas destas visões (racionalidades e práticas) protagonizam a polêmica no mundo, sendo elas: a *visão abstrata*, com racionalidade jurídico-formal e práticas universalistas, que é vazia de conteúdo e centrada na concepção ocidental de direitos; e a *visão localista ou multicultural*, com racionalidade material cultural e práticas particularistas, em que predomina o “próprio”, com respeito ao dos outros, centrado na ideia particular de cultura. Segundo o autor, cada qual tem seus êxitos e limites, sendo que os limites se sobressaem no momento em que cada uma das posições passa a defender seus princípios, tomando as posições divergentes como inferiores, colocando o direito acima da cultura ou o inverso. Assim como o direito não é neutro, a cultura não é algo fechado. Herrera Flores propõe então a *visão complexa* dos direitos, baseada em uma racionalidade de resistência e prática intercultural. Para tal visão, o contexto não é um problema, mas

25 SANTOS, 2008 pp. 441-442; 445-447.

26 HERRERA FLORES, 2002, pp. 13-16.

tão somente o ponto de partida, é seu conteúdo, pois incorpora diferentes contextos do mundo; supera o problema da aceitação acrítica dos discursos especializados, por parte das visões abstrata e localista, pois aceita a realidade e as múltiplas vozes que a compõe. Quando se adota um “centro” valorativo, como o fazem as visões abstrata e localista, este centro acaba por funcionar como padrão de medida e de exclusão. A visão complexa dos direitos, por sua vez, parte da periferia e ver o mundo a partir da perspectiva da periferia, implica em reconhecer-se como integrantes do conjunto de relações que atam a todos.

Assumindo caráter descolonial, os direitos humanos se convertem em aspecto fundamental do pluralismo jurídico e seu desenvolvimento e consolidação na América Latina, pois:

É relevante [...] o processo de redefinir e de consolidar a afirmação de direitos humanos numa perspectiva integral, local e intercultural [...] é na perspectiva paradigmática do Pluralismo Jurídico de tipo comunitário-participativo e com base num diálogo intercultural que se deverá definir e interpretar os marcos de uma nova concepção de direitos humanos.²⁷

Os debates acerca do pluralismo jurídico, por sua vez, encontram na formulação do “pluralismo jurídico comunitário-participativo”²⁸ uma proposição que é aportada pelas lutas populares deflagradas na periferia e que ao mesmo tempo as instrumentaliza, apresentando possibilidades para consolidação de novos paradigmas emancipatórios a partir da conjunção de tais lutas e de certas instituições jurídico-políticas da modernidade. Neste sentido, defende Antunes²⁹, que a consideração de outras realidades e práticas jurídicas, franqueadas pelo pluralismo jurídico, pode descortinar outras perspectivas de relacionamento com a justiça, outros canais e maior participação popular tanto no âmbito do direito estatal, quanto fora dele. Inclusive, a ênfase na participação comunitária na administração da justiça permite a emergência de um novo tipo de direito, fundamentado não mais na coercibilidade, mas no consenso.

Todavia, assim como existem práticas jurídicas plurais e populares na América Latina, a complexidade crescente das relações capitalistas foi in-

27 WOLKMER, 2010, pp. 46-47.

28 WOLKMER, 2015a.

29 ANTUNES, 2010, p. 246.

serindo também relações transnacionais, em especial de caráter mercantil, que passaram a desafiar – e mesmo contrariar – os limites do direito positivo, constituindo outra forma de pluralismo jurídico. Da mesma forma, são, paralelamente ao Estado, sustentados outros sistemas de direitos, que podem se mostrar mais excludentes e opressores que o pluralismo das transnacionais ou imperialistas, tal como o direito do narcotráfico ou das relações de trabalho. A essência deste tipo de pluralismo não é a mesma daquele discutido a partir das práticas populares de resistência à opressão. Esta diferenciação não pode passar despercebida à discussão acerca do pluralismo jurídico, em especial no contexto latino-americano, no qual a pauta popular é cada vez mais focada na libertação de toda forma de opressão. É necessário distinguir o “pluralismo de corte conservador”, que apresenta oposição radical ao pluralismo progressista e democrático. O pluralismo conservador investe na inviabilização da organização das massas, impedindo a participação destas. Já o pluralismo progressista, se alimenta da força e da participação dos sujeitos coletivos de base³⁰.

Portanto, tal distinção está incluída e orienta a formulação teórica do pluralismo jurídico comunitário-participativo, permitindo a superação da visão jurídica tradicional. Aliás, Celso Ludwig³¹ aponta para uma crise no direito, uma “insuficiência epistêmica” nas bases do positivismo jurídico que favorece a recepção deste tipo de teoria crítica, que rompe com os limites tradicionais e revela o que antes estava oculto. Um dos fatores ocultos que emerge das lutas populares e que é não só convocado à pauta do *pluralismo jurídico comunitário-participativo*, mas também é comemorado, é o protagonismo dos *novos sujeitos coletivos*, que podem ser tanto as comunidades ancestrais, como os novos movimentos sociais, articulados sobre novas pautas e inaugurando uma nova forma de cidadania. São sujeitos coletivos subalternos que assumem, em comum, a busca pela satisfação das *necessidades humanas fundamentais* e ambos, *novos sujeitos coletivos* e satisfação das *necessidades humanas fundamentais* constituem dois elementos que integram a proposta de um pluralismo jurídico de viés comunitário-participativo.

Além destes pressupostos (sujeitos coletivos subalternos e satisfação de necessidades humanas básicas), que fundamentam a *efetividade material* da proposta, outros três elementos dão fundamento à *efetividade formal*, sendo

30 WOLKMER, 2015b, p. 243.

31 LUDWIG, 2006, p. 194.

eles: a *reordenação do espaço público*, privilegiando uma democracia descentralizada e de participação popular, o desenvolvimento da *ética concreta da alteridade* e a construção de processos favorecedores de uma *racionalidade emancipatória*. Da junção destes cinco elementos, emerge o que Wolkmer denomina *pluralismo jurídico comunitário-participativo*, configurando-se como horizonte social para a reconstrução democrática de uma realidade mais justa, igualitária e intercultural.³²

Os novos sujeitos coletivos, enquanto identificação com os movimentos sociais, são realçados também na teoria política de Enrique Dussel³³, segundo o qual a organização de tais movimentos é uma das bases da práxis liberadora, uma práxis que não pode caber a um sujeito só, não pode ser, portanto, uma práxis individualista. A práxis de libertação é ato coletivo que supera o vanguardismo sem negar a liderança, pois admite que a luta do povo tem políticos libertadores, promotores ou intelectuais orgânicos, como diz Gramsci. É uma luta que busca atender à vontade-de-viver³⁴. Ou, a “satisfação das necessidades humanas fundamentais”. Especificamente no caso das comunidades pré-coloniais andinas, abrange não somente as necessidades humanas, mas também atende às necessidades da natureza, a *Pacha Mama*, ou *la Madre Tierra*, integrando, assim, a cosmovisão das comunidades revolucionárias do continente latino-americano. Em qualquer caso, o sujeito coletivo que traduz a realidade da maioria das formações sociais do continente é diferente do sujeito individual da modernidade burguês-capitalista. Existe esta diferença entre os

“Novos sujeitos coletivos” e os sujeitos individuais e abstratos da moderna racionalidade burguesa capitalista. Este sujeito individual vai corporificar uma abstração formalista e ideológica, de um homem livre, com vontade autônoma, inserido nas relações do modo capitalista de produção e regulado somente pelas leis do mercado³⁵.

Quanto às *necessidades humanas fundamentais*, estas só podem ser definidas através de processos democráticos (daí a indissociabilidade dos cinco

32 WOLKMER, 2015a, pp. 231-232.

33 DUSSEL, 2007a; 2001;

34 DUSSEL, 2007a, pp. 119-121.

35 WOLKMER, 2015a, p. 236.

elementos trazidos pelo ‘novo’ pluralismo), pois são inesgotáveis no tempo e espaço, possuindo caráter dinâmico e interativo. Tais necessidades humanas, portanto, só podem ser definidas por seus titulares, os novos sujeitos coletivos, mas também permitem a identificação de um mínimo indisponível. São algumas necessidades imperiosas, como necessidades *existenciais* (a alimentação, a saúde e suas correlatas), necessidades *materiais* (terra, posse, habitação, salário); necessidades *socioculturais* (religião, crença, educação); necessidades *difusas* (meio ambiente, proteção ao consumo e similares) e *direitos das minorias e das diferenças étnicas*, estas dizem respeito aos afrodescendentes, mulheres, idosos, indígenas, minorias étnico-raciais, imigrantes e outros.³⁶

Em países com pluralismo jurídico em níveis distintos de institucionalização, a determinação deste núcleo de necessidades imperiosas, ou o “mínimo jurídico” a ser observado pelas jurisdições não estatais, é diversificada. No caso da Colômbia, em meio a controvérsias de ordem cultural, de autodeterminação, entre outras, a Corte Constitucional do país firma o “mínimo jurídico”, localizando-o na *garantia do direito à vida, ao devido processo legal, à integridade do corpo e à não escravidão*, além da limitação da competência das autoridades indígenas, que não podem se pronunciar em assuntos de terrorismo ou de narcotráfico, bem como, negociar certos assuntos internacionais. As limitações constitucionais, legais e judiciais sobre as jurisdições especiais acabam por lhes conferir uma autonomia sempre relativa³⁷. No caso da Bolívia, o Tribunal Constitucional Plurinacional, órgão competente para cuidar das questões relacionadas à justiça indígena no país, determina o seu mínimo jurídico nos direitos fundamentais, um rol mais abrangente e por consequência, mais restritivo do pluralismo jurídico que o verificado na Colômbia, entretanto, o controle jurisdicional boliviano, ao aplicar a restrição, deve interpretar os direitos fundamentais em contextos inter e intraculturais.

É importante destacar que a fixação de um “mínimo jurídico” não afronta necessariamente as aspirações populares pelo reconhecimento e respeito ao pluralismo jurídico existente nos países latino-americanos. No caso do processo constituinte equatoriano, por exemplo, foram as próprias comunidades indígenas que assumiram em seus debates e levaram

36 WOLKMER, 20015a, pp. 166-167; 242.

37 SANTAMARÍA, 2010, pp. 285-289.

à Constituição o limite de que o direito próprio ou consuetudinário não poderia vulnerar mulheres, crianças ou adolescentes³⁸. Ou seja, as próprias comunidades indígenas não só aceitam, como desejam, a fixação de limites razoáveis ao exercício da autonomia jurisdicional.

Os elementos de efetividade formal, por sua vez, transformam o sistema estatal de direitos, permeando-o com caráter mais democrático, humano e solidário. Assim é que o elemento “reordenação política do espaço público: democracia, descentralização e participação” consiste em que:

Pensar e articular um novo pluralismo de dimensão política e jurídica é viabilizar as condições para a implementação de uma política democrática que direcione e ao mesmo tempo reproduza um espaço comunitário descentralizado e participativo. A transformação de tal organização físico-espacial e político-institucional não pode ser feita a curto prazo e não é tão simples assim, pois as estruturas sociais periféricas, como a brasileira, estão contaminadas até as raízes por uma tradição político-cultural centralizadora, dependente e autoritária [...] Parece claro, por conseguinte, que a ruptura com este tipo de estrutura societária demanda profundas e complexas transformações nas práticas, na cultura e nos valores do modo de vida cotidiano. Além da subversão do pensamento, do discurso e do comportamento, importa igualmente reordenar o espaço público individual e coletivo, resgatando formas de ação humana que passam por questões como “comunidade”, políticas democráticas de base”, “participação e controle popular”, gestão descentralizada”, “poder local ou municipal” e “sistema de conselhos”.³⁹

A proposta formulada no início dos anos noventa reflete as bases dos processos constituintes deflagrados na Bolívia e no Equador, países em que o pluralismo jurídico foi constitucionalizado. Nestes países, de fato a transição do sistema jurídico monista ao sistema pluralista não se deu pontualmente, mas como resultado de um processo articulado nas últimas décadas em torno da pauta de transformação do Estado e do direito⁴⁰. O respeito aos sistemas plurais de direito integram um dos momentos da descentralização democrática e da viabilização de espaços de participação.

38 GRIJALVA, 2008, p. 130.

39 WOLKMER, 2015a, pp. 249-250.

40 WOLKMER, 2013, pp. 29-32.

Na verdade, não somente a participação dos sujeitos coletivos nos espaços institucionais do Estado deve ser respeitada, como também suas prerrogativas de livre determinação e autonomia, ou seja, o respeito às formas próprias de organização política, jurídica, cultural, científica, entre outras.

Sobre o elemento “*ética concreta da alteridade*”, este parte da denúncia de que na “comunidade de comunicação real” existe um sujeito espoliado e dominado. Ele está situado na periferia do mundo moderno, onde é ignorado, silenciado e excluído. Este sujeito, que deveria ser condição fundante do espaço público, não é livre, tampouco tem condições de participar da formação dos consensos discursivos e dos jogos linguísticos argumentativos. Diante desta realidade, impõe-se a necessidade da *ética concreta da alteridade*, que transcende as fórmulas abstratas do formalismo liberal e avança construindo-se a partir das lutas cotidianas e necessidades populares, expressando valores emergentes, como emancipação, autonomia, solidariedade e justiça. Converte-se assim, em instrumento pedagógico de libertação que se forja a partir da própria cultura latino-americana.⁴¹

Por fim, discute-se a “*racionalidade enquanto necessidade de emancipação*”, que se opõe ao atrofiamiento do mundo da vida, típico da racionalização da vida moderna, que surge como resultado da especificidade econômica dos valores individualistas antropocêntricos emergentes, voltados ao mercantilismo e ao desenvolvimento capitalista. Diante destes valores, há que se impor uma racionalidade proveniente da vida concreta, que permitiria a libertação da razão, para surgimento de uma “razão emancipatória”⁴². A consolidação deste tipo de pluralismo não passa necessariamente pela extinção do aparato estatal, podendo de fato fundar-se na transformação do mesmo. No que se refere à natureza do pluralismo jurídico, “[...] sua especificidade não está em negar ou minimizar o Direito estatal, mas em reconhecer que este é apenas uma das muitas formas jurídicas que podem existir na sociedade”⁴³. Neste sentido, o autor defende a importância de “reintroduzir politicamente o poder de ação da comunidade”⁴⁴. Tal poder pode se expressar nos espaços estatais, já que

41 WOLKMER, 2015a, pp. 267-269.

42 WOLKMER, 2015a, pp. 274; 282.

43 WOLKMER, 2015b, p. 240.

44 WOLKMER, 2010, p. 37.

[...] a edificação de um pensamento crítico de resistência que parta da mundialidade periférica (Terceiro Mundo, América Latina) não implica a total negação ou a ruptura radical com outras formas racionais e universalistas de conhecimento herdadas do iluminismo e produzidas pela modernidade europeia ou norte-americana, mas um processo dialético de assimilação, transposição e reinvenção.⁴⁵

Por isto, pode haver (como de fato está havendo nos países que institucionalizaram o pluralismo jurídico) uma coexistência do direito formal do Estado com o direito informal dos sujeitos sociais emergentes (o extralegal insurgente). Esta coexistência conta com dois níveis: um referente à transição paradigmática, em que há supremacia de um dos direitos, com a interdependência ou com complementação, e outro nível em que se desloca a questão do direito estatal e direito comunitário para o direito justo e o direito injusto. Neste segundo nível, o critério para definir o que é mais justo são as aspirações sociais, a satisfação das necessidades da sociedade democraticamente definidas. É o critério que deve prevalecer⁴⁶. Acredita-se que os processos político-jurídicos boliviano e equatoriano estejam atravessando o primeiro nível de coexistência entre sistemas numa ordem de pluralismo jurídico.

4. A emergência plural de paradigmas jurisdicionais e a permanente necessidade de ações transformadoras

As reivindicações sociais institucionalizadas em alguns países latino-americanos, em especial os andinos, têm implicado na consolidação de novos paradigmas que, aproveitando instituições colonizadoras como o Estado e a Constituição, as reinventam através da intervenção de saberes e práticas populares pré-coloniais, num movimento que Chivi Vargas denomina “descolonização constitucional”. Assim é que se pode aludir nos Estados Plurinacionais (superando a velha forma do Estado-nação), como se efetiva na Bolívia, ou na reconfiguração política do Estado, como se constata na Venezuela com a criação de dois novos poderes do Estado, que complementam a antiga fórmula de Montesquieu, também nas constituições eco-

45 WOLKMER, 2015b, p. 254.

46 WOLKMER, 2015a, pp. 353-354.

cêntricas, como a emblemática Constituição do Equador, que, respeitando a cosmovisão ancestral, apresenta um capítulo dedicado aos direitos da natureza. Além de inúmeras outras inovações que contribuem para a descolonização das instituições ocidentais impostas às formações sociais do continente latino-americano a partir do processo de conquista.⁴⁷

Certamente cabe destacar a relação destas transformações com o pluralismo jurídico, em razão de seu caráter estratégico, uma vez que a consolidação do pluralismo significa a ruptura com o monopólio da política e do direito, que, no caso latino-americano, longe das inspirações iluministas, serviram historicamente para garantir privilégios às elites nacionais, mas especialmente às estrangeiras⁴⁸. Noguera Fernández⁴⁹ sustenta que a hegemonia liberal burguesa apoia-se principalmente no monismo jurídico para se perpetuar. A ruptura deste monismo é necessária, portanto, para viabilizar a construção de uma nova identidade no continente. Por isso, pode-se dizer que o constitucionalismo na América Latina somente assumiu potencial de instrumento de luta e defesa de direitos do povo após sua reinvenção pela ação do próprio povo, mobilizado e seu estado de rebelião⁵⁰, quando começou a transcender a fórmula do tradicional constitucionalismo monista.

O pluralismo jurídico vem se consolidando em diversos países latino-americanos em distintos espaços da vida pública e, igualmente, com distintos graus de efetivação. Portanto, não isento de contradições nos diversos processos. Mas não se pode perder de vista que parte das próprias comunidades originárias e autonômicas a reivindicação por uma ordem jurídica fundada no respeito à pluralidade cultural, política e jurídica. É assim a manifestação do Pacto de Unidade, que congregou diversas organizações populares, especialmente indígenas e de trabalhadores urbanos e rurais e ao reivindicar a constitucionalização do pluralismo jurídico, foi definido também o seu sentido, a forma como as comunidades populares entendem o conteúdo do conceito: “Por pluralismo jurídico entendemos a

47 CHIVI VARGAS, 2009, p. 156 e ss..

48 FERRAZZO, 2015, p. 71.

49 NOGUERA FERNÁNDEZ, 2008, pp. 13-16.

50 Segundo Dussel (2007b, pp. 7-9), o estado de rebelião se instaura quando emerge a consciência do povo enquanto povo, lutando contra a dominação e tal estado de rebelião pode ser o cume de um processo com séculos de duração, tal como se dá nas rebeliões populares latino-americanas, especialmente indígenas, não esquecendo que os povos indígenas estão entre os mais oprimidos da história da humanidade.

coexistência, dentro do Estado Plurinacional, dos sistemas jurídicos indígenas originários e campesinos com o sistema jurídico ocidental, em plano de igualdade, respeito e coordenação”⁵¹.

Nota-se que o conceito de pluralismo jurídico definido pelos povos e nações indígenas vai ao encontro da formulação teórica defendida no início dos anos noventa para o mesmo conceito:

[...] há de se designar o pluralismo jurídico como a multiplicidade de práticas jurídicas existentes num mesmo espaço sócio-político, interagidas por conflitos ou consensos, podendo ou não ser oficiais e tendo sua razão de ser nas necessidades existenciais, materiais e culturais.⁵²

Em ambos os casos, o pluralismo jurídico não impõe a imediata supressão do direito oficial, mas reivindica a coexistência entre este e as diversas práticas legitimadas democraticamente desde as bases populares que compõem o território dos países. E precisamente esta reivindicação estratégica tem constituído um ponto bastante controverso da consolidação da nova ordem constitucional dos países que reconheceram em suas constituições o direito dos povos e nações indígenas à manutenção de seus sistemas jurídicos e políticos ancestrais. Embora a coexistência de um sistema estatal com os sistemas populares seja compatível com diversas teorias descoloniais (como o *pluralismo jurídico comunitário-participativo* de Wolkmer, a teoria política de Dussel e a própria pauta de reivindicações indígenas), na prática esta coexistência tem enfrentado alguns desafios que requerem atenção imediata tanto de intelectuais engajados quanto das organizações populares que foram o “fermento” do processo revolucionário que vem descolonizando a América Latina.

Entre as diversas posições que dividem intelectuais, juristas e movimentos populares acerca da forma de coordenação de justiça, é certo que os diversos caminhos adotados nos países padecem de um mal comum: os riscos de recolonização dos sistemas de direitos, que consiste na recondução do pluralismo jurídico ao monopólio estatal. Martinez, Steiner e Granados⁵³ explicam que existem principalmente duas posições que dividem

51 PACTO DE UNIDAD, 2010, p. 71. Tradução livre dos autores.

52 WOLKMER, 2015a, p. 219. Grifo no original.

53 MARTINEZ; STEINER; GRANADOS, 2012, p. 18.

o continente latino-americano acerca de como deveria ser o sistema de coordenação de justiças em contextos de pluralismo jurídico: a primeira defende o desenvolvimento legislativo de tal sistema e a segunda defende o desenvolvimento judicial. A opção pelo desenvolvimento judicial pode ser verificada na Colômbia, onde a Corte Constitucional tem assumido a tarefa de coordenar a coexistência entre suas, já citadas, três formas constitucionais de justiça.

Em estudo bastante profícuo sobre a situação deste sistema, o jurista colombiano Rosember Ariza Santamaría⁵⁴ recorda que a Constituição daquele país determina a criação de uma lei de coordenação, entretanto, a Corte assumiu entendimento segundo o qual não seria possível regulamentar a jurisdição indígena, por esta já contar com regulamentação cultural e pelo risco de que uma regulamentação estatal atentasse contra a diversidade étnica do país. Ainda assim, o estudo mostra que existiam, até 2010, cerca de trezentas decisões desta Corte no âmbito da jurisdição indígena (não regulamentada) e apenas quatro na jurisdição de paz (regulamentada). Em razão desta ingerência do Estado na jurisdição indígena, o autor cogita a necessidade e as vantagens de regulamentação da matéria, embora reconheça que os conflitos protagonizados pelos povos indígenas envolvam, em geral, interesses estratégicos das elites burguesas capitalistas. O autor informa ainda que a reivindicação do desenvolvimento legislativo do sistema de coordenação de justiças não integra a pauta das comunidades indígenas.

Sobre este panorama geral e bastante resumido, importa acrescentar que o estudo mostra, por fim, contradições no desenvolvimento judicial da coordenação, no sentido da efetivação do pluralismo jurídico, enquanto política institucional do Estado colombiano.

Sobre a outra posição, que defende o desenvolvimento legislativo do sistema de coordenação, esta pode ser verificada na experiência boliviana, onde foi editada a *Lei de deslinde*, infelizmente, não menos marcada por contradições. Acatando a proposta apresentada pelo Pacto de Unidade, a Assembleia Constituinte boliviana aprovou a institucionalização do pluralismo jurídico no país, sendo a base das três jurisdições do país: ordinária, agroambiental e indígena originário campesina, esta devendo relacionar-se com igualdade hierárquica com a jurisdição ordinária (art. 179, II da Cons-

54 ARIZA SANTAMARÍA, 2010, pp. 114-129.

tuição). O arranjo adotado no país para gerir esta nova ordem consiste na vedação de que a jurisdição ordinária, cujo órgão máximo é o Tribunal Supremo de Justiça, revise matérias envolvendo a jurisdição indígena. Havendo necessidade, tal jurisdição deve ser exercida pelo Tribunal Constitucional Plurinacional, conforme prevê a própria Constituição, que delega a este órgão a responsabilidade de exercer a justiça constitucional. A jurisdição indígena fica circunscrita à jurisdição constitucional em razão dos limites assumidos nos debates constituintes, os quais preveem que nações e povos indígenas mantenham seus sistemas, decorrentes de seus costumes e convicções, mas respeitando um mínimo jurídico que compreende o respeito ao direito à vida, direito à defesa e demais direitos e garantias estabelecidos na Constituição (art. 190, II). Colocados tais limites, a Constituição elenca três âmbitos de vigência da jurisdição indígena, os quais são: vigência material, vigência territorial e vigência pessoal. Prevê também a obrigatoriedade de que as autoridades públicas acatem as decisões emanadas desta jurisdição e o dever de cooperação sempre que requisitado. Finalmente, o Estado deve apoiar o fortalecimento da jurisdição indígena originário campesina.

A fixação de um “mínimo jurídico” já foi objeto de reflexão neste estudo, mas há um aspecto importante a ser destacado, a fim de elucidar a controvérsia de que tal mínimo atentaria contra a concretização do pluralismo jurídico. Tal aspecto tem a ver com a questão dos direitos humanos. Segundo Boaventura de Sousa Santos⁵⁵, de fato a justiça indígena deve reconhecer a supremacia da Constituição e dos Direitos Internacionais, mas estes, por sua vez, devem ser cobrados sobre as bases de uma interpretação intercultural e não sobre a perspectiva universalista eurocêntrica, como historicamente o foram. De fato, esta é a fórmula que, de diferentes maneiras e com diferentes resultados, tem sido adotada pela jurisdição constitucional boliviana.

Com relação ao desenvolvimento legislativo propriamente dito, este se deu através da Lei nº 073, de 29 de dezembro de 2010, *Lei de deslinde* jurisdicional. Uma lei produzida em meio a intensos debates e uma forte campanha da mídia comercial dedicada à deslegitimação e criminalização das práticas populares de justiça. Desta forma, em relação às previsões constitucionais, percebe-se na *Lei de deslinde* um nítido retrocesso que co-

55 SOUSA SANTOS, 2013, pp. 42-44.

loca em risco a efetivação do pluralismo jurídico na Bolívia. Neste sentido, ao mesmo tempo em que reafirma a igualdade hierárquica entre as jurisdições indígena e ordinária, exige a concomitância dos três âmbitos de vigência da primeira para ativá-la, exigência não expressa na Constituição. Além disto, especifica os âmbitos de vigência por meio de redações controversas, especialmente a verificada no art. 10, um dos mais problemáticos, em que se regulamenta a vigência material: “A jurisdição indígena originária campesina conhece os assuntos ou conflitos que *histórica e tradicionalmente conheceram* sob suas normas, procedimentos próprios vigentes e saberes, de acordo com sua livre determinação”⁵⁶. A esta previsão acrescenta-se um rol residual de matérias que podem ser objeto da jurisdição indígena, uma vez que a lei traz também um amplo rol de assuntos vedados à mesma.

Na opinião de Grijalva Jimenez e Exeni Rodríguez⁵⁷, com esta redação, a *Lei de deslinde* confina a justiça indígena em suas matérias comuns, estagnando-a e impedindo mesmo o seu desenvolvimento. E mais: desapropria a justiça indígena de competências, como as sobre assuntos penais, por exemplo. Em suma: embora enuncie a igualdade hierárquica, a *Lei de deslinde* acaba por afrontá-la violentamente. Uma explicação para este retrocesso pode ser encontrada na variação da correlação de forças políticas no momento constituinte, em que o povo, representado especialmente nas organizações indígenas, estava mais ativo, e no momento da edição da *Lei de deslinde*, em que as elites nacionais bolivianas estavam mais articuladas e contando com o apoio massivo da mídia comercial. Uma mostra disto é a enunciação específica do linchamento como prática proibida pela lei no exercício da jurisdição indígena. Uma enunciação até desnecessária em razão da fixação do direito à vida como um dos mínimos jurídicos a serem observados, mas que foi, incluída na redação da *Lei de deslinde* em razão da campanha difundida pela mídia comercial que fomentava a ideia de que a justiça comunitária lançava mão de tal expediente para resolver seus conflitos de modo recorrente. Foi uma generalização bastante conveniente para enfraquecer o pluralismo jurídico e recuperar algum apoio ao sistema monista estatal. Além desta enunciação na lei, destaca-se as reportagens, associadas aos discursos dos parlamentares de oposição, atacando a “justiça comunitária”, que tem conseguido lograr o desgaste do conceito. Assim,

56 CONSTITUIÇÃO POLÍTICA DO ESTADO DA BOLÍVIA. sem grifo no original. Tradução livre dos autores.

57 GRIJALVA GIMENEZ; EXENI RODRÍGUEZ, 2013, pp. 725-727.

a *Lei de deslinde* ficou bastante caracterizada pelo intento de “blindar” a justiça ordinária contra os excessos da comunitária.⁵⁸

Há também aspectos positivos na *Lei de deslinde* que não podem ser ignorados, como o reforço dado à obrigatoriedade de cooperação entre as jurisdições e a obrigatoriedade de cumprimento das decisões emanadas de autoridades originárias⁵⁹. Pontos positivos que, infelizmente, no exercício da jurisdição constitucional, nem sempre são cumpridos. Isto mostra que a cultura jurídica ocidental, marcada pelo distanciamento entre o que a norma declara e o que dela se concretiza realmente, ainda não foi significativamente alterada. Num balanço geral da norma, Boaventura de Sousa Santos⁶⁰ apresenta a posição mais incisiva, cogitando a inconstitucionalidade da *Lei de deslinde*, não somente por seu conteúdo, mas também, por não ter respeitado os resultados da consulta prévia, imposta pela própria Constituição e pelas normas de direito internacional. Em razão de tais aspectos fica claro que a norma por si não basta para garantir a coordenação entre justicas, assim como a inadequação legislativa pode recolonizar a justiça indígena.⁶¹

Se levarmos em conta que tradicionalmente as relações entre os sistemas indígenas de administração de justiça e a justiça ordinária se concretizam em um contexto colonial (ou neocolonial) expressando-se mais como uma sobreposição assimétrica, onde um sistema – a justiça ordinária – se impõe sobre o outro negando-o, estigmatizando-o ou inclusive criminalizando-o, pode-se concluir que as formas de articulação predominantemente existentes são muito mais exercícios de submissão e dominação do que expressões de coordenação e cooperação. Espera-se que no horizonte do pluralismo jurídico consagrado na nova Constituição Política do Estado, e mediante o novo marco jurídico, se estabeleçam as bases para transformar processualmente esta situação.⁶²

Finalmente, é pertinente apresentar um rápido panorama sobre o desenvolvimento jurisdicional da coordenação de justiça na Bolívia, desem-

58 GRIJALVA JIMENEZ; EXENI RODRÍGUEZ, 2013, pp. 723-724.

59 GRIJALVA JIMENEZ; EXENI RODRÍGUEZ, 2013, pp. 729

60 SOUSA SANTOS, 2013, p. 36.

61 GRIJALVA JIMENEZ; EXENI RODRÍGUEZ, 2013, pp. 699-703.

62 BAZURCO OSORIO; EXENI RODRÍGUEZ, 2013, p. 121. Tradução livre dos autores.

penhado pelo Tribunal Constitucional Plurinacional (TCP), o qual deve exercer a justiça constitucional orientado pelo pluralismo jurídico, pela plurinacionalidade, interculturalidade, harmonia social, respeitabilidade nas relações entre indivíduos, sociedade e natureza, entre outros princípios. Este Tribunal deve contemplar em sua composição a representação indígena, por meio de, ao menos dois, magistrados originários de tal sistema e também representação de gênero, com, ao menos duas, magistradas. Os debates pleiteando paridade de gênero e de origem indígena foram vencidos, ficando garantida a representação citada. Sobre conflitos envolvendo a jurisdição indígena, estes ficam reservados à apreciação por uma sala especializada e o desdobramento de tais conflitos, uma vez submetidos ao TCP são os mais variados. Em geral, as decisões conduzem a uma mitigação do pluralismo jurídico, reafirmando a supremacia do direito estatal, tornando ineficaz a jurisdição indígena, ou ainda, eventualmente, implicando na criminalização tácita da jurisdição indígena.

Há também casos positivos, em que a jurisdição indígena chegou a ser reconhecida como fonte primária e direta de direitos⁶³, servindo de padrão para diversas outras decisões. Ou ainda, a Declaração Constitucional Plurinacional 030/2014, francamente progressista, descolonizadora e democrática, onde se propôs e desenvolveu a interpretação plural (interpretação intercultural) como método descolonizado de administrar a justiça.

A “interpretação plural” é uma ferramenta hermenêutica de caráter multidimensional que implica na abertura a novas formas de observação, que nascem fora dos marcos da “razão jurídica” colonial [...] A partir deste enfoque, a hermenêutica plural ou multidimensional (plural) não interpreta palavras e conceitos, mas sim, as vivências e experiências que nascem desde o geográfico, étnico-cultural e político. Ou seja, a fonte de interpretação é a “vivência”, a “experiência”, é o “multidimensional”. “Como se têm advertido, desde o horizonte dos povos indígena originário campesinos, os fundamentos ou os argumentos não nascem da ‘razão’, mas sim da materialidade vivente da realidade concreta; e não se baseiam em normas pré-estabelecidas, mas sim, nascem da vida, em um fato concreto, e se dinamizam continuamente.”⁶⁴

63 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL DA BOLÍVIA. Sentença Constitucional Plurinacional 1422/2012.

64 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL DA BOLÍVIA. Declaração Constitucional Plurinacional 030/2014. Tradução livre dos autores.

Chivi Vargas⁶⁵ defende que garantir a factibilidade do pluralismo jurídico requer o desenvolvimento de mecanismos de coordenação e cooperação sustentados em muita vontade democrática de ambas as jurisdições (indígena e ordinária) e também a admissão de formas plurais de valoração de provas, de consideração dos interesses de toda a comunidade e não somente das partes, bem como outros mecanismos de apoio e cooperação altamente sensíveis. A democracia igualitária, por sua vez, só é possível mediante a descolonização do Estado: há um novo direito programando a Constituição, um direito vivo com raízes na resistência indígena e que não se fez com aporte do Estado, é um direito clandestino, mas real, que rompe com o disciplinamento, com a domesticação, convertendo-se em ponto de partida para a emancipação de indivíduos e coletividades.

É neste direito que o projeto descolonizador deve apostar. E este direito vivo guarda um vínculo indissolúvel com o pluralismo jurídico, de corte popular e democrático, ou seja, comunitário e participativo.

5. Conclusão

A modernidade foi marcada, desde uma perspectiva da periferia, pela violência de um discurso universalizante, difundido pelas práticas colonialistas, que, partindo da unidade eurocêntrica, buscam impor seu paradigma sobre formas plurais de sociabilidades e visões de mundo distribuídas pela sua “periferia” (Sul global). Este discurso universalizante, em geral, revestiu-se de roupagem iluminista, como se dá de modo emblemático, com os direitos humanos, e como se realizou antes destes, com a missão evangelizadora e depois, com a missão civilizadora, da qual, até contemporaneamente ficam seus resquícios.

O direito e a política são não somente instrumentos lógicos para expansão colonialista como também espaços estratégicos para conformação social e manutenção da ordem liberal-individualista do atual “sistema-mundo”. Por isto, é tarefa premente descolonizar estes espaços subalternos, convertendo-os em instituições democráticas mais autênticas, nas quais se organiza a vida e se garante os direitos do povo, enquanto expressão da satisfação das necessidades humanas fundamentais (base do pluralismo jurídico comunitário participativo), ou ainda, da vontade-de-viver de Dus-

65 CHIVI ARGAS, 2013, pp. 306-307.

sel. Mas não é somente uma tarefa obrigatoriamente necessária; é também das mais complexas, e isto está evidente na realidade das sociedades em processo de descolonização, que estão enfrentando os desafios de tal complexidade nas suas novas propostas de Estado e Constituição.

Nos recentes processos constituintes da América Latina foram dados os primeiros passos para romper o monopólio elitista do direito e da política, uma conquista inequívoca, ao menos do ponto de vista da enunciação formal de direitos, haja vista a constitucionalização do pluralismo jurídico. E esta conquista decorrente das lutas populares abre possibilidades para a superação material do monismo jurídico estatista legitimador da modernidade ocidental, constituindo inclusive um profícuo campo de reflexão acerca de outros direitos possíveis. Deflagra-se aí, potencialmente, uma nova cultura jurídica, engendrada desde as especificidades do continente latino-americano – por isso mais democráticas – e desde as necessidades fundamentais do povo – por isso mais justas.

Referências

- ACOSTA, Alberto; MARTÍNEZ, Esperanza (Comps.). *Plurinacionalidad. Democracia en la Diversidad*. Quito: Abya Yala, 2009.
- ALBÓ, Xavier. Justicia indígena en la Bolivia plurinacional. In: SANTOS, Boaventura de Sousa; EXENI RODRÍGUEZ, José Luis (org.). *Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Bolivia*. 2 ed. Quito: Fundación Rosa Luxemburgo, 2013, pp. 201-248.
- ANTUNES, Fernando Luís Coelho. Pluralismo jurídico e o acesso à justiça no Brasil. In: WOLKMER, Antonio Carlos; VERAS NETO, Francisco Q.; LIXA, Ivone M. (orgs.). *Pluralismo jurídico: novos caminhos da contemporaneidade*. São Paulo: Saraiva, 2010, pp. 241-261.
- ARIZA SANTAMARÍA, Rosembert. *El derecho profano: justicia indígena, justicia informal y otras maneras de realizar lo justo*. Colômbia, Universidad Externado, 2010.
- BAZURCO OSORIO, Martín; EXENI RODRÍGUEZ, José Luis. Bolivia: justicia indígena en tiempos de plurinacionalidad. In: SANTOS, Boaventura de Sousa; EXENI RODRÍGUEZ, José Luis (org.). *Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Bolivia*. 2 ed. Quito: Fundación Rosa Luxemburgo, 2013, pp. 49-144.

BOLÍVIA. *Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia*. 2009. Disponível em: < <http://www.tcpbolivia.bo/tcp/sites/all/modulostcp/leyes/cpe/cpe.pdf> >. Acesso em: 09 jan. 2015.

_____. Ley nº 073, de 29 de dezembro de 2010. *Ley de deslinde jurisdiccional*. Disponível em: < <http://www.gacetaoficialdebolivia.gob.bo/editions/view/209NEC> >. Acesso em: 15 jan. 2015.

_____. Tribunal Constitucional Plurinacional. Ação de Liberdade. Autor: Balvino Huanca Alavi (e família). Demandado: Juan José Cruz Pérez e Apolinar Cayo. Relatora: Dra. Ligia Mónica Velásquez Castaños. *Sentencia Constitucional Plurinacional 1422/2012*. Sentencia Fundadora. Sucre, 24 de set. 2012. Disponível em: < <http://ajurisprudencia.tcpbolivia.bo/jurisprudencia/envio/indexcontenido.php> >. Acesso em 19 jan. 2015.

_____. Tribunal Constitucional Plurinacional. *Declaração Constitucional Plurinacional 0030/2014*. Consulta de autoridade Indígena Originário Campesina. Consultante: Vicente López Lazaro, Illa Mallku (máxima autoridade); Eriberto Condori Condori, Hilacata Mayor del Ayllu Manazaya; Felipe Mamani Chino y Feliza Lopez Quispe, Hilacata y Mama Thalla Segundo Mayor Ayllu Manazaya; Juan Mamani Condori y María Condori Mamani, Hilacata y Mama Thalla Mayor del Ayllu Ayparavi; Felix Felipe López, Hilacata Segundo Mayor del Ayllu Ayparavi; Francisco Quispe Mamani, Hilacata Mayor del Ayllu Wistrullani; y Germain Condori Lopez Concejal Titular del municipio de Chipaya, todos de la Nación Uru Chipaya. Relator: Dr. Tata Gualberto Cusi Mamani. Sucre, 28 de mai. 2014. Disponível em: < <http://tcpbolivia.bo/> >. Acesso em 19 jan. 2015.

CHIVI VARGAS, Idón Moisés. Os caminhos da descolonização na América Latina: os Povos Indígenas e o igualitarismo jurisdiccional na Bolívia. In: VERDUM, Ricardo (org.) *Constituição e Reformas Políticas na América Latina*. Brasília: INESC, 2009, pp. 151-166.

_____. El largo camino de la jurisdicción indígena. In: SANTOS, Boaventura de Sousa; EXENI RODRÍGUEZ, José Luis (org.). *Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Bolívia*. 2 ed. Quito: Fundación Rosa Luxemburgo, 2013, pp. 275-379.

COLÔMBIA. *Constitución Política de Colombia*. 1991. Disponível em: < <http://wsp.presidencia.gov.co/Normativa/Documents/Constitucion-Politica-Colombia.pdf> >. Acesso em: 09 jan. 2015.

DUSSEL, Enrique. *20 teses de política*. São Paulo: Expressão Popular, 2007a. 184 p.

- _____. *Cinco tesis sobre el populismo*. México: UAM- Iztapalapa, 2007b. Disponível em < <http://enriqueDussel.com/txt/Populismo.5%20tesis.pdf> >. Acesso em 2 jan. 2015.
- _____. *Hacia una filosofía política crítica*. Bilbao: Desclée, 2001.
- EQUADOR. *Constitución del Ecuador*. 2008. Disponível em: < http://www.asambleanacional.gov.ec/documentos/constitucion_de_bolsillo.pdf >. Acesso em: 09 jan. 2015.
- FERRAZZO, Débora. *Pluralismo jurídico e descolonização constitucional na América Latina*. 2015. 462 p. Dissertação (Mestrado) - Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito, Florianópolis, 2015.
- FORNET-BETANCOURT, Raúl. *Questões de método para uma filosofia intercultural a partir da Ibero-América*. São Leopoldo: Ed. UNISINOS, 1994.
- GRIJALVA, Agustín. O Estado Plurinacional e intercultural na Constituição Equatoriana de 2008. In: VERDUM, Ricardo (org.) *Constituição e Reformas Políticas na América Latina*. Brasília: INESC, 2009, pp. 115-133.
- _____. EXENI RODRÍGUEZ, José Luis. Coordinación entre justicias, ese desafío. In: SANTOS, Boaventura de Sousa; EXENI RODRÍGUEZ, José Luis (org.). *Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Bolivia*. 2 ed. Quito: Fundación Rosa Luxemburgo, 2013, pp. 699-732.
- GROSFUGUEL, Ramon. Para descolonizar os estudos de economia política e os estudos pós-coloniais: transmodernidade, pensamento de fronteira e colonialidade global. In: SANTOS, Boaventura de Sousa. MENESES, Maria Paula. *Epistemologias do Sul*. São Paulo: 2010, pp. 455-491.
- HERRERA FLORES, Joaquín. Direitos humanos, interculturalidade e racionalidade de resistência. *Revista Sequência*, Florianópolis, v. 23, n. 44, pp. 9-30, 2002. Disponível em: < <http://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15330/13921> >. Acesso em: 14 ago. 2016.
- _____. *Los Derechos Humanos como productos culturales*. Madrid, Catarata, 2005.
- LACERDA, Rosane Freire. “Volveré, y seré millones”: contribuições Descoloniais dos Movimentos Indígenas Latino Americanos para a Superação do Mito do Estado - Nação. 2014. Tese 570 f. (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2014.
- LANDER, Edgar (comp.). *La colonialidad del saber: Eurocentrismo y Ciencias Sociales, perspectivas latino-americanas*. Buenos Aires: CLACSO, 2003.
- LUDWIG, Celso Luiz. *Para uma filosofia jurídica da libertação: paradigmas*

- da filosofia da libertação e direito alternativo. Florianópolis: Conceito Editorial, 2006. 240p.
- MARTÍNEZ, Juan Carlos; STEINER, Christian; GRANADOS, Patrícia Uribe (coords.). *Elementos y técnicas de pluralismo jurídico*: manual para operadores de justicia. México, DF: Grupo por el Pluralismo Jurídico Prujula y KAS, 2012.
- MÉDICI, Alejandro. *La constitución horizontal*: teoría constitucional y giro decolonial. Aguascalientes/San Luis Potosí/San Cristóbal de Las Casas: Centro de Estudios Jurídicos y Sociales Mispát, A.C., Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de San Luis Potosí, Educación para las Ciencias en Chiapas, A.C., 2012. 188 p.
- MIGNOLO, Walter D. La opción de-colonial: desprendimiento y apertura. Un manifiesto y un caso. *Tabula Rasa* [On-line] jan./jun. 2008, pp. 243-281. Disponível em: < <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=39600813> >. Acesso em 15 ago. 2016.
- NOGUERA FERNÁNDEZ, Albert. *Constitución, Plurinacionalidad y pluralismo jurídico en Bolivia*. La Paz: Oxfam Gran Bretaña, 2008.
- PACTO DE UNIDAD. Sistematizador: Fernando Garcés. *El Pacto de Unidad y el Proceso de Construcción de una Propuesta de Constitución Política del Estado*: Sistematización de la experiencia. La Paz, Bolívia, 2010. Disponível em: < http://www.museo.umss.edu.bo/wp-content/uploads/2012/03/PACTO-UNIDAD-low_res.pdf >. Acesso em 14 jan. 2015.
- QUIJANO, Aníbal. Colonialidade do poder e classificação social. In: SANTOS, Boaventura de Sousa; MENESES, Maria Paula. *Epistemologias do Sul*. São Paulo: 2010, pp. 84-130.
- _____. *Colonialidade e Modernidade/Racionalidade*. 1992. Disponível em: < <http://www.scribd.com/doc/36091067/Anibal-Quijano-Colonialidade-e-Modernidade-Racionalidade> >. Acesso em: 17 out. 2014.
- _____. *Cuestiones y horizontes*: de la dependencia histórico-estructural a la colonialidad/descolonialidad del poder. [seleção de textos]. Buenos Aires: CLACSO, 2014.
- SANTOS, Boaventura de Sousa; EXENI RODRÍGUEZ, José Luis (org.). *Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Bolivia*. 2 ed. Quito: Fundación Rosa Luxemburgo, 2013. 754 p.
- _____; GRIJALVA JIMÉNEZ, Agustín (org.). *Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Ecuador*. 2. ed. Quito: Fundación Rosa Luxemburgo, 2013. 650 p.
- _____; MENESES, Maria Paula. *Epistemologias do Sul*. São Paulo: 2010.

- _____. Cuando los excluidos tienen derecho: justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidade. In: SANTOS, Boaventura de Sousa; EXENI RODRÍGUEZ, José Luis (org.). *Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Bolívia*. 2 ed. Quito: Fundación Rosa Luxemburgo, 2013, pp. 11-48.
- _____. “Poderá o Direito ser emancipatório”. *Revista Crítica de Ciências Sociais*, Coimbra, n. 65, mai. 2003.
- _____. *Refundación del Estado en América Latina: perspectivas desde una epistemología del Sur*. Buenos Aires: Antropofagia, 2010.
- _____. *A gramática do tempo: para uma nova cultura política*. 2 ed. São Paulo: Cortez, 2008. 511 p.
- TAMBURINI, Leonardo. La jurisdicción indígena y las autonomías indígenas. In: SANTOS, Boaventura de Sousa; EXENI RODRÍGUEZ, José Luis (org.). *Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Bolívia*. 2 ed. Quito: Fundación Rosa Luxemburgo, 2013, pp. 249-274.
- TORRE RANGEL, Jesus Antonio de la. A justiça comunitária como expressão do pluralismo jurídico no México. In: WOLKMER, Antonio Carlos; VERAS NETO, Francisco Q.; LIXA, Ivone M. (orgs.). *Pluralismo jurídico: novos caminhos da contemporaneidade*. São Paulo: Saraiva, 2010a, pp. 301-319.
- _____. *Derecho y liberación: pluralismo jurídico y movimientos sociales*. Bolívia, Cochabamba: Editorial Verbo Divino, 2010b. 164 p.
- WOLKMER, Antonio Carlos. Pluralismo jurídico: um espaço de resistência na construção de direitos humanos. In: WOLKMER, Antonio Carlos; VERAS NETO, Francisco Q.; LIXA, Ivone M. (orgs.). *Pluralismo jurídico: novos caminhos da contemporaneidade*. São Paulo: Saraiva, 2010, pp. 37-50.
- _____. *Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura no Direito*. 4 ed. Rev. e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2015a.
- _____. *Introdução ao pensamento jurídico crítico*. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2015b.
- _____. Pluralismo Jurídico e perspectivas para um novo constitucionalismo na América Latina. In: WOLKMER, Antonio Carlos. MELO, Milena Petters. *Constitucionalismo latino-americano: tendências contemporâneas*. Curitiba: Juruá, 2013, pp. 19-42.

Recebido em 26 de outubro de 2015

Aprovado em 13 de agosto de 2016

A Recepção dos Tratados de Direitos Humanos pelos Tribunais Nacionais: Sentenças Paradigmáticas de Colômbia, Argentina e Brasil

The Reception of Human Rights Treaties by Domestic Courts: Paradigmatic Judicial Decisions from Colombia, Argentina and Brazil

Antonio Moreira Maués*

Universidade Federal do Pará, Belém-Pará, Brasil

Breno Baía Magalhães**

Universidade da Amazônia, Belém-Pará, Brasil

1. Introdução

A expansão dos sistemas regionais de proteção dos direitos humanos possui, como uma de suas características principais, a criação de órgãos de caráter jurisdicional dotados de competência para processar e julgar as alegações de descumprimento de obrigações internacionais pelos Estados. No continente americano, a Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH), é a responsável por decidir os casos contenciosos que envolvam possíveis violações da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH, art. 62. 3). No exercício dessa competência, a Corte IDH emitiu, até maio de 2016, 310 sentenças impondo aos Estados um conjunto muito variado de reparações¹.

* Universidade Federal do Pará. Belém, Pará, Brasil. E-mail: ammaues@uol.com.br.

** Universidade da Amazônia e Faculdades Integradas Brasil Amazônia. Belém, Pará, Brasil. E-mail: brenobaiamag@gmail.com.

1 A Corte IDH determina as seguintes medidas de reparação: restituição; reabilitação; satisfação; garantias de não repetição; obrigação de investigar, processar e punir; compensação por danos materiais e imateriais. (PASQUALUCCI, 2013, p. 196). Burgogue-Larsen e Úbeda de Torres (2011, p. 224) caracterizam a jurisprudência da Corte IDH acerca das reparações como inovadora e progressista, especialmente porque atende à necessidade de medidas condizentes com as violações estruturais dos direitos humanos ocorridas no continente americano.

A atividade jurisdicional da Corte IDH, além de solucionar demandas específicas, produz uma ampla jurisprudência sobre direitos humanos, a qual, no entendimento da Corte, deve ser utilizada como base para o exercício do “controle de convencionalidade” do direito interno pelas autoridades estatais e, especialmente, pelo poder judiciário dos Estados-Parte². Embora haja várias críticas a esse entendimento da Corte³, a exigência de que os juízes nacionais exerçam o controle de convencionalidade implica reconhecer que eles cumprem um papel relevante na garantia da eficácia da CADH.

Com efeito, uma demanda somente pode ser apresentada à Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), possibilitando seu conhecimento pela Corte IDH, após o esgotamento dos recursos jurisdicionais internos (CADH, art. 46.1.a), o que coloca os tribunais nacionais em uma posição primária de proteção dos direitos reconhecidos pela CADH⁴. De modo geral, mesmo quando existem tribunais internacionais responsáveis pela aplicação de um tratado, os remédios oferecidos pela jurisdição interna são fundamentais para concretizar os direitos nele previstos⁵.

2 O conceito de controle de convencionalidade foi desenvolvido pela Corte IDH a partir do caso *Almonacid Arellano y otros Vs. Chile* (2006, nº 154), ocasião em que a Corte afirmou que os juízes, enquanto órgãos do Estado, estão submetidos à CADH e, portanto, devem zelar para que o cumprimento de suas disposições não seja obstaculizado pela aplicação de leis contrárias aos seus objetivos. Além disso, ao realizar o juízo de compatibilidade entre as leis nacionais e a CADH, o Poder Judiciário deve levar em consideração a jurisprudência da Corte IDH, intérprete final da CADH. Pouco tempo depois de seu pronunciamento inicial sobre o tema, a Corte definiu que o controle de convencionalidade deve ser realizado *ex officio* por todos os órgãos do Poder Judiciário, desde que dentro de suas competências e normas processuais respectivas (*Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú*, 2006, nº 158, § 128). Anos mais tarde, acrescentou que todos os órgãos estatais devem realizar esse controle, e não apenas o Poder Judiciário, à medida que seu exercício requer a adequação das interpretações judiciais, administrativas e das garantias judiciais aos princípios estabelecidos na jurisprudência da Corte IDH (*Caso Gelman Vs. Uruguay*, 2011, nº 211, § 193).

3 Alguns autores questionam a ausência de previsão do controle de convencionalidade na CADH (KASTILLA, 2011, p. 596), enquanto outros criticam que ele coloca a Corte IDH em uma posição hierarquicamente superior em relação aos tribunais nacionais (CONTESSÉ, 2012; BREGAGLIO, 2014). Para uma réplica a essas críticas, ver DULITZKY (2015).

4 Para Nollkaemper (2012, pp. 25-26), os tribunais nacionais exercem um papel central na ordem jurídica internacional mesmo na ausência de tribunais internacionais, uma vez que eles julgam demandas baseadas em normas internacionais. A subsidiariedade dos sistemas regionais de proteção de direitos humanos realça a importância das soluções nacionais a essas demandas, que podem ser viabilizadas pelas cortes internas, pois oportuniza ao país que resolva a possível violação de direitos humanos por seus próprios meios. Sobre subsidiariedade, cf. Carrozza (2003) e o caso *Tarazona Arrieta y Otros Vs. Perú*. Serie C No. 286, § 137 (2014).

5 Sloss (2009, pp. 1-48) distingue, no âmbito do direito internacional, três tipos de disposições normativas presentes nos tratados internacionais: “horizontais”, que regulamentam as relações entre Estados, portanto não submetidas aos tribunais nacionais, e disposições “verticais” e “transnacionais”, cuja eficácia depende

Outra importante área em que os tribunais nacionais atuam para garantir o cumprimento de obrigações internacionais diz respeito ao uso de sua jurisdição para adaptar o direito interno aos tratados, prevenindo a responsabilização do Estado por seu descumprimento. Essa atividade realça a importância do conhecimento da jurisprudência sobre direitos humanos pelos juízes nacionais, a fim de que eles possam desenvolver os parâmetros de proteção dos direitos em consonância com os tribunais internacionais⁶, o que amplia a comunicação entre os vários sistemas judiciais⁷.

O conjunto de elementos citados demonstra que a eficácia dos tratados de direitos humanos como a CADH encontra-se estreitamente associada às funções desempenhadas pelo poder judiciário nacional. Embora a internalização de um tratado internacional, nos países analisados, corresponda a competências exclusivas dos poderes executivo (assinatura e ratificação) e legislativo (aprovação), sua plena incorporação à ordem jurídica interna depende do modo como ele será interpretado e aplicado pelos tribunais.

Disso decorre a importância de estudar como os tribunais de máxima hierarquia em um dado ordenamento recebem os tratados de direitos humanos, tendo em vista que eles se encontram em posição privilegiada para influenciar o conjunto do poder judiciário. Neste trabalho, pretendemos analisar decisões paradigmáticas tomadas pela Corte Constitucional da Colômbia, pela Corte Suprema de Justiça da Nação (Argentina) e pelo Supremo Tribunal Federal que, no entender dos próprios tribunais,

da atuação dos tribunais nacionais, porquanto regulamentam relações jurídicas que envolvem particulares, como, por exemplo, os tratados internacionais de direitos humanos. Em pesquisa realizada em 11 países, o trabalho do autor concluiu que, em 8 deles, os tribunais nacionais oferecem remédios (em sentido amplo) aos particulares que têm violados seus direitos presentes em disposições verticais e transnacionais oriundos de tratados. No mesmo sentido, Alstine (2009, p. 555-557) observa que o estabelecimento de sistemas normativos internacionais autônomos (como os de direitos humanos e de integração econômica) cria fricções com o direito nacional e, enquanto os tribunais internacionais não dispuserem de poderes executivos para concretizar suas decisões, o cumprimento efetivo dos tratados permanecerá uma questão de direito interno.

6 KELLER; STONE SWEET, 2008, pp. 687-688.

7 O desenvolvimento da “comunicação transjudicial”, acentuado após o final da Guerra Fria, está associado ao fortalecimento da jurisdição internacional dos direitos humanos, juntamente com o processo de globalização e a expansão de regimes democráticos. Essa comunicação pode se desenvolver de diferentes formas, de acordo com o grau de engajamento recíproco dos tribunais envolvidos, podendo variar desde o diálogo direto, em que ocorre uma troca na qual as posições de um tribunal são respondidas por outro; monólogo, em que as ideias ou conclusões de um tribunal são utilizadas por outros tribunais; e diálogo intermediado, em que um tribunal difunde de maneira consciente as ideias de um tribunal para outros, fazendo com que eles reajam a elas (SLAUGHTER, 1994). Além disso, o uso da jurisprudência internacional pode servir para ampliar a independência do poder judiciário perante o governo, o que representa um incentivo para que os tribunais nacionais se envolvam nesse diálogo.

representaram uma nova maneira de compreender as relações entre direito interno e direito internacional, particularmente no campo dos direitos humanos. Essa análise partirá dos elementos que condicionam o exercício da jurisdição sobre tratados de direitos humanos pelos tribunais nacionais (independência judicial e incorporação dos tratados) e incidirá sobre os instrumentos hermenêuticos utilizados para promover sua recepção (efeito direto e interpretação conforme), buscando, especialmente, compreender de que maneira os tratados internacionais são compatibilizados com o princípio da supremacia constitucional.

Os três países escolhidos são os mais importantes em termos econômicos e populacionais na América do Sul, o que permite inferir que sua experiência é bastante relevante no âmbito do sistema interamericano.

2. Independência judicial e incorporação dos tratados de direitos humanos

A independência do poder judiciário é uma condição indispensável para que ele exerça as funções de fiscalização sobre os poderes executivo e legislativo que lhe são atribuídas no Estado de Direito. Muitos países, porém, reservam ao poder executivo a condução da política externa e até mesmo lhe atribuem competência para interpretar os tratados internacionais. Além disso, normas de direito interno podem impedir os tribunais de aplicar um tratado internacional já incorporado, por exemplo, garantindo imunidade a determinados atos do Estado; vinculando os tribunais à interpretação do tratado feita por outros poderes ou inabilitando os indivíduos a invocarem, judicialmente, regras de direito internacional⁸. No entanto, a independência judicial deve ser garantida nos casos em que o próprio Estado é parte, como ocorre nas violações de direitos humanos, a fim de que o judiciário possa decidir sobre a aplicação do direito internacional sem estar sujeito a pressões e manobras políticas do executivo e do legislativo⁹.

Por sua importância, o tema da independência judicial, abordado sob o ponto de vista do acesso à justiça e da garantia do devido processo legal,

8 NOLLKAEMPER, 2012, pp. 49-53.

9 Como, por exemplo, nas hipóteses em que o Executivo denuncia, unilateralmente, um tratado internacional que cria direitos fundamentais capazes de serem aplicados pelo judiciário. Cf. os debates na ADI 1625, na qual se questiona decreto presidencial que denunciou, unilateralmente, a Convenção 158 da OIT.

ocupou a jurisprudência da Corte IDH desde suas primeiras decisões. O referido princípio é protegido pelo direito internacional dos direitos humanos (PIDCP, art. 14 e CEDH, art. 6.1), onde encontra seu mais forte apoio e na CADH sua mais detalhada e abrangente prescrição normativa¹⁰.

De acordo com o art. 8.1 da CADH, todos têm direito a julgamentos proferidos por um tribunal competente, independente e imparcial e ao longo de seus julgamentos, a Corte IDH teve a oportunidade de caracterizar, especificamente, o significado de independência com relação à noção de devido processo legal¹¹. Em *Apitz Barbera y otros vs Ecuador*, a Corte estabeleceu que uma das principais funções da separação de poderes seria a de proteger os órgãos judiciais dos demais poderes estatais¹², a fim de evitar que o poder judiciário e seus integrantes fossem submetidos a pressões e restrições de sua atuação por instituições alheias à estrutura do próprio poder¹³, mesmo em períodos de emergência¹⁴.

A independência do Poder Judiciário, portanto, é um corolário do devido processo legal, porque tem o condão de protegê-lo de ingerências e pressões indevidas dos demais poderes estatais na concretização de obrigações oriundas de tratados internacionais de direitos humanos. As ingerências políticas podem ser de diversas ordens, incluindo as que atinjam a capacidade do judiciário de fiscalizar a compatibilidade dos atos políticos estatais com as normas da CADH (ex.: denúncia unilateral do tratado pelo executivo, protelação do legislativo em criar leis implementadoras da obrigação estatal, etc.). Por outro lado, os estados estão obrigados a garantir recursos internos para fazer cessar violações de direitos humanos previstos na convenção internacional e a efetividade dos recursos depende, também, da independência do órgão julgador¹⁵.

10 Art. 8.1 da CADH..

11 BURGORGUE-LARSEN; ÚBEDA DE TORRES, 2011, p. 653.

12 Caso *Apitz Barbera y otros* ("Corte Primera de lo Contencioso Administrativo") Vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de agosto de 2008. Serie C No. 182, Párrafo 55 e Caso del Tribunal Constitucional (Camba Campos y otros) Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de agosto de 2013. Serie C No. 268, Párrafo 188.

13 Corte IDH. Caso *Atala Riffo y Niñas* Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239, Párrafo 186.

14 Cf. Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987. Serie A No. 9, §§ 30 e pp. 38-39.

15 Caso *Mejía Idrovo* Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de julio de 2011. Serie C No. 228, § 94. Caso *Castañeda Gutman* Vs. Estados Unidos Mexicanos. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de agosto de 2008. Serie C No. 184, § 103.

Por fim, vale lembrar que pode haver uma interdependência entre o desenvolvimento da jurisdição internacional e a independência dos tribunais nacionais. Quando os tribunais internacionais podem supervisionar decisões dos tribunais nacionais isso os incentiva a atuar de maneira independente, a fim de sobreviver ao exame internacional¹⁶.

Ao lado da independência judicial, o cumprimento dos tratados internacionais pelos tribunais nacionais também depende de sua incorporação ao direito interno. Tornando-se válidas no ordenamento jurídico nacional, as normas internacionais passam a ser garantidas pelo poder judiciário (seja diretamente, seja por intermédio de uma lei transformadora), diante do qual o Estado pode ser demandado pelo descumprimento de suas obrigações internacionais.

Tradicionalmente¹⁷, o direito internacional não obriga os Estados a incorporarem os tratados internacionais, o que faz depender de decisões tomadas em cada ordenamento jurídico a possibilidade de sua aplicação direta pelo poder judiciário¹⁸. No entanto, no campo dos tratados de direitos humanos, as características de suas normas podem obrigar os Estados a tornarem seu direito interno compatível com elas, a fim de garantir determinados direitos¹⁹. A CADH, em seu art. 2º, estabelece que os Estados devem adotar as medidas legislativas ou de outro caráter necessárias para tornar efetivos os direitos e liberdades nela previstos, ainda que não exija, ao menos explicitamente, a necessidade de transformar a convenção em direito diretamente aplicável pelo judiciário²⁰.

A importância da incorporação dos tratados internacionais não significa, contudo, que o modo pelo qual essa incorporação é feita determi-

16 SLAUGHTER, 1994, p. 65.

17 *Exchange of Greek and Turkish Populations Case (1925) P.C.I.J., Ser. B, No. 10, pp. 19-21.*

18 Seguindo a prática do direito internacional, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH), por exemplo, não exige que os Estados que ratificaram a Convenção Europeia de Direitos Humanos (CEDH) incorporem-na ao direito interno (*As regards the specific matters pleaded, the Court has held on several occasions that there is no obligation to incorporate the Convention into domestic law.* 13585/88, [1991] 14 EHRR 153, [1991] ECHR 49, [1991] ECHR 1385 *Observer and Guardian v. UK*, § 76), desde que cumpram as obrigações presentes em seu art. 1º (As Altas Partes Contratantes reconhecem a qualquer pessoa dependente da sua jurisdição os direitos e liberdades definidos no título I da presente Convenção). Ver HARRIS et al., 2009, p. 23. Apesar disso, quase todos os países signatários da CEDH promoveram sua incorporação (KELLER; STONE SWEET, 2008).

19 NOLLKAEMPER, 2012, pp. 72 e 83.

20 Em razão do teste da convencionalidade da produção normativa interna, Dulitzky (2015) e Toda Castan (2013), defendem que, implicitamente, existe essa obrigatoriedade na CADH.

nante para seu cumprimento efetivo. Os estudos comparados demonstram que o caráter monista (aplicação direta do tratado) ou dualista (transformação do tratado em lei ordinária nacional)²¹ dos ordenamentos jurídicos não é um fator relevante para explicar a forma de aplicação dos tratados de direitos humanos pelos tribunais nacionais²². Apesar disso, a incorporação do tratado sem demora, sem modificações e garantindo sua aplicação direta, como costuma ocorrer em países de tradição monista, contribui para que seu cumprimento seja mais efetivo.

Nos três países analisados, há necessidade de atos internos para dar vigência aos tratados, porém, nenhum deles adota “leis transformadoras” e nenhum deles se enquadra como um país dualista clássico.

O ciclo de incorporação dos tratados internacionais no Brasil se inicia após a assinatura de competência do Poder Executivo (art. 84, VIII, da CF/88), passa pela ratificação congressual (art. 49, I, da CF/88) e se encerra com a expedição, pelo Presidente da República, de Decreto Executivo, para fins de aplicação (promulgação, publicação e executoriedade) do tratado. Não por acaso, a ratificação dos mais importantes tratados internacionais de direitos humanos ocorreu após a redemocratização do país, simbolizada pela promulgação da Constituição de 1988²³.

21 Neste trabalho, nos referimos ao debate entre monistas e dualistas levando em conta o aspecto descritivo da dicotomia, ou seja, sobre as escolhas políticas que uma Constituição pode tomar acerca dos procedimentos de incorporação dos tratados internacionais no plano interno. Portanto, monismo, como a escolha de aplicação direta dos tratados e dualismo, como a escolha de transformar o tratado ratificado em lei interna para aplicabilidade interna. Não discutiremos, por essa razão, a dicotomia no âmbito teórico, ocupada em analisar a existência, ou não, de um ordenamento jurídico único na relação entre direito internacional e direito interno. Cf. MAGALHÃES, 2015.

22 Para Sloss, em países que adotam um “monismo híbrido” (apenas alguns tratados possuem aplicação direta na ordem interna, a depender da interpretação dos tribunais acerca da sua auto-executoriedade) não se verifica um papel mais ativo dos tribunais na concretização dos tratados, como no caso dos EUA, sendo possível que cortes de países “dualistas” sejam mais ativas, mesmo aplicando o tratado indiretamente, como demonstrado pelo exemplo australiano. Há mais resistência das cortes, em ambos os casos, em aplicar diretamente disposições normativas verticais (SLOSS, 2009, pp. 8-24). Na Índia e na África do Sul (dualistas) os tribunais fazem extenso uso do Direito Internacional dos Direitos Humanos como ferramenta para interpretar normas de direitos individuais de suas constituições. Nollkaemper (2012, pp. 74-77) aponta muitas variações nos países que admitem a “incorporação automática” dos tratados internacionais. Assim, tratados que não sejam “*self-executing*” podem não ser considerados parte do direito interno e as decisões das organizações e dos tribunais internacionais nem sempre serão consideradas vinculantes, mesmo que os tratados em que elas se baseiam estejam incorporados.

23 Tratados da ONU: 1) Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação racial (Decreto Presidencial nº 65.810/69); 2) Pacto Internacional de Direitos civis e políticos (Decreto Presidencial nº 592/92); 3) Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Decreto Presidencial nº 591/92); 4) Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher (Decreto

De acordo com o art. 189.2 da Constituição colombiana, compete ao Presidente da República celebrar tratados e, ao Congresso, aprová-los ou não (art. 150, 14). A manifestação congressual é realizada por meio de lei aprobatoria²⁴. Uma das principais novidades da Constituição de 1991 foi a criação de um controle prévio de constitucionalidade dos tratados internacionais (art. 241, 10), que visa alcançar uma posição intermediária entre os extremos opostos da supremacia do direito internacional e do constitucional²⁵.

A Constituição argentina não detalha a forma de incorporação dos tratados internacionais, destinando seu procedimento aos arts. 31 e 27. No entanto, em função da influência da constituição norte-americana, considera-se que o tratado vige como direito interno²⁶, com aplicabilidade direta²⁷. Dessa forma, os tratados são assinados pelo Executivo, posteriormente são enviados para aprovação do legislativo, que edita uma lei e, por fim, o Presidente ratifica o tratado²⁸.

Presidencial nº 4.377/02); 5) Convenção contra a tortura e outros tratamentos cruéis (Decreto Presidencial nº 40/91); 6) Convenção dos direitos da Criança (Decreto Presidencial nº 99.710/90); 7) Convenção sobre direitos das pessoas com deficiência (Decreto 6.949/09 – de status constitucional); Tratados da OEA: 1) Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura (Decreto Presidencial nº 98.386/89); 2) Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Decreto Presidencial nº 3.321/99); 3) Protocolo à Convenção Americana sobre Direitos Humanos referente à Abolição da Pena de Morte (Decreto Presidencial nº 2.754/98); 4) Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (Decreto Presidencial nº 1.973/96); 5) Convenção Interamericana para a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra as Pessoas Portadoras de Deficiência (Decreto Presidencial nº 3.956/01).

24 ARTEAGA, 2007, p. 27.

25 MONROY CABRA, 2002, p. 128. Principais tratados de direitos humanos incorporados ao ordenamento jurídico colombiano: Tratados da ONU: 1) Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação racial (Ley 22/81); 2) Pacto Internacional de Direitos civis e políticos (Ley 74/68); 3) Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Ley 74/68); 4) Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher (Ley 51/81); 5) Convenção contra a tortura e outros tratamentos cruéis (Ley 70/86); 6) Convenção dos direitos da Criança (Ley 12/91); 7) Convenção sobre direitos das pessoas com deficiência (Ley 1346 de 2009); 8) Convenção Internacional para a Proteção dos Direitos dos Trabalhadores Migrantes e Famílias (Ley 146 de 1994); 9) Convenção para a Proteção de Todas as Pessoas Contra Desaparecimentos Forçados (Ley 1418 de 2010). Tratados da OEA: 1) Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura (Ley 409/98); 2) Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Ley 319/96); 3) Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (Ley 248/95); 4) Convenção Interamericana para a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra as Pessoas Portadoras de Deficiência (Ley 762/02) e 5) Convenção Interamericana sobre o Desaparecimento Forçado de Pessoas (Ley 707/01).

26 CONSTENLA, 2003, p. 113.

27 PAGLIARI, 2011, p. 19.

28 CARLOS COLAUTTI, 1998, pp. 183-185. Principais tratados de direitos humanos incorporados ao ordenamento jurídico argentino: 1) Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem; 2) Declaração

Em contextos caracterizados pelo fim de regimes autoritários e o impacto de novas Constituições, o amplo rol de tratados de direitos humanos incorporados nos três países contribui para reforçar a independência judicial, uma vez que esses instrumentos devem ser aplicados pelo judiciário em casos nos quais o Estado é parte, possibilitando a fiscalização dos poderes políticos. Além disso, tratados como a CADH reconhecem o direito a garantias judiciais e à proteção judicial, os quais demandam o exercício independente da jurisdição.

3. Efeito direto e interpretação conforme os tratados de direitos humanos

A incorporação dos tratados de direitos humanos em um ordenamento jurídico que assegura a independência judicial oferece o ponto de partida para sua aplicação pelos tribunais nacionais. Porém, o uso desses tratados requer que os juízes desenvolvam técnicas para torná-los efetivos e proteger adequadamente os direitos nele reconhecidos, o que confere relevância à análise dos princípios e práticas interpretativas dos tribunais nacionais, para além dos procedimentos de incorporação previstos constitucionalmente²⁹.

Dentre as técnicas de que dispõem os tribunais nacionais para aplicar o direito internacional, destacam-se a atribuição de efeito direto às suas disposições normativas e a interpretação do direito interno conforme os tratados internacionais.

A incorporação de um tratado internacional não significa que as obrigações por ele impostas possam ser garantidas pelos tribunais nacionais, uma vez que é necessário que elas gerem efeitos no ordenamento jurídico interno. O efeito direto (*direct effect*) de um tratado significa que sua aplicação independe da interveniência subsequente do legislador, isto é, suas normas são auto-executáveis (*self-executing*)³⁰. Como consequência, o di-

Universal dos Direitos Humanos; 3) Convenção Americana sobre Direitos Humanos; 4) Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais; 5) Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e seu Protocolo Facultativo; 6) Convenção para a Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio; 7) Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial; 8) Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher; 9) Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes e 10) Convenção sobre os Direitos da Criança.

29 NOLLKAEMPER, 2012, p. 15 e KELLER; STONE SWEET, 2008.

30 Nollkaemper (2012, p. 120) observa que o efeito direto não deve ser confundido com supremacia do direito internacional sobre o direito interno, embora situações em que se afirme a supremacia do direito interno possam limitar as consequências práticas do efeito direto.

reito interno autoriza os tribunais internos a aplicar as normas do tratado internacional, diretamente, como uma regra decisória em um caso concreto trazido pelas partes como causa de pedir.

Em contraposição, o efeito indireto significa que a aplicação de um tratado internacional é obtida por meio do direito interno, isto é, os tribunais garantem o cumprimento das obrigações internacionais do Estado utilizando normas de seu próprio ordenamento que abrangem ou incorporam de maneira substancial essas obrigações. Tal ocorre, por exemplo, quando os juízes aplicam direitos previstos em suas Constituições que correspondem aos direitos previstos nos tratados, ou quando o tratado é “transformado” em lei nacional, o que pode ocorrer mesmo em países de tradição monista, com o objetivo de tornar as obrigações internacionais mais coerentes com o direito interno, completá-las ou garantir sua certeza³¹.

Como se nota, conferir efeito direto às disposições do tratado possui a vantagem de atribuir competência ao poder judiciário para aplicá-los mesmo quando os poderes legislativo e executivo permanecem inertes em relação a sua garantia, reforçando internamente o cumprimento das obrigações assumidas pelo Estado. Além disso, à medida que os tribunais nacionais exercem essa competência, eles passam a interpretar os tratados internacionais, o que contribui para aproximá-los dos critérios hermenêuticos oferecidos pelo direito internacional.

Não se trata de casualidade, portanto, que os tratados de direitos humanos em geral exijam sua proteção pelos tribunais nacionais, nem que, em várias Constituições, as normas de direitos humanos sejam consideradas diretamente aplicáveis³². O próprio reconhecimento pelo Estado do monitoramento internacional do cumprimento de suas obrigações internacionais contribui para que elas venham a ser garantidas pelo poder judiciário. O controle de convencionalidade evidencia o ponto, na medida em que a Corte IDH obriga juízes e órgãos vinculados à administração da justiça a exercerem, *ex officio*, a compatibilidade das normas nacionais com a CADH.

Paralelamente à atribuição de efeito direto aos tratados internacionais, sua aplicação pelos tribunais nacionais também se desenvolveu a partir da

31 NOLLKAEMPER, 2012, pp. 117-118.

32 Em geral, o direito internacional admite que os Estados decidam se atribuem ou não aos tribunais nacionais competência para reconhecer o efeito direto a uma obrigação internacional (NOLLKAEMPER, 2012, pp. 124-126), caso tal efeito não esteja previsto constitucionalmente.

técnica da “interpretação conforme”, por meio da qual busca-se interpretar o direito interno de maneira compatível com as obrigações internacionais, garantindo seu cumprimento pelo Estado. Assim, a interpretação conforme requer que os juízes evitem aplicar o direito interno de maneira que ele venha a colidir com o direito internacional, mas não limita a aplicação das normas nacionais caso elas estabeleçam patamares de proteção dos direitos humanos superiores àqueles presentes nos tratados internacionais³³.

O peso da interpretação conforme nem sempre é identificado facilmente. Muitas vezes, a referência dos tribunais nacionais ao direito internacional serve apenas para enfatizar a importância ou o caráter fundamental de uma norma interna, para ratificar a correção de um argumento fundado na análise do direito interno ou para manifestar a disposição do tribunal em participar de um diálogo com tribunais internacionais ou estrangeiros. Em outros casos, porém, a decisão judicial não pode ser explicada sem o papel exercido pelas normas internacionais no processo de fundamentação.

Como não é fácil distinguir essas várias categorias, Nollkaemper³⁴ propõe que a interpretação conforme ocorre quando o tribunal utiliza uma norma de direito internacional na aplicação do direito interno e sua decisão é consistente tanto com o direito interno quanto com o direito internacional, independentemente do peso exato que aquela norma possui na fundamentação da decisão.

A partir dessa definição, o autor identifica três situações em que a interpretação conforme pode ser aplicada: a) quando uma disposição de direito interno é ambígua, a fim de definir seu conteúdo; b) quando o direito interno prevê que o sentido de uma disposição no direito internacional deve prevalecer diante do seu sentido no direito interno; e c) no controle da discricionariedade executiva³⁵.

A prática da interpretação conforme está prevista expressamente no ordenamento de poucos países³⁶. Assim, outros fundamentos são utilizados

33 NOLLKAEMPER, 2012, p. 139. No mesmo sentido, defendendo a interpretação conforme como compatibilidade ou ausência de contradição e não como plena identidade ou conformidade *stricto sensu*, ver Saiz Arnaiz, 2013.

34 NOELKAEMPER, 2012, p. 142.

35 A ratificação de um tratado internacional condiciona a atuação do Poder Executivo, que deve cumprir com as expectativas legítimas do comprometimento nacional com obrigações internacionais.

36 Por exemplo, Constituição da Espanha, art. 10.2; Constituição da África do Sul, art. 233; Constituição da Colômbia, art. 93.

pelos tribunais nacionais para seu exercício: a) embora não haja uma obrigação internacional³⁷, a interpretação conforme, combinada com o princípio da interpretação efetiva dos tratados³⁸, se fundamenta em um princípio geral de interpretação pelo qual os tribunais nacionais devem interpretar o direito interno em conformidade com as obrigações internacionais do Estado; b) a interpretação conforme pode se basear no reconhecimento do status hierarquicamente superior do direito internacional e no dever do Estado em cumprir com suas obrigações internacionais. Assim, em caso de conflito entre parâmetros internacionais e nacionais, os últimos devem se tornar coerentes com os primeiros e não o contrário; e c) uma base mais limitada ao princípio é interpretar o direito de acordo com a intenção do legislador, presumindo que este não pretendeu violar as obrigações internacionais do Estado ao referendar um tratado³⁹.

Um ordenamento constitucional que garante a independência judicial, que prevê a aplicabilidade direta de um tratado internacional de direitos humanos e autoriza a interpretação conforme de sua produção normativa com as normas internacionais combina os elementos que favorecem a recepção do direito internacional, além de permitir que as cortes internas ajam de forma mais enérgica para evitar, reparar e solucionar violações de direitos humanos decorrentes da ação ou omissão dos demais poderes⁴⁰.

37 No caso do sistema interamericano, no entanto, podemos argumentar que existe a obrigação de interpretação conforme, pois, no exercício do controle de convencionalidade, as cortes internas deverão fiscalizar a compatibilidade do direito interno com a CADH, de acordo com a jurisprudência da Corte IDH. Ver. Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. nº 154, § 124.

38 A Corte IDH postula que o princípio do efeito útil (*effet utile*) significa que o Estado tem a obrigação de adotar e consagrar em sua ordem jurídica interna as medidas necessárias para que as disposições da CADH sejam efetivamente respeitadas e implementadas. Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas Vs. República Dominicana. Serie C No. 282, § 271 (2014).

39 Existem dois riscos que podem decorrer da última categorização de interpretação conforme. Primeiramente, o foco na natureza persuasiva da norma internacional realça sua substância, e não sua origem, abrindo margem para a utilização de normas internacionais não incorporadas e, portanto, não vinculantes sobre o Estado (tratados em fase de incorporação, instrumentos de *soft law* e decisões de tribunais internacionais de direitos humanos de sistemas de proteção de região diversa). Em segundo lugar, conferir uma maior latitude à interpretação conforme aos tribunais nacionais pode ter por consequência a seleção arbitrária das normas internacionais a serem compatibilizadas ou a interpretação do direito internacional de acordo, tão somente, com o direito nacional. Em função de tais riscos, alguns recursos interpretativos podem ser sugeridos: a) técnica a ser utilizada, somente, nos casos de ambiguidade constitucional; b) regras do direito interno poderiam limitar a interpretação conforme e c) a separação de poderes constitui um limite, quando o parlamento não incorporou as disposições no direito interno (NOELKAEMPER, 2012, pp. 147-164).

40 No entanto, estudos comparados demonstram que mesmo tratados que não possuem aprovação legislativa formal em países dualistas tradicionais exercem alguma força jurídica no ordenamento interno,

Assim, podemos observar que o impacto dos tratados internacionais sobre o direito interno não decorre unicamente de sua posição hierárquica, nem dos procedimentos adotados para sua incorporação, pois outros fatores sugerem uma confluência nos procedimentos interpretativos das cortes, tanto em países de tradição monista quanto em países de tradição dualista⁴¹.

Com base nessa premissa, analisaremos experiências latino-americanas sobre a forma de recepção e o impacto da CADH na Colômbia, Argentina e Brasil, a fim de identificarmos como essas técnicas são utilizadas.

4. Colômbia: bloco de constitucionalidade e tratados de direitos humanos.

Após uma década de grande violência, resultante das ações do Cartel de Medellín e dos enfrentamentos entre o Estado e movimentos guerrilheiros, e do fracasso da reforma constitucional proposta pelo Governo Virgilio Barco (1986-1990), a convocação de uma Assembleia Constituinte na Colômbia passou a ser defendida por diferentes setores políticos do país. Juntamente com as eleições presidenciais de maio de 1990, realizou-se uma consulta em que 88% dos votantes manifestaram-se a favor da Constituinte, cujos 70 membros foram eleitos em dezembro de 1990, com baixa participação eleitoral⁴².

Marcada por uma composição plural, a Constituinte trabalhou rapidamente e buscou orientar-se pelo consenso (94% dos artigos aprovados

especialmente por meio de princípios interpretativos. Apesar das diferenças formais entre países monistas e dualistas, a prática interpretativa dos tribunais de ambas as tradições é semelhante (Sloss, 2009; Alstine, 2009). Mesmo em países dualistas, os tribunais reconhecem a origem internacional das normas devidamente incorporadas oriundas dos tratados. Alguns princípios interpretativos comuns são utilizados tanto por monistas quanto dualistas para soluções de impasses normativos: a) uso das regras da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados (CVDT) (especialmente as regras que determinam a interpretação do tratado de acordo com seu objetivo e propósito); b) os países costumam consultar as práticas interpretativas de outros estados-partes do tratado, ainda que a força persuasiva da consulta e sua frequência oscilem bastante; c) embora os países monistas e dualistas atribuam, exclusivamente, ao Executivo a competência para assumir compromissos internacionais, suas cortes resistem em deferir às interpretações do executivo acerca desses compromissos (Alstine, 2009, p. 588-593); e d) cortes de ambas as tradições estipulam algum princípio de interpretação conforme ao direito internacional. No entanto, podemos destacar algumas particularidades: no monismo, o desafio das cortes é aplicar os tratados sem que comprometam as relações internacionais do Estado; no dualismo, a busca por direitos individuais inicia-se na lei transformadora e não no tratado, porém, os tribunais buscam auxílios interpretativos no fundamento internacional da lei implementadora, especialmente se for ambígua. Apesar disso, tratados não incorporados exercem grande influência (presunção de conformidade), até mesmo para limitar a discricionariedade de órgãos administrativos.

41 Para um argumento semelhante, cf. MAUÉS 2013, p. 226.

42 HENAOHIDRÓN, 2013, pp. 115-119; LEMAITRERIPOLL, 2016, pp. 5-17. O Decreto nº 1926/90, que convocou a Assembleia, foi validado por decisão da Corte Suprema de Justiça.

receberam mais de 80% dos votos), promulgando a Constituição em 4 de julho de 1991. Dentre as várias inovações, destacam-se o reconhecimento de novos direitos e garantias, a criação da Corte Constitucional e da Defensoria do Povo, a eliminação do estado de sítio, a maior transparência dos processos eleitorais e a atribuição de mais autonomia aos departamentos e municípios. Paralelamente, também se adotaram medidas favoráveis à liberalização da economia, como a criação de um banco central independente do governo.

Embora a Constituição de 1991 tenha introduzido mudanças no Poder Judiciário, sua principal inovação no âmbito jurisdicional foi a criação da Corte Constitucional. A forma de composição dessa Corte, por sua vez, reforça a independência do Poder Judiciário, uma vez que seus membros são eleitos pelo Senado a partir de listas tríplices elaboradas pela Corte Suprema de Justiça, pelo Conselho de Estado e pelo Presidente da República. Cabe ressaltar que o controle de constitucionalidade também pode ser exercido por todos os juízes.

Ao contrário de sua antecessora (1886), a Constituição Colombiana de 1991 contém várias referências ao direito internacional e aos direitos humanos, o que contribuiu para que a Corte Constitucional Colombiana cumprisse um papel decisivo na incorporação dos tratados internacionais de direitos humanos, interpretando as disposições constitucionais para estabelecer três formas de integração das normas de direito internacional ao ordenamento jurídico colombiano e seus correspondentes níveis hierárquicos: constitucional, supralegal e legal.

O marco normativo capaz de explicar as diferentes posições hierárquicas dos tratados internacionais na Colômbia pode ser extraído de, pelo menos, cinco artigos: 9º (as relações exteriores serão regidas de acordo com a soberania e com os princípios de direito internacional reconhecidos pelo país), 93 (os tratados internacionais de direitos humanos prevalecem no direito interno e os direitos constitucionais serão interpretados conforme os tratados ratificados), 94 (os direitos previstos na constituição e nos tratados ratificados não excluem outros direitos que, decorrentes da dignidade da pessoa humana, não figuram neles expressamente), 214.2 (os direitos humanos não serão suspensos, e, em todo caso, serão respeitadas as regras do direito humanitário) e 53 (convênios sobre trabalho fazem parte da legislação interna)⁴³.

43 ARANGO OLAYA, 2004, p. 80.

A partir dessas disposições, a Corte Constitucional elaborou o conceito de bloco de constitucionalidade como um conceito chave para a incorporação dos tratados de direitos humanos. Desde suas primeiras sentenças e em clara diferenciação com a jurisprudência anterior⁴⁴, a Corte Constitucional mostrou-se disposta a utilizar tratados de direitos humanos para fundamentar suas decisões, mesmo quando as normas desses tratados não encontravam correspondentes no texto constitucional. Por exemplo, ao analisar a obediência devida dos militares (art. 91), a Corte Constitucional utilizou as Convenções de Genebra para estabelecer seus limites (T-409/92), e utilizou o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais para reconhecer o mínimo vital, ampliando o disposto no art. 13.3 da Constituição colombiana⁴⁵ (T-426/92).

A utilização desses tratados internacionais impulsiona a redefinição, por parte da Corte Constitucional, da relação entre os tratados de direitos humanos e a Constituição, inclusive no que se refere a sua relação hierárquica. Na sentença C-225/95, a expressão “bloco de constitucionalidade” aparece na jurisprudência da Corte e passa a orientar essa redefinição.

A sentença C-225/95 resultou de exercício do controle prévio de constitucionalidade dos tratados internacionais (art. 241.10), em que a Corte Constitucional apreciou a constitucionalidade do Protocolo Adicional às Convenções de Genebra de 12 de agosto de 1949, relativo à proteção das vítimas dos conflitos armados sem caráter internacional (Protocolo II), firmado em Genebra em 8 de junho de 1977 e aprovado pela Lei nº 171, de 16 de dezembro de 1994. Após julgar constitucional a assinatura do tratado pelo Estado Colombiano e o trâmite da lei aprobatória, a Corte passa a analisar seu conteúdo, com base nos seguintes argumentos.

As normas de direito internacional humanitário são partes integrantes do *jus cogens*. Em seguida, a Corte constitucional cita decisão C-574/92, reforçando que há uma incorporação “automática” dessas normas ao ordenamento jurídico interno⁴⁶.

Após analisar a imperatividade do direito internacional humanitário, a Corte afirma que o “bloco de constitucionalidade” do direito colombiano está composto por aquelas normas e princípios que, sem aparecer

44 UPRIMNY, 2001, p. 13; PRADA, 2013.

45 *El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan.*

46 C-225/95, § 07.

formalmente no texto constitucional, são utilizados como “parâmetros do controle de constitucionalidade das leis”, uma vez que foram integrados normativamente à Constituição, por diversas vias e por ordem da própria Constituição⁴⁷. Dessa forma, as disposições constitucionais sobre prevalência dos tratados de direitos humanos e de direito internacional humanitário impõem considerar que eles integram o “bloco de constitucionalidade”, o que permite harmonizar o princípio da supremacia constitucional com a prevalência dos tratados.

A imperatividade das normas humanitárias e sua integração no bloco de constitucionalidade implicam no dever de o Estado colombiano adaptar as normas de hierarquia inferior aos conteúdos daquelas normas⁴⁸. Essa harmonização é feita pela Corte ao analisar vários dispositivos do tratado que tiveram sua constitucionalidade questionada no curso do processo.

A partir dessa sentença, o conceito de bloco de constitucionalidade passou a ser utilizado pela Corte Constitucional, embora com algumas ambiguidades em sua definição. Posteriormente, a Corte buscará sistematizar quais são as normas que integram esse bloco, fazendo uma distinção entre bloco de constitucionalidade em sentido estrito, no qual se encontram os tratados que possuem hierarquia constitucional, como os tratados de direitos humanos que não podem ser suspensos em estados de exceção⁴⁹, e bloco de constitucionalidade em sentido lato, no qual se encontram normas que, embora não tenham nível constitucional, operam como parâmetro do controle de constitucionalidade das leis, onde se incluem os demais tratados de direitos humanos, mas não os tratados sobre outras matérias ratificados pelo país⁵⁰. Tal como se nota, em ambos os casos os tratados de direitos humanos podem ser utilizados para o controle de constitucionalidade e de convencionalidade das leis.

No que se refere ao nosso tema, a sentença mais importante nesse segundo momento é a C-400/98, em que a Corte exerceu o controle de constitucionalidade da Lei nº 406/97, que aprovou a Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados (CVDT). Nessa sentença, foram estabelecidos os seguintes parâmetros.

47 C-225/95, §12, 4.

48 C-225/95, §12, 6.

49 C-191-98 e C-582/99.

50 C-358/97 e C-774-01.

A Constituição prevalece sobre os tratados internacionais, com duas exceções: os tratados que reconhecem direitos humanos e proíbem sua limitação nos estados de exceção, os quais integram o bloco de constitucionalidade; e os tratados de limites (art. 102), que são normas que representam elementos constitutivos do território nacional e, portanto, do próprio Estado Colombiano⁵¹. E, por fim, apesar da supremacia constitucional sobre os demais tratados, o princípio do *pacta sunt servanda*, também acolhido pela Constituição, no caso de tratados inconstitucionais, impõe às autoridades políticas o dever de modificar o compromisso internacional a fim de ajustá-lo à Constituição ou reformar a Constituição para adequá-la às obrigações internacionais⁵².

Assim, após ter admitido que mesmo os tratados de direitos humanos que não possuem hierarquia constitucional podem servir de parâmetro para o controle de constitucionalidade das leis, a Corte Constitucional oferece uma solução para os eventuais conflitos entre normas constitucional e tratados supralegais.

Além disso, a Corte Constitucional Colombiana também utiliza a previsão do art. 93.2 para realizar a interpretação conforme os tratados internacionais dos direitos e deveres estabelecidos na Constituição, o que também implicou em uma abertura para a jurisprudência internacional⁵³. Um exemplo pode ser colhido na sentença T-1319/01, que envolveu o direito à liberdade de expressão e o direito à honra (“buen nombre”), na qual foram estabelecidos os seguintes pontos.

Diante da ausência de critérios previstos expressamente na Constituição para harmonizar a liberdade de expressão com outros direitos fundamentais, os tratados internacionais contêm as bases que podem legitimar restrições a esse direito. A Corte concluiu que o artigo 93.2 constitucionaliza todos os tratados de direitos humanos ratificados e os referidos a direitos presentes na declaração constitucional, e, em virtude da regra hermenêutica, o intérprete deve escolher a regulação mais favorável à vigência dos direitos humanos⁵⁴.

51 C-191-98.

52 C-400/98, §§ 31-33.

53 Uprimny (2001, p. 26) afirma que a interpretação conforme vem ganhando uma influência crescente na jurisprudência da Corte Constitucional, frente ao art. 93.1, a partir do qual se originou o conceito de bloco de constitucionalidade.

54 T-1319/01, § 12, 3.

Sem embargo do dever de harmonização interpretativa, a Corte Constitucional acrescenta que tal regra hermenêutica não se restringe à inclusão de normas internacionais positivas de textura aberta, característica compartilhada com os direitos constitucionais, sendo necessária a fusão de ambas as normas e, principalmente, acolher a interpretação que as autoridades competentes fazem desses padrões internacionais e integrar essa interpretação ao exercício hermenêutico da Corte Constitucional. Por essa razão, a Corte colombiana considera que a jurisprudência das instâncias internacionais de direitos humanos constitui uma pauta relevante para interpretar o alcance desses tratados e, por conseguinte, dos direitos constitucionais⁵⁵.

Concluiu a Corte que o bloco de constitucionalidade relativo à liberdade de expressão deve ser composto de normas internacionais, em particular a CADH e o PIDCP, juntamente com as interpretações de tais textos formuladas, respectivamente, pela CIDH, Corte IDH e pelo Comitê de Direitos Humanos⁵⁶.

Na sentença C-09/2000, a Corte Constitucional inseriu a Convenção nº 169 da OIT no bloco de constitucionalidade colombiano, porquanto prevê Direitos Humanos de comunidades indígenas, cuja limitação está impedida mesmo em casos de Estados de exceção⁵⁷. Anos depois, na sentença C-030/2008, a Corte colombiana declarou a inconstitucionalidade de lei ambiental, por afetar o aproveitamento florestal das comunidades indígenas sem que houvessem sido adequadamente consultadas, de acordo com a Convenção nº 169⁵⁸.

5. Argentina: constitucionalidade dos tratados de direitos humanos

Criada para pôr fim ao ciclo de guerras civis decorrentes da declaração de independência, a Constituição da Nação Argentina foi promulgada em 1853 e reformada sete vezes. Sua mais recente e importante alteração ocorreu no ano de 1994, impulsionada pelo Pacto de Olivos de 1993. Formulado pelo então Presidente Carlos Menem e o líder da oposição Raúl Alfonsín, o pacto fundava-se no consenso político, formado após a ditadura

55 T-1319/01, § 12, 3.

56 T-1319/01, § 13, 3.

57 FAJARDO ARTURO, 2007, p. 20.

58 COURTIS, 2009, p. 66.

argentina, sobre a fragilidade da Constituição para evitar governos autocráticos, bem como sobre a necessidade de atenuar-se o presidencialismo, de estipular maiores garantias aos Direitos Humanos e de penalizar tentativas de golpes de Estado.

Na ocasião da reforma de 94, a parte denominada orgânica⁵⁹ da Constituição foi alterada para, dentre outras mudanças estruturais, atribuir hierarquia constitucional a 10 instrumentos internacionais⁶⁰ de proteção dos direitos humanos⁶¹ e permitir que outros pudessem ser constitucionalizados por intermédio do Congresso Nacional⁶². Além da inclusão de novos direitos na Constituição, o art. 75, 22 trouxe consigo incentivos para que a Suprema Corte de Justiça da Nação Argentina (SCJN) pudesse reforçar e consolidar a interpretação feita anteriormente à reforma de 1994 acerca da relação entre o direito interno e os tratados internacionais de direitos humanos.

De acordo com o texto original da constituição de 1853/60, os arts. 31 e 27, a exemplo da Constituição dos EUA, estipulavam que os tratados deveriam ser considerados leis supremas da nação, mas ressalvava sua aplicação nas hipóteses em que violassem princípios de direito público estabelecidos na Constituição. Os referidos artigos serviram de base para que a SCJN interpretasse as relações entre direito interno e internacional com base em uma conjunção entre regras de preferência e conteúdo⁶³.

59 De acordo com Carlos Colautti (1998, p. 33-34), a Constituição argentina se compõe de duas partes: 1) *dogmática*: refere-se aos princípios doutrinários da Constituição (*Declaraciones, Derechos y Garantías*, arts. 1-43) e 2) *orgânica*: dispõe sobre a estruturação orgânica do Estado (*Autoridades de la Nación*, arts. 44-129).

60 Preferimos a expressão “instrumentos internacionais” a “tratados internacionais”, porque a Constituição argentina conferiu hierarquia constitucional a duas Declarações (Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e a Declaração Universal dos Direitos Humanos) e protocolos facultativos. Dalla Via (2010, p. 568), analisando os debates constituintes, afirma que os constituintes divergiram quanto à forma da cláusula de atribuição de hierarquia constitucional dos tratados internacionais de direitos humanos. Alguns sugeriram, como Bidart Campos, que a Constituição previsse uma cláusula aberta, alcançando todos os tratados de Direitos Humanos de forma genérica, mesmo porque o país já havia ratificado inúmeros tratados sobre a temática. Contudo, optou-se pelo formato de lista para que houvesse mais controle quanto aos tratados, evitando discussões a respeito de prescrições normativas de conteúdo de direitos humanos em tratados que não tivessem, diretamente, tal objeto. (DALLA VIA, 2010, p. 568)

61 Cf. nota 32.

62 Serão considerados de hierarquia constitucional os tratados que passarem por maioria especial de 2/3 dos membros totais de cada uma das câmaras legislativas. Atualmente, são considerados constitucionais por atribuição constitucional os seguintes tratados: 1) Convenção Interamericana sobre o Desaparecimento Forçado de Pessoas (hierarquizada em 1997); 2) Convenção sobre os crimes de guerra e crimes contra a humanidade (hierarquizada em 2003); e 3) Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo (hierarquizada em 2014).

63 SAGUES, 2013, p. 342.

Com relação às primeiras, uma vez que os tratados eram internalizados mediante leis⁶⁴, eles foram equiparados às leis nacionais e os conflitos entre tratado e lei eram solucionados pelo critério da aplicação de lei mais recente e, quanto às segundas, os tratados deveriam respeitar princípios constitucionais.

A referida compreensão dualista da Constituição⁶⁵ foi exposta no caso *Martin y Cia* (1963)⁶⁶. A SCJN julgou improcedente a alegação de inconstitucionalidade do decreto impugnado, porquanto considerou que não havia base legal (fundamento normativo) para conceder prioridade aos tratados internacionais em relação às leis editadas pelo Congresso Nacional argentino. Por conseguinte, os conflitos entre normas de igual hierarquia deveriam solucionar-se pelo critério da aplicação da norma mais moderna⁶⁷. A Corte argentina sustentou a diferença entre os tratados como convênios entre nações soberanas e tratados enquanto normas internas, os primeiros seriam de assunto exclusivamente das relações internacionais da Nação, matéria alheia à jurisdição das cortes internas⁶⁸.

A doutrina *Martin* perdurou até 1992, quando a SCJN analisa as relações entre o direito interno e o direito internacional com o acréscimo de dois novos fatores: a ratificação da CVDT e a aplicação direta da CADH⁶⁹.

A superação do precedente da década de 60 ocorre no paradigmático caso *Ekmekdjian c/ Sofovich* (1992)⁷⁰, em que Miguel Ekmekdjian recorre à Suprema Corte em face da denegação de *Amparo* das instâncias inferiores para que obrigassem Gerardo Sofovich, apresentador televisivo, a ler carta do autor em resposta às supostas blasfêmias sobre Jesus Cristo e a Virgem Maria proferidas por Dalmiro Saenz no programa de Sofovich. O autor baseava sua queixa no Art. 33 da Constituição Argentina e no Art. 14 da CADH.

64 Cf. seção X acima.

65 BAZAN, 2010, p. 366 e TORRES LÉPORI, 1997, p. 289.

66 CSJN, 6 de noviembre de 1963, "Martín y Cía. Ltda.. S.A. c/Gobierno Nacional, Administración General de Puertos", *Fallos* : 275:99. Questionava-se, na hipótese, a validade do Decreto-Lei 6.575/58, que alterava o Tratado de Comércio e Navegação celebrado com o Brasil, em 1940, e aprovado pela lei 12.688. O tratado previa isenções de impostos, taxas e encargos, ignorados pelo decreto-lei.

67 *Idem*, considerando nº 06 e 08.

68 *Idem*, considerando nº 09.

69 SAGUES, 2013, p. 343.

70 CSJN, 07 de julio de 1992, "Ekmekdjian, Miguel Ángel c/Sofovich, Gerardo y otros", *Fallos*: 315:1492, LL, 1992-C.

A SCJN começa sua análise reconhecendo o caráter fundamental do direito de resposta. Ao mesmo tempo, a Corte problematiza se tal direito integraria o ordenamento jurídico argentino como um recurso jurídico imediato à disposição dos particulares⁷¹. A previsão do direito de resposta no ordenamento argentino, por sua vez, foi estabelecida pelo art. 14 da CADH (aprovada pela Lei 23.054) que, ao ser ratificada, tornou-se “lei suprema da Nação” (art. 31 – CA). Sobre essa base, a questão que o Tribunal passa a examinar diz respeito ao efeito direto (operatividade) dessa disposição ou se ela requeria complementação legislativa⁷². Para responder a essa pergunta, a SCJN desenvolve os fundamentos a seguir.

Para a Corte, a violação de um tratado internacional pode decorrer tanto do estabelecimento de normas internas que prescrevam uma conduta manifestamente contrária quanto da “omissão” em estabelecer disposições que tornem possível seu cumprimento⁷³. Ademais, a revogação de um tratado internacional por uma lei do Congresso viola a repartição constitucional de competências, uma vez que representaria uma invasão, pelo Poder Legislativo, das atribuições do Poder Executivo, que, de acordo com a Constituição, conduz de maneira exclusiva as relações exteriores da Nação⁷⁴.

Em seguida, a Corte afirma que a Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados (em vigor desde 27/01/1980) conferiria “primazia” ao direito internacional convencional sobre o direito interno (art. 27), que se integra ao ordenamento jurídico argentino. A Convenção de Viena insere, conseqüentemente, o elemento ausente na doutrina *Martin* – base legal para garantir a primazia do direito internacional. Portanto, a CSJN revogou expressamente aquele precedente⁷⁵ e asseverou que a CVDT impõe aos órgãos do Estado argentino assegurar primazia ao tratado ante um eventual conflito com qualquer norma interna contrária ou com a omissão de editar disposições que, por seus efeitos, sejam equivalentes ao descumprimento do tratado internacional⁷⁶.

A interpretação do parágrafo anterior, segundo a Corte, estaria de acordo com as exigências de “cooperação, harmonização e integração interna-

71 Considerando nº 07.

72 Considerando nº 15.

73 Considerando nº 16.

74 Considerando nº 17.

75 2º parágrafo do Considerando nº 18.

76 Considerando nº 19.

cionais” que a República Argentina obrigara-se, além de prevenir a eventual responsabilização do Estado, que deveria ser evitada também pela CSJN no exercício de sua jurisdição⁷⁷. Assim, uma disposição convencional “é operativa quando está dirigida a uma situação da realidade na qual pode operar imediatamente, sem necessidade de instituições que o Congresso deva estabelecer”. Dessa forma, o art. 14.1 da CADH possui uma redação clara em relação ao direito de retificação e resposta, ainda que remeta à lei as particularidades de sua regulamentação⁷⁸.

Além do mais, argumentou a Corte, a interpretação do texto da CADH também deve guiar-se pela jurisprudência da Corte IDH, a qual já havia declarado que o art. 14.1 reconhece um direito internacionalmente exigível, cabendo aos Estados apenas regulamentar as condições do exercício do direito de resposta (espaço a ele destinado, prazos, termos aceitáveis), das quais não depende sua exigibilidade (OC n° 7/86)⁷⁹. Baseando-se nesse entendimento, a CSJN considera que tais medidas incluem as decisões judiciais, o que autoriza o judiciário a determinar as características com que esse direito, já conferido pelo tratado, será exercido no caso concreto⁸⁰.

A decisão da SCJN de 1992 antecipa, em poucos anos, o redimensionamento constitucional do direito internacional dos direitos humanos na reforma constitucional de 1994. Como afirmado anteriormente, o art. 75, 22 da parte orgânica da Constituição argentina elevou instrumentos internacionais à categoria constitucional. No entanto, aquela disposição normativa impunha certas condições para a aplicação da hierarquia constitucional dos tratados: 1) nas condições de sua vigência; 2) não derogam nenhum artigo da primeira parte (dogmática) da constituição; e 3) são complementares das declarações de direitos.

Tais condicionantes causaram impasses na doutrina argentina. Pairavam dúvidas acerca da natureza da previsão constitucional: seria uma incorporação dos tratados ao texto constitucional ou apenas a atribuição da qualidade de hierarquia constitucional (inclusão no bloco de constitucionalidade)⁸¹? As condições de vigência seriam aquelas referentes às deter-

77 2º parágrafo do Considerando nº 19.

78 Considerando nº 20.

79 Considerando nº 21.

80 3º parágrafo do Considerando nº 22.

81 DALLA VÍA, 2010, p. 569.

minadas pelo direito interno (reservas e denúncia) ou às estipuladas pelos órgãos de monitoramento dos tratados⁸²? E, por fim, a complementariedade e inderrogabilidade da parte dogmática significariam que as normas internacionais estariam submetidas às normas constitucionais originárias (que poderiam derogá-las) ou uma doutrina interpretativa harmonizadora deveria ser criada para compatibilizá-las⁸³?

A SCJN respondeu algumas dessas perguntas refinando o que Sagues⁸⁴ denominou de “doutrina do seguimento” desenvolvida em *Ekmekdjian*. No julgado *Giroldi* (1995)⁸⁵, a Corte considerou que as “condições da sua validade” estipuladas na Constituição (art. 75,22), dizem respeito à forma como a CADH aplica-se na arena internacional e levando em conta sua interpretação jurisprudencial feita pela Corte IDH. Assim, a jurisprudência internacional deve servir como um guia para a interpretação dos preceitos constitucionais⁸⁶.

Um ano depois de *Giroldi*, a SCJN, no caso *Chocobar* (1996)⁸⁷ interpretou a cláusula da complementariedade constitucional no sentido de necessária harmonização entre direitos humanos e fundamentais, e afastou a ideia de que a aplicação dos direitos presentes na primeira parte da Constituição pudesse derogar ou entrar em colisão com os previstos nos tratados dotados de hierarquia constitucionais⁸⁸. Por fim, a inderrogabilidade deve ser interpretada como um juízo de compatibilidade e harmonização já exercido pelos constituintes, cabendo ao judiciário respeitá-lo e não alterá-lo⁸⁹.

Após acolher a “doutrina do seguimento”, pós-reforma de 1994, em *Giroldi* e ter interpretado o art. 75, 22 no sentido de exigir que os direitos

82 DIEGO DOLABJIAN, 2013, pp. 97-99.

83 Torres Lépori (1997, p. 292) interpreta o art. 75,22 em conjunto com o art. 27 (tratados devem seguir os princípios do direito público constitucional argentino) para concluir que os tratados internacionais de direitos humanos estão situados acima das leis, mas abaixo da Constituição.

84 Para Néstor Sagues (2013, pp. 346-347), após *Ekmekdjian c/ Sofovich* os juizes argentinos devem seguir as diretrizes fixadas pela Corte IDH, ainda que não de forma automática. Nesse sentido, os juizes não podem ignorar a jurisprudência da CtIDH, devem projetá-la e para afastá-la, terão que expor fortes argumentos justificadores para o não seguimento.

85 SCJN, “Giroldi, Horacio D. y otro s/ Recurso de casación” 40 (7 de abril de 1995). Fallos, 318:514

86 Considerando nº 11. Em sentido contrário, Malarino (2011, p. 450) considera que “as condições da vigência” se referem àquelas ao tempo da constitucionalização do tratado pela Constituição Argentina.

87 SCJN, ‘Chocobar, Sixto c/Caja Nacional de Previsión para el Personal del Estado y Servicios Públicos’. Sentencia del 27 de diciembre de 1996.

88 Considererando nº 11.

89 Considererando nº 12 e 13.

constitucionais sejam interpretados de forma harmoniosa com os direitos humanos previstos nos tratados internacionais dotados de hierarquia constitucional em *Chocobar*, a SCJN dá um passo em direção ao acolhimento do controle de convencionalidade no direito argentino em *Simón*⁹⁰.

Em *Simón* (2005), a SCJN declarou a inconstitucionalidade das leis 23.492 e 23.521, conhecidas, respectivamente, como leis de "Ponto Final" (1986) e "Obediência Devida" (1987). Ambos os atos normativos, durante sua vigência, impediram o julgamento e punição dos responsáveis pela prática de crimes hediondos na última ditadura militar ocorrida na Argentina (1976-1983).

A Corte argentina observa, como ponto de partida, que houve mudanças no direito argentino desde que essas leis foram promulgadas e declaradas constitucionais anteriormente⁹¹. Assim, o nível constitucional conferido em 1994 aos tratados internacionais de direitos humanos significou que o Estado assumiu uma série de obrigações perante o direito internacional e, especialmente, à ordem jurídica interamericana, que, entre outros, limitam a possibilidade de omitir a persecução de crimes contra a humanidade⁹².

Argumentou a Corte que, embora importantes mecanismos constitucionais de pacificação social (art. 75, 20 da CN), o poder conferido ao legislativo de promulgar anistias encontrava-se limitado em relação às graves violações de direitos humanos, tal como estipulado pela CADH⁹³, e, especialmente, por seus órgãos de monitoramento, que desenvolvem jurisprudências que constituem imprescindíveis pautas interpretativas⁹⁴. A Corte argentina ressaltou que a Comissão Interamericana de Direitos Humanos considerou que as leis argentinas violavam os arts. 1º, 8º e 25 da CADH, recomendando que o Estado Argentino adotasse medidas necessárias para esclarecer os fatos e individualizar os responsáveis pelas violações de direitos humanos ocorridas durante a ditadura militar⁹⁵. No entanto, restavam dúvidas acerca de quais medidas necessárias deveriam ser tomadas para cumprir a CADH⁹⁶.

90 SCJN. *Simón*, Julio Héctor y otros/ privación ilegítima de la libertad, etc. Fallos 326:2056.

91 SCJN. *Ramón Juan Alberto Camps y otros*. Fallos 310:1162, 1987.

92 Considerandos nº 14 e 15.

93 Considerando nº 16.

94 Considerando nº 17.

95 Considerandos nº 19 e 20 e Informe 18/92 da Comissão Interamericana de Direitos Humanos.

96 Considerando nº 22.

O esclarecimento dessas dúvidas ocorreu com o julgamento da Corte IDH, no caso “Barrios Altos”, ocasião em que ficou decidida a inadmissibilidade das disposições das leis de anistia que excluía a responsabilidade e impediam a investigação de violações de direitos humanos⁹⁷, portanto, tais leis careceriam de validade jurídica. A SCJN concluiu que a “traslación” dessas conclusões para o caso argentino era “imperativa”, pois, apesar de leis editadas em um contexto e por justificações diversas daquelas encontradas no caso peruano, materialmente, compartilhavam do mesmo vício material, que seria o de garantir a impunidade de graves violações de direitos humanos.

Por fim, no caso *Mazzeo* (2007)⁹⁸, a SCJN acolheu a obrigação de cumprimento do controle de convencionalidade das leis argentinas, tal como determinada pela Corte IDH⁹⁹. O caso em análise foi trazido à Suprema Corte para que confirmasse a declaração de inconstitucionalidade do Decreto de indulto 1002/89, conferido pelo Poder Executivo Nacional (PEN) em favor de Santiago Omar Riveros e outros, por atos considerados como crimes de lesa humanidade.

Após ressaltar a natureza tipicamente internacional da definição dos crimes categorizados como de lesa humanidade¹⁰⁰, a Corte ocupou-se de demonstrar que tais definições deveriam ser acolhidas no plano interno em função da mudança de paradigmas do direito internacional, que não seria apenas marcado pela relação entre Estados soberanos, mas assumia, após 1945, uma feição humanitária com os direitos humanos¹⁰¹. Os instrumentos internacionais, por sua vez, preveem direitos inerentes à dignidade que preexistem ao ordenamento estatal (parâmetros universalmente válidos), e

97 Considerando nº 23.

98 "Mazzeo, Julio Lilo y otros s/ rec. De casación e inconstitucionalidad. Fallos 330:3248 (2007)

99 A conclusão da SCJN no caso *Mazzeo* não é unanimidade entre os autores argentinos. Malarino (2011, pp. 440-442), por exemplo, considera que a doutrina do controle de convencionalidade, tal como desenvolvida pela Corte IDH, está fundada em premissas ilógicas: afirmar o monopólio da palavra final no âmbito internacional não é uma premissa capaz de tornar a jurisprudência da corte interamericana vinculante no direito interno dos países que ratificaram a CADH. Ademais, ainda com Malarino, o que faz parte do direito argentino é a CADH, e não a jurisprudência da Corte IDH. O autor argumenta, por conseguinte, que a frase "servir de guia" não é capaz de demonstrar uma diretriz mais clara sobre a força vinculante da jurisprudência interamericana, pois ela pode ensejar tanto uma obrigação de seguir (sentido rejeitado pelo autor), quanto uma obrigação de consideração (interpretação sufraga pelo autor, que defende a possibilidade de rejeição e distinção dos precedentes da Corte IDH).

100 Considerandos nº 09 e 10.

101 Considerando nº 11.

não podem ser violados pelo Estado¹⁰². Ainda que tenham sido previstas na Constituição e atribuída sua devida importância, algumas disposições do direito internacional independem do consentimento expresso das nações, o chamado *jus cogens*. Tais normas impõem a vedação do cometimento de crimes de lesa humanidade, inclusive em épocas de guerras¹⁰³ e existiam na época do cometimento dos crimes analisados¹⁰⁴. Ademais, por sua força, demandariam que tais crimes sejam investigados.

Tais princípios foram reforçados pela CADH e pelo PIDCP e incorporados ao direito argentino, em contínua interação, ao ordenamento constitucional pós-reforma de 1994¹⁰⁵. A atribuição de hierarquia constitucional dos tratados de direitos humanos significou o reconhecimento da importância das obrigações internacionais relativas à proteção humana e, jurisprudencialmente, o caso *Ekmekdjian* impôs que as decisões da Corte IDH servissem de pauta interpretativa para que tais obrigações fossem concretizadas no âmbito judicial¹⁰⁶. Por fim, a Corte lembrou o caso *Almonacid Arellano* (2006) para sugerir que “a doutrina do seguimento” se qualifica como uma obrigação internacional por conta do controle de convencionalidade¹⁰⁷.

6. Brasil: supralegalidade dos tratados de direitos humanos¹⁰⁸

Fruto do longo processo de transição democrática, a Constituição de 1988 ampliou de maneira significativa os direitos da pessoa humana e devolveu a independência ao Poder Judiciário, não apenas por meio de suas tradicionais garantias (art. 95 da CF/88), mas também assegurando-lhe autonomia financeira (art. 99 da CF/88) e ampliando as competências do Supremo Tribunal Federal (art. 102, I, *a, b, q* e § 1º).

102 Considerandos nº 12 e 13.

103 Considerando nº 15

104 Considerando nº 16.

105 Considerando nº 17-19.

106 Considerando nº 20.

107 Considerando nº 21.

108 Os acórdãos do STF selecionados para análise são os mais representativos sobre o tema em sua jurisprudência, pois, apesar de o tribunal citar várias normas internacionais em julgados sobre direitos humanos, apenas nos casos coletados o tribunal teve a oportunidade de enfrentar, abertamente, tópicos relevantes para a pesquisa, tais como: a incorporação dos tratados de direitos humanos, seu nível hierárquico e, principalmente, sua relação com normas constitucionais conflitantes. Ademais, tendo em vista o limite de páginas do artigo, preferimos analisar um número maior de acórdãos das cortes de Colômbia e Argentina, uma vez que a jurisprudência do STF é conhecida pelos leitores.

Embora contenha um artigo sobre os princípios das relações internacionais do país (art. 4º da CF/88), a Constituição, tal como as anteriores, não dispôs, detalhadamente, sobre a incorporação dos tratados internacionais ao ordenamento interno¹⁰⁹. Sem embargo, dois artigos constitucionais orientaram o debate acerca da posição hierárquica dos tratados sobre direitos humanos no STF a partir de 1988: o art. 102, III, *b*, que manteve a tradicional referência ao controle de constitucionalidade dos tratados internacionais via Recurso Extraordinário e o art. 5º, § 2º, que inovou ao qualificar como fundamentais os direitos previstos nos tratados internacionais.

Nesse sentido, podemos identificar, pelo menos, quatro teses sobre o tema da hierarquia dos tratados de direitos humanos em nosso país, quais sejam: 1) supraconstitucionais; 2) constitucionais; 3) supralegais ou 4) lei ordinária.

A supraconstitucionalidade dos tratados de direitos humanos foi tese adotada por Celso de Albuquerque Mello¹¹⁰, que defendeu a supremacia das normas internacionais sobre as nacionais, que preponderam mesmo em face do texto constitucional, portanto, nem mesmo emenda constitucional poderia suprimir a norma internacional subscrita pelo Estado. Isto porque, para o referido autor, o Estado não existe fora do contexto internacional, o que faz com que a Constituição dependa da sociedade internacional, da qual recolhe a noção de soberania.

A constitucionalidade dos tratados foi sugerida, inicialmente, por Antônio Augusto Cançado Trindade na Assembleia Constituinte¹¹¹ e academicamente logo após a promulgação da Constituição¹¹², e foi endossada, posteriormente, por Flávia Piovesan¹¹³. O principal argumento da tese é a prescrição normativa do art. 5º, § 2º da Constituição, que disciplinaria a incorporação dos tratados de direitos humanos como direitos fundamentais, portanto com hierarquia constitucional.

109 Pedro Dallari (2003) considera a Constituição brasileira omissa no que tange a incorporação de tratados internacionais e sugere alterações constitucionais para explicitar a auto-aplicabilidade dos tratados internacionais e sua superioridade em face da legislação ordinária.

110 MELLO, 1999.

111 CANÇADO TRINDADE, 2000.

112 CANÇADO TRINDADE, 1991.

113 Flávia Piovesan (1997). Muitos autores seguiram o defendido por Piovesan, exemplificativamente, cf. GUERRA (2008). No âmbito do STF, o min. Carlos Velloso foi o primeiro a aventar a possível constitucionalidade dos direitos humanos oriundos dos tratados internacionais no HC 72.131.

A tese da legalidade dos tratados foi proposta pelo STF no julgamento do RE 80.004/SE na década de 70, portanto, anteriormente à Constituição de 1988 e da inclusão do art. 5º, § 2º. Segundo a referida concepção, os conflitos entre tratados e lei se resolveriam pelo critério da revogação do ato anterior pela lei mais moderna (uma lei interna posterior ao tratado teria poder para revogá-lo). Mesmo depois de 1988, o STF manteve seu posicionamento no HC 72.131/RJ (1995). A principal justificativa suscitada à época foi a de que os tratados não poderiam restringir a eficácia da norma constitucional.

A suprallegalidade dos tratados internacionais de direitos humanos foi, inicialmente, aventada em *obter dictum* no voto do Min. Sepúlveda Pertence no RHC 79.785/RJ (2000). Segundo o ministro, a Constituição sempre prevaleceria sobre o direito internacional, uma vez que o juiz nacional está a ela subordinado, portanto, a solução para conflitos deve ser buscada na própria Constituição. No entanto, os direitos fundamentais serviriam de medida limitadora da atividade estatal, portanto, equiparar os tratados de direitos humanos à lei ordinária, seria restringir e esvaziar de eficácia a própria noção insita de sua existência, qual seja, conter abusos estatais, inclusive, legislativos.

Nas duas décadas após a promulgação da Constituição, o STF manteve-se firme na interpretação do nível legal de todos os tratados internacionais, inclusive os de direitos humanos. Além disso, também manteve a necessidade do decreto presidencial para a vigência do tratado na ordem interna¹¹⁴.

A tese da suprallegalidade foi reforçada em 2008, em julgado sobre a prisão do depositário infiel nos contratos de alienação fiduciária, com base no Decreto-Lei 911/69 (RE 464.343/SP). De acordo com o Ministro Relator, Gilmar Mendes, as normas supraleais detêm o poder de paralisar a eficácia jurídica de toda e qualquer disciplina infraconstitucional conflitante. Por consequência, o art. 7.7 da CADH, que limita a prisão civil à hipótese de dívidas alimentares, diretamente, limitou a eficácia do Decreto-Lei e do art. 652 do Código Civil de 2002.

Sob o impacto das mudanças trazidas pela EC nº 45, a defesa da tese da suprallegalidade dos tratados de direitos humanos¹¹⁵ pode ser sintetizada

114 Cf. ADI 1480.

115 Assim, o Min. Gilmar Mendes afirma, em seu voto no RE nº 466.343, que a inclusão do § 3º do art. 5º “acabou por ressaltar o caráter especial dos tratados de direitos humanos em relação aos demais tratados de reciprocidade entre os Estados pactuantes, conferindo-lhes lugar privilegiado no ordenamento jurídico” (BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2008b, p. 1.144), o que indicava a insuficiência da tese da

com base nos seguintes argumentos: a) a supremacia formal e material da Constituição sobre todo o ordenamento jurídico, consubstanciado na possibilidade de controle de constitucionalidade inclusive dos diplomas internacionais; b) o risco de uma ampliação inadequada da expressão “direitos humanos”, que permitiria uma produção normativa alheia ao controle de sua compatibilidade com a ordem constitucional interna; e c) o entendimento de que a inclusão do § 3º do art. 5º implicou reconhecer que os tratados ratificados pelo Brasil antes da EC nº 45 não podem ser comparados às normas constitucionais, gozando de lugar privilegiado no ordenamento jurídico¹¹⁶. O próprio caso do depositário infiel demonstra que, incorporado o tratado ao direito interno, o STF reconhece seu efeito direto, tal como se pode verificar também em outros exemplos de sua jurisprudência¹¹⁷.

Não obstante o importante passo no reconhecimento da supralegalidade dos tratados internacionais de direitos humanos e da força paralisante que exercem sobre a legislação infraconstitucional (consequência do efeito direto), o STF não desenvolveu princípios interpretativos harmonizadores (interpretação conforme) das normas constitucionais com os padrões jurisprudenciais internacionais, tal como veremos nos exemplos abaixo.

No caso da ADPF 153 (2010), a questão residia em saber se os agentes públicos que cometeram violações de direitos humanos na época da ditadura militar estariam anistiados pela lei 6.683/79 (Lei de Anistia). O caso foi originado por ADPF ajuizada pelo Conselho Federal da OAB, em que se pretendia a não recepção da Lei 6.683/79 ou que fosse conferida ao § 1º, do art. 1º interpretação conforme a Constituição para excluir da anistia os crimes comuns praticados pelos agentes da repressão contra opositores políticos, durante o regime militar (1964/1985).

legalidade ordinária desses tratados e a defasagem da jurisprudência do STF. Em sentido concorrente, o Min. Celso de Mello destacava que a EC nº 45 “introduziu um dado juridicamente relevante, apto a viabilizar a reelaboração, por esta Suprema Corte, de sua visão em torno da posição jurídica que os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos assumem no plano do ordenamento positivo doméstico do Brasil.” (BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2008b, p. 1.262).

116 MAUÉS, 2013, pp. 218-219.

117 No RE 440.028/SP (DJe 29/10/13), a 1ª Turma do STF considerou que decisão judicial obrigando o poder público a construir rampa ou elevador para acesso de pessoas portadoras de necessidades especiais na ausência de lei específica, não se caracterizaria como intervenção indevida do judiciário em políticas públicas, porquanto seria determinação de norma internacional de status constitucional, a Convenção Internacional Sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (único tratado internacional que atendeu aos requisitos de incorporação do art. 5º, § 3º). De acordo com o ministro relator, Marco Aurélio, a referida norma constitucional teria eficácia imediata, portanto, aplicável independentemente de leis.

Para o relator, Ministro Eros Grau, a anistia não se caracterizaria como uma lei-norma, mas uma lei-medida, que esgota seus efeitos no momento específico de sua edição e, por essa razão, a interpretação a ser feita da lei deve levar em consideração o contexto fático e político de sua criação. Para o relator, a lei serviria como a expressão de um acordo político formalizado para que o país transitasse da ditadura para a democracia de maneira mais expedita e segura. Acordo que teria sido reafirmado no momento constituinte de 87/88. Dessa forma, o conceito de conexão presente na lei não seria o, tradicionalmente, desenvolvido pela literatura criminal, mas um conceito específico do momento histórico vivido pelo país.

Os argumentos baseados em instrumentos internacionais, sustentou o relator, não seriam suficientes para afastar a lei de anistia brasileira, porque a República teria ratificado tratados da ONU que vedam a tortura posteriormente à lei objeto da ADPF, e que o instrumento internacional não poderia exercer efeitos retroativos¹¹⁸. Ainda que tenha feito de forma indireta (pela citação de trecho de trabalho acadêmico), o relator afastou os precedentes da Corte IDH (sem ao menos discutir os fundamentos das decisões interamericanas) com base no limite temporal estabelecido pelo Estado brasileiro quando do reconhecimento da competência contenciosa da corte de direitos humanos (ou seja, apenas para fatos ocorridos após 10 de dezembro de 1998).

No julgamento da ADI 5240, o STF decidiu que o art. 7º, 5 da CADH, em função do seu caráter supralegal, emana eficácia geral e *erga omnes*, operando a garantia de direitos que podem ser cumpridos mediante normas infraconstitucionais, como provimentos de tribunais que regulamentam a audiência de custódia criada pela convenção. Não obstante a Corte IDH ter jurisprudência que poderia corroborar a interpretação do STF¹¹⁹, nenhuma menção foi feita às decisões interamericanas.

Dessa forma, a jurisprudência do STF – e nisso ela se diferencia dos demais tribunais analisados – não desenvolve argumentos sobre os problemas derivados do descumprimento de uma obrigação internacional em razão de seu possível conflito com a Constituição. Ao contrário, embora

118 Vasconcelos (2012) considera que esses argumentos do STF podem representar uma interpretação mais favorável aos direitos e liberdade fundamentais, atendendo ao princípio *pro homine*.

119 Caso García Asto y Ramírez Rojas Vs. Perú. 2005. Serie C No. 137, § 109 (O controle judicial imediato é uma medida destinada a evitar a detenção arbitrária ou ilegal, como garantia da presunção de inocência) e Caso López Álvarez Vs. Honduras. 2006. Serie C No. 141, § 88 (a revisão judicial imediata da detenção é particularmente relevante quando se aplica em situações de flagrância).

tenha interpretado à luz da CADH o dispositivo constitucional sobre a prisão civil do depositário infiel, nessa mesma decisão o STF reafirmou a supremacia formal e material da Constituição sobre todo o ordenamento jurídico, sugerindo que a solução para o caso se baseou em um aspecto hierárquico (tratados supraleais paralisam a legislação infraconstitucional), e não em uma harmonização entre as normas constitucionais e internacionais. Portanto, nas hipóteses em que o STF identifique um conflito inconciliável entre um tratado internacional e a constituição, a última prevalecerá, pois ausentes os argumentos de garantia do cumprimento de obrigações internacionais.

No caso da lei de anistia, por exemplo, o risco de condenações internacionais do país por violações de direitos humanos foi desconsiderado, ou ao menos subestimado, quando os ministros consideraram irreformável a decisão política de editar a lei de anistia brasileira. A configuração do acordo político da anistia como uma norma de natureza constituinte inviabilizou a utilização de padrões internacionais supraleais para a fiscalização da lei brasileira, demonstrando que o principal argumento fora a proteção da supremacia constitucional, ainda que ao custo de obrigação internacional assumida pelo país.

7. Conclusões

Os estudos comparados utilizados como referência neste trabalho indicam que as diferentes formas utilizadas para a incorporação dos tratados de direitos humanos previstas constitucionalmente não influenciam, necessariamente, sua aplicação no direito interno. Aos procedimentos constitucionais de incorporação devem ser somados outros fatores, tais como: a independência do poder judiciário (capacidade de fiscalização dos demais poderes com base em padrões normativos internacionais), atribuição de efeito direto aos tratados internacionais (aplicação dos direitos situados em tratados independente de atuação legislativa posterior) e utilização da interpretação conforme (emprego de critérios hermenêuticos capazes de compatibilizar o conteúdo das normas constitucionais com as internacionais).

Podemos constatar a presença desses três elementos nos casos da Colômbia e da Argentina, a partir de mudanças jurisprudenciais sobre os tratados de direitos humanos que decorreram de mudanças constitucionais ou da ratificação de determinados tratados internacionais. No caso

colombiano, a criação do bloco de constitucionalidade deveu-se à previsão normativa trazida pela Constituição de 1991 (art. 93). Não obstante o caso *Ekmekdjian* tenha sido julgado antes da reforma constitucional argentina de 1994, a incorporação da CVDT forneceu incentivos para alterações nas relações entre o direito interno e internacional. Por outro lado, a edição da EC nº 45/04 foi o incentivo normativo para que o STF alterasse jurisprudência acerca do status dos tratados internacionais de direitos humanos no Brasil.

A posição hierárquica dos tratados em face da Constituição não é o único fator determinante para seu impacto no ordenamento jurídico interno. Em nenhum dos países analisados os tratados possuem superioridade hierárquica sobre a Constituição e, mesmo naqueles que atribuem primazia ou prevalência aos tratados de direitos humanos (Colômbia e Argentina), há debates acerca de sua exata posição hierárquica. No caso brasileiro, uma decisão controversa como a da supralegalidade possibilita que normas infraconstitucionais sejam objetos de fiscalização por parte do judiciário. Ou seja, a consequência das diferentes posições hierárquicas dos tratados é semelhante.

Tal como vimos, as Cortes de Colômbia e Argentina baseiam-se em normas constitucionais para reconhecer hierarquia constitucional aos tratados sobre direitos humanos, normas essas que não aparecem da mesma forma expressa na Constituição de 1988. No entanto, esse nível hierárquico não elimina a possibilidade de haver conflitos entre os tratados de direitos humanos e a Constituição. Nessas situações, a Corte Constitucional Colombiana reafirma a supremacia constitucional, porém, busca resolver eventuais conflitos por meio da interpretação conforme ou mesmo indicando a necessidade de reforma constitucional. Por sua vez, a Corte Suprema Argentina, mesmo antes da reforma constitucional de 1994, já havia reconhecido o efeito direto da CVDT, sem necessitar envolver-se com o debate sobre seu nível hierárquico no ordenamento interno e recusando utilizar a supremacia constitucional como justificativa para o descumprimento de obrigações internacionais.

Portanto, o reconhecimento da primazia ou prevalência dos tratados internacionais é um elemento mais importante para sua recepção do que o nível hierárquico a eles conferido pelo ordenamento jurídico interno. Esse princípio, além de reforçar o efeito direto dos tratados internacionais, contribui para o uso da interpretação conforme, pois, tal como vimos, possibilita buscar soluções harmonizadoras entre o direito interno e o direito internacional sem recorrer a argumentos de cunho hierárquico.

A ausência do critério da interpretação conforme no STF também pode explicar porque a suprema corte não recorre à jurisprudência da Corte IDH de maneira sistemática, mesmo em casos de convergência jurisprudencial. Conforme o coletado da experiência comparada, a utilização da jurisprudência interamericana na Colômbia e Argentina justificou-se pela via da interpretação conforme, de acordo com os seguintes argumentos: a) o referido critério hermenêutico reflete a preocupação judicial de atribuir efeito útil ao tratado, garantindo o cumprimento das obrigações internacionais; e b) pelo fato de que o cumprimento daquelas obrigações não se esgota na mera incorporação de normas internacionais de conteúdo abstrato, sendo necessário o recurso à interpretação realizada pelos órgãos encarregados de monitorar o tratado internacional para a realização da hermenêutica compatibilizadora. Dessa forma, podemos concluir que, enquanto o STF não lançar mão do princípio da interpretação conforme, a utilização da jurisprudência da Corte IDH continuará a ser esparsa e estratégica, limitando a recepção da CADH em nosso ordenamento¹²⁰.

Referências

- ALSTINE, Michael P. Van. The role of domestic courts in treaty enforcement. In: SLOSS, David (Org.). *The role of domestic courts in treaty enforcement: a comparative study*. Cambridge: Cambridge University, 2009. pp. 555-613.
- ARANGO OLAYA, Mónica. El bloque de constitucionalidad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana. *Precedente*. Vol. 04, nº 01, pp. 79-102, 2004.
- ARTEAGA, Alejandro Ramelli. Control de constitucionalidad de los tratados internacionales en Colombia. *Revista Derecho del Estado*, n. 20, pp. 19-31, 2007.
- BAZÁN, Víctor. El derecho internacional de los derechos humanos desde la óptica de la Corte Suprema de Justicia de Argentina. *Estudios Constitucionales*, Año 8, Nº 2, pp. 359-388, 2010.

120 A ratificação da CVDT pelo Brasil em 2009 pode, no entanto, oferecer uma nova fundamentação para o cumprimento das obrigações internacionais assumidas pelo país. Além de impedir a invocação de normas internas como escusa para o inadimplemento de tratados (art. 27), a Convenção de Viena prevê regras específicas para a interpretação dos tratados internacionais (arts. 31-33), que podem favorecer a construção da interpretação conforme, porquanto os tratados internacionais devem ser interpretados à luz de seus objetivos e finalidades.

- BURGORGUE-LARSEN, Laurence; ÚBEDA DE TORRES, Amaya. *The Inter-American Court of Human Rights: case law and commentary*. New York: Oxford University Press, 2011.
- BREGAGLIO, Renata. Problemas prácticos del control de convencionalidad en los procesos de argumentación jurídica de los tribunales nacionales. *Hendu - Revista Latinoamericana de Derechos Humanos*. Vol 5, Nº 2, pp. 15-32, 2014.
- CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. *A proteção internacional dos direitos humanos e o Brasil*. 2ª ed. Brasília: Editora UNB, 2000.
- _____. *A proteção internacional dos direitos humanos: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos*. São Paulo: Saraiva, 1991.
- CAROZZA, Paolo G. Subsidiarity as a structural principle of international human rights law. *American Journal of International Law*, v. 97, nº 01, pp. 38-79, 2003.
- CASTILLA, Karlos. El control de convencionalidad: un nuevo debate en México a partir de la sentencia del caso Radilla Pacheco. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*. Mexico. Vol. XI, pp. 593-624, 2011.
- COLAUTTI, Carlos E. *Derecho constitucional*. 2ª ed. Buenos Aires: Editorial Universidad de Buenos Aires, 1998.
- CONTESSÉ, Jorge. *The last word? Control of conventionality and the possibility of conversations with the Inter-American Court of Human Rights*. 2012. Disponível em: <http://www.law.yale.edu/documents/pdf/sela/SELA13_Conteste_CV_Eng_20130514.pdf>, pp. 1-28. Acesso em 12 de Agosto de 2014.
- CONSTENLA, Carlos. Aplicación del derecho internacional de los derechos humanos por los tribunales de la República Argentina. *Revista Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, nº 38, 2003.
- COURTIS, Christian. Anotações sobre a aplicação da Convenção 169 da OIT sobre povos indígenas por tribunais da América Latina. *Sur. Revista Internacional de Direitos Humanos*, vol. 6, n.10, pp. 52-81, 2009.
- DALLA VÍA, Alberto Ricardo. La protección de los derechos humanos en Argentina. In: Bogdandy, Armin Von; PIOVESAN, Flavia e ANTONIAZZI, Mariela Morales (coord.), *Derechos humanos, democracia e integración jurídica na América do Sul*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2010, pp. 565-580.
- DALLARI, Pedro B. A. *Constituição e tratados internacionais*. São Paulo: Saraiva, 2003.

- DOLABJIAN, Diego. Constitución y derechos humanos. 75:22: modelo para armar. *Contextos*. vol. 05, nº 01, pp. 89-123, 2013.
- DULITZKY, Ariel E. An Inter-American Constitutional Court? The invention of the conventionality control by the Inter-American Court of Human Rights. *Texas International Law Journal*, Vol. 50, nº 01, pp. 45-93, 2015.
- FAJARDO ARTURO, Luis Andrés, Contenido y alcance jurisprudencial del bloque de constitucionalidad en Colombia. *Civilizar*. Ciencias Sociales y Humanas, vol. 7, nº 13, pp. 15-34, 2007.
- GUERRA, Sidney. *Direito humanos na ordem jurídica internacional e reflexos na ordem constitucional brasileira*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- HARRIS, D.J.; O'BOYLE, M.; WARBRICK, C. *Law of the European Convention on Human Rights*. 2ª. Oxford: Oxford University Press, 2009.
- HENAO HIDRÓN, Javier. *Panorama del derecho constitucional colombiano*. 14. ed. Bogotá: Temis, 2013.
- KELLER, Helen; SWEET, Alec Stone. Assessing the impact of the ECHR on national legal systems. In: _____ (eds.). *A Europe of rights: the impact of the ECHR on national legal systems*. Oxford: Oxford University Press, 2008, pp. 677-712.
- LEMAITRE RIPOLL, Julieta. El origen de la Constitución de 1991: la reforma institucional como respuesta a “la presente crisis”. In: ALVIAR GARCÍA, Helena; LEMAITRE RIPOLL, Julieta; PERAFÁN LIÉVANO, Betsy (Orgs.). *Constitución y democracia en movimiento*. Bogotá: Unian-des, 2016.
- MAGALHÃES, Breno Baía. O sincretismo teórico na apropriação das teorias monista e dualista e sua questionável utilidade como critério para a classificação do modelo brasileiro de incorporação de normas internacionais. *Revista de Direito Internacional*, v. 12, nº 2, pp. 77-96, 2015.
- MALARINO, Ezequiel. Acerca de la pretendida obligatoriedad de La jurisprudencia de los órganos interamericanos de protección de derechos humanos para los tribunales judiciales nacionales. In: AMBOS, Kai, MALARINO; Ezequiel e ELSNER; Gisela, (Org.). *Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional*. Tomo II, Konard Adenauer, Berlin, 2011, pp. 425-445.
- MAUÉS, Antonio Moreira. Supralegalidade dos tratados internacionais de direitos humanos e interpretação constitucional. *Sur: Revista Internacional de Direitos Humanos*, vol. 10, nº 18, jun, pp. 215-235, 2013.

- MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. O §2º do art. 5º da Constituição Federal. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Teoria dos direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. pp. 1-33.
- MONROY CABRA, Marco Gerardo. *Derecho internacional público*. 5ª ed. Editorial Temis: Bogotá, 2002.
- NOLLAEMPER, André. *National courts and the international rule of law*. Oxford: Oxford University, 2012.
- PAGLIARI, Arturo Santiago. Derecho internacional y derecho interno: el sistema constitucional argentino. *Ars Boni et Aequi*. Vol. 7, nº 02, pp. 17-41, 2011.
- PASQUALUCCI, Jo M. *The practice and procedure of the Inter-American Court on Human Rights*. 2ª ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2013.
- PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 2ª ed. São Paulo: Max Limonad, 1997.
- PRADA, Maria Angélica. Colombia. In: GALINDO, George Rodrigo Bandeira; URUEÑA, René; TORRES PÉREZ, Aida (Coords.). *Protección multinivel de derechos humanos*. Barcelona: Red Derechos Humanos y Educación Superior, 2013.
- SAGUÉS, Néstor. El control de convencionalidad en argentina. In: MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (Coords.). *Controle de convencionalidade: um panorama latino-americano*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, pp. 343-358.
- SAIZ ARNAIZ, Alejandro. La interpretación de conformidad: significado y dimensión práctica (un análisis desde la Constitución española). In: GALINDO, George Rodrigo Bandeira; URUEÑA, René; TORRES PÉREZ, Aida (Coords.). *Protección multinivel de derechos humanos*. Barcelona: Red Derechos Humanos y Educación Superior, 2013.
- SLAUGHTER, Anne-Marie. A typology of transjudicial communication. *University of Richmond Law Review*, nº. 29, pp. 99-137, 1994.
- SLOSS, David. Treaty enforcement in domestic courts: a comparative analysis. In: _____ (Org.). *The role of domestic courts in treaty enforcement: a comparative study*. Cambridge: Cambridge University Press, 2009, pp. 1-66.
- TODA CASTAN, Daniel. The transformation of the Inter-American System for the Protection of Human Rights: the structural impact of the Inter-American Court's case law on amnesties. *Global Campus Awarded Theses 2010/2011*. Venice: EIUC, 2013.

TORRES LÉPORI, Alejandro. Los tratados internacionales en la Constitución argentina. *Lecciones y Ensayos*, n. 67-68, 1997.

VASCONCELOS, Eneas Romero. Do conflito entre direito nacional e internacional: a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos (“Caso Araguaia”) vs. a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (ADPF 153). *Revista Anistia Política e Justiça de Transição*, nº 7, pp. 170-200, 2012.

Recebido em 28 de maio de 2016

Aprovado em 12 de agosto de 2016

Direitos Humanos e Superlotação no Presídio Feminino de Porto Alegre

Human Rights and Overcrowding in the Women's Prison in Porto Alegre

Dani Rudnicki*

Centro Universitário Ritter dos Reis, Porto Alegre-RS, Brasil

Marili Antunes Neubüser**

Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre-RS, Brasil

“A gente fica marcada pelo que já fez [...] as funcionárias me julgam pelo meu passado [...] mas mudei.”

Presa da Penitenciária Feminina Madre Pelletier

1. Introdução

O sistema penitenciário tem sido alvo de críticas devido às condições desumanas impostas aos condenados. É um sistema pautado por incógnitas e mazelas, e analisá-lo requer conhecimento e experiência a respeito de um local no qual (muitas) pessoas convivem e um grupo exerce poder concedido pelo Estado. Dostoiévski se refere a ele como “casa dos mortos”, Sikes como “sociedade de cativos”, Clemmer como “comunidade prisional” e Aymard e Lhuillier como “universo penitenciário”¹.

* Doutor em Sociologia (UFRGS), professor do mestrado em Direito do Centro Universitário Ritter dos Reis (UniRitter), conselheiro do Movimento de Justiça e Direitos Humanos (MJDH) e advogado, Porto Alegre, Rio Grande do Sul, Brasil. E-mail: danirud@hotmail.com.

** Especialista em Segurança Pública (UFRGS), agente penitenciária, Porto Alegre, Rio Grande do Sul, Brasil. E-mail: mantunesneubuser@yahoo.com.br.

1 DOSTOIÉVSKI, s.d.; SIKES, 2007; CLEMMER, 1966; e AYMARD e LHUILIER, 1997.

A previsão normativa define que cabe a esse sistema manter o indivíduo preso, prometendo impor ordem e segurança para a comunidade. Porém, nessa função, exercida por meio da dominação de um sobre o outro, conflitos surgem, provocando estresse nas relações e disputas de poder tanto entre reclusos quanto entre estes e servidores penitenciários. Em lados antagônicos, presos e agentes penitenciários (APs) possuem “armas” para imposição de suas posições e desejos, para garantir poderes e para dominarem (e serem dominados). Esses embates, geralmente, acontecem dentro dos limites do razoável. Se o poder dos carcereiros, no passado, foi quase absoluto e se apresentava através da prática de tortura e da possibilidade de imposição desmedida de privações, hoje não.

A transformação das prisões acontece considerando-se novas realidades e costumes, e se estabelece por meio de fiscalizações e exigência do cumprimento de normas que obrigam o oferecimento de um tratamento (pretensamente) humanitário (apesar de a violência estrutural permanecer). A melhoria das prisões é uma realidade, embora se possa perceber casos de violência descontrolada. Devemos considerar que, assim como o comportamento violento está presente na maioria das pessoas que vivem nas sociedades contemporâneas, ele também está presente nos indivíduos presos, ainda mais se considerarmos que estes necessitam sobreviver em ambiente hostil, marcado por disputas por poder. Assim, muitas vezes, os presos reconhecem a linguagem da violência como a única apta a resolver conflitos.

A violência, ao atrair o interesse das pessoas, justifica o fato de o sistema prisional ser assunto de frequente discussão; em especial pela necessidade de se observar se há ou não o respeito aos direitos (humanos) devidos às pessoas privadas de liberdade. Muitas análises mostram o caos de um sistema falido e desacreditado. Desejando não recorrer novamente a autores estrangeiros, exemplificativamente, fazemos referência a Thompson e Bittencourt².

Estudos sobre o sistema penitenciário pátrio demonstram que ele nunca cumpriu a função de ressocialização, e que os políticos brasileiros apontam a superlotação como um dos principais motivos para o “fracasso” da prisão (Brasil; Rudnicki e Souza). Todavia, os maiores mestres (Rusche e Kirchheimer; Foucault) revelam que em nenhum tempo e lugar a reeducação era de fato o objetivo do sistema.³

2 THOMPSON, 1993; e BITTENCOURT, 2011.

3 BRASIL, 2008; RUDNICKI e SOUZA, 2010; RUSCHE e KIRCHHEIMER, 2004; e FOUCAULT 1991.

Neste artigo, propomos conhecer, a partir da análise da superlotação, como vivem as mulheres na Penitenciária Feminina Madre Pelletier. O estudo inclui tanto as que estão obrigadas a lá viverem durante o período de cumprimento de sua pena restritiva de liberdade, quanto as APs que lá exercem sua rotina de trabalho.

Verificamos os efeitos da superlotação carcerária na rotina e funcionamento da prisão, na demanda e prestação da assistência material, no tipo de relação entre presas e na forma de convívio estabelecido entre elas e as agentes penitenciárias no ambiente prisional. Estudamos a violência intramuros, a dor na prisão, o sentimento de cada uma em relação ao tempo de pena e suas consequências na vida das detentas. Buscamos perceber se as condições desumanas de vida na prisão decorrem da existência de superlotação; saber se, havendo respeito à capacidade de detentas, o cumprimento da pena aconteceria com mais dignidade e melhor atendimento às suas necessidades materiais e psicológicas.

A princípio, um tal estudo empírico seria inviável, pois como realizá-lo? Como comparar essas situações? Encontramos a resposta no fato de, em 2011, ter sido inaugurada a Penitenciária Estadual Feminina de Guaíba Julieta Balestro (PEFG), na região metropolitana de Porto Alegre. Verificamos que, até esta data, havia superlotação na Penitenciária Feminina Madre Pelletier (PFMP), a “Casa da Barbie”, e que depois ela passou a operar dentro de sua capacidade devida (de 239 presas). Assim, tivemos a oportunidade de comparar duas realidades dentro de uma mesma casa prisional.

Consideramos dados recolhidos em 2004, que indicam que a PFMP possuía um efetivo médio de 150 presas. No ano de 2006 o efetivo alcançava 250 apenas e, em 2007, 309 mulheres. No ano seguinte, eram 386, passando, em 2009, para 488 e depois alcançar sua população máxima, em 2010, de 553 detentas.

A inauguração da PEFG marca o começo do decréscimo da população prisional da Madre. Em 2011, quando a nova prisão estava começando a ser ocupada, o número de presas diminui para 417 e, no ano seguinte, 2012, cai vertiginosamente para 276. Em 2013, alcança a marca de 248 e, no ano de 2014, o menor número desde 2006: 231 mulheres. Termina 2015 com taxa de ocupação de 237 – mostrando estabilidade na quantidade de detentas.

Como toda prisão, ela é um mundo no qual diferenças, conflitos e violências marcam o cotidiano das pessoas que ali vivem. Morada quase

que exclusiva de mulheres, recebe o apelido, entre as reclusas, de “Casa da Barbie”, em referência à boneca; elas também a chamam de “Casa Rosa”, devido à cor do prédio. Oferecem denominações mais simpáticas, em tentativa de “suavizar” suas estadias e criar um mundo no qual seja mais fácil suportar sua condição.

Para explicar a coleta de dados, cabe revelar que um dos autores, conselheiro penitenciário, orientou diversos trabalhos na Madre, além de ter lecionado para agentes penitenciárias que lá trabalham; e a outra trabalha na “Casa da Barbie” há mais de cinco anos como AP. Dados pontuais foram coletados por meio de um grupo focal realizado com cinco apenadas, escolhidas por estarem cumprindo penas médias ou longas, com passagem pelas duas casas prisionais e através de questionário semiestruturado aplicado a 14 agentes penitenciários.

Para realizar tal trabalho, adota-se o modelo de uma pesquisa qualitativa. Ela recebeu aprovação da Escola Penitenciária da Superintendência dos Serviços Penitenciários (Susepe) em junho de 2015 e iniciou no mês seguinte.

Presas e APs falaram sobre alimentação, conflitos, drogas, celulares, saúde, trabalho, limpeza e relações interpessoais, durante os dois períodos (quando existiu superlotação e quando ela acabou). Dessa forma, podemos apresentar um quadro bastante realista a respeito da vida na instituição.

2. Penitenciária Feminina Madre Pelletier

Em 1936, irmãs da Congregação Bom Pastor do Rio de Janeiro chegam à Porto Alegre com a missão de prestar assistência social às internas do sistema penitenciário do Rio Grande do Sul. Elas ocupam locais provisórios e começam a pleitear a construção de uma penitenciária feminina. Este projeto se concretiza em 1949, com a inauguração do “Reformatório de Mulheres Criminosas”, depois chamado de “Instituto Feminino de Readaptação Social”. Em 1955, o Estado firma convênio com elas (Decreto nº 20.247) e a Casa recebe o nome de Penitenciária Feminina Madre Pelletier. Quando, em 1980, a PFMP é declarada de utilidade pública, as irmãs se afastam da administração, que passa a ser do estado, através da Susepe.⁴

A estrutura física da PFMP é peculiar. Silva explica:

4 RIO GRANDE DO SUL, s.d.

A estrutura [...] tem características singulares decorrentes da sua construção, que embora projetada para abrigar mulheres em situação de delinquência, pelas características da Congregação do Bom Pastor acabou tornando-se um misto de reformatório, convento e casa prisional. As grades, os cadeados e toda estrutura realmente necessárias ao cárcere só foram inseridas em 1982 [...]⁵

A prisão situa-se em prédio composto por quatro níveis. No subsolo, funcionam os Protocolos de Ação Conjunta (PAC) (convênios entre o Estado e empresas para realização de atividades com uso de mão-de-obra prisional). No primeiro andar, localizam-se as salas reservadas para atividades administrativas, a Unidade Materno Infantil (creche), a sala de revistas e a cozinha. No andar acima estão as galerias B1 a B4, a Unidade de Saúde Básica e a biblioteca, bem como um PAC; no terceiro andar, as galerias C e D. Uma capela localiza-se entre os andares dois e três. Existem ainda dois pátios, o da gruta e o da creche.

Percebemos que não se trata de prédio construído para ser um presídio moderno quando observamos os corredores e escadarias estreitos e as portas com abertura para dentro das celas. Além disso, as instalações elétricas e hidráulicas são antigas e, no projeto original, as celas não possuíam sanitários e chuveiros, que foram adaptados posteriormente.

A última rebelião registrada na PFMP aconteceu em novembro de 2011 e teria sido iniciada após agentes apreenderem uma sacola com maconha e celulares que uma detenta puxava para a cela com auxílio de uma “jiboia” (corda artesanal trançada, feita com lençóis). Houve queima de colchões e, mesmo que ninguém tenha se ferido, mobilizou-se efetivo da Susepe, da Brigada Militar (inclusive bombeiros) e do Ministério Público para restabelecer a ordem.

Importa destacar que hoje são três as unidades prisionais exclusivamente destinadas às mulheres no Rio Grande do Sul. O Presídio Feminino Estadual de Torres opera desde 2010 e a citada PEFG desde 2011. Cabe ressaltar ser frequente encontrarmos presídios mistos no interior do Estado, onde se destinam às mulheres reclusas uma ou duas celas – espaços improvisados. O planejamento da PEFG a torna a primeira unidade prisional construída para o encarceramento feminino no estado, seguindo normas contemporâneas. Ela foi pensada com o objetivo de resolver o problema da superlotação da Madre Pelletier.

5 SILVA, 2013, p. 33.

Em relação à ocupação das prisões devemos esclarecer que a proposta inicial definia que na PFMP ficassem as presas provisórias (devido à necessidade de comparecer a audiências no foro de Porto Alegre), enquanto as condenadas cumpriam pena na PEFG. Porém, há um desgosto da comunidade prisional para com o distanciamento da instituição de Guaíba (o custo com o deslocamento e o acesso mais difícil motiva os familiares a não realizarem visitas, ou a fazerem com menor frequência; APs foram assaltadas enquanto aguardavam ônibus na rodovia próxima para retornar às suas residências). Assim, considerando ainda que na penitenciária localizada na capital existem vários PACs e que um dos requisitos determina que as presas vinculadas aos mesmos devam estar condenadas, mantêm-se presas com sentença transitada em julgado também em Porto Alegre.

Em decorrência da distância, apesar da estrutura física adequada ao cumprimento da pena, a PEFG nunca foi vista, na perspectiva das detentas e APs, como um lugar bom para “puxar cadeia”. Pelo contrário, ao se acrescentar a obrigatoriedade do uso de uniformes, o trabalho prisional escasso, os deslocamentos internos (para atendimentos) com as presas algemadas e escoltadas, surge o apelido de “Inferno de Guaíba”. Há desgosto com a forma de viver nessa prisão e resistência das detentas em serem transferidas para lá. As presas não desejam estar nessa moderna casa prisional.

E há mais. As presas com maiores condenações foram transferidas e cumprem pena na PEFG. Várias possuem envolvimento com o tráfico de drogas e continuam liderando grupos e facções dentro do presídio, traficando e oprimindo; por este motivo, a PEFG se tornou “a PFMP antes da PEFG existir”, conforme relato de uma presa. De acordo com outra, a PFMP agora, comparativamente aquela “[...] é uma nova cadeia, um centro de reabilitação”.

Se a violência surge como forma de manter o respeito e a ordem dentro do sistema, ela se potencializava devido à dificuldade de o Estado garantir os direitos básicos das presas. A superlotação relaciona-se diretamente com esse quadro. Criam-se aberrações, dentre as quais as mais fracas terem de seguir ordens de outras reclusas. Durante o período de superlotação, as lideranças prisionais impunham regras e a maioria das presas sofria. Como relata uma presa, “[...] obedecer funcionárias tudo bem, mas ter que obedecer presa [...] daí não [...] presa gritando contigo e te mandando era demais [...]”.

O quadro alterou-se com o fim da superlotação. Terminou o tempo no qual as galerias da “Casa da Barbie” possuíam líderes que impunham suas

normas e, em troca, ofereciam “favores” (droga e proteção) para a presa ou familiares. Antes, as decisões passavam pelo crivo da líder, como quem teria direito a uma liga laboral (trabalho), atendimentos assistenciais (psicossociais, jurídicos, médicos), etc.

Com o fim da superlotação e a modificação do perfil da presa, percebemos que a Madre muda. Podemos afirmar que era uma antes e outra depois da PEFG. A principal alteração refere ao fato de a organização das apenadas acontecer através de acordos entre elas e não mais pela imposição de uma líder. O poder de alguns, antes absoluto, se dilui entre o grupo. As agentes passam a, novamente, controlar a prisão, de forma parcial.

O controle da droga, explica uma presa, garantia o poder e, a fim de manter o vício, a prostituição era moeda de troca: “A presa [...] se prostituía para a “ala geriátrica” e gastava com a droga [...]” (presa). Em sentido contrário, quem não era usuária de droga, não tinha “proteção”, como relata outra interna: “[...] sofri por não ser usuária [...] não dava lucro pro tráfico [...]”. Podemos explicar tal situação lembrando que, após a transferência de presas para PEFG, em 2011, houve um acordo entre as que permaneceram em Porto Alegre, no sentido de que não entraria mais crack na cadeia. Quando uma novata chega na Casa da Barbie e pergunta onde pode comprar pedra, as antigas dizem que “Aqui é um centro de reabilitação, não tem pedra” (presa).

Essa, como tantas outras regras, deve ser obedecida por todas. Logo, se uma tenta traficar este tipo de droga na Casa, ela perde seu lugar nas galerias e é obrigada a permanecer em uma cela de isolamento⁶, ou solicita transferência para a PEFG. Essa organização das presas nas galerias acontece conforme ajustamento delas próprias.

Assim, hoje, a movimentação das APs dentro da prisão possui poucas restrições. As relações entre servidoras e presas tornaram-se, na medida do possível, harmoniosas. Mas uma prisão é tão complexa quanto o próprio sistema prisional e é difícil falar dela como uma unidade. Podemos perceber a organização de cada galeria da Casa da Barbie como diversa das demais, de acordo com as características de suas integrantes.

A galeria C, onde moram as cozinheiras, é limpa e tranquila. Na galeria D, antes profícuo em conflitos, agora, nos finais de tarde, antes da conferência, ouvimos as presas cantarem e rezarem o pai nosso. As galerias

⁶ No linguajar das presidiárias, se diz que a presa foi “colocada no portão” pelas demais.

B2 e B3 são de trabalhadoras de PACs e faxina interna do presídio. Todas se mantêm disciplinadas, e escutam com frequência: “Não quero ir pra Guaíba”. Na B1, estão as presas doentes e gestantes. As mulheres com problemas psiquiátricos também estão na Madre, pois ali existe um psiquiatra com periodicidade (o que não acontece em Guaíba) e a Casa está próxima do Instituto Psiquiátrico Forense, para o caso de necessidade de atendimento de urgência.

Apesar de existir na PEMP uma Unidade Básica de Saúde, com ginecologista, psiquiatra, infectologista e pediatra (outros atendimentos e exames são realizados fora da Casa), percebemos conflitos decorrentes do atendimento de saúde. As presas reclamam estar doentes e que a moléstia deve ser considerada grave (para justificar benefícios, como prisão domiciliar). Se o médico assim não o entender, elas reclamam que ele não as examinou corretamente, que ele pouco sabe.

Na galeria B4, na qual estão as presas isoladas, os conflitos com as servidoras são frequentes. Essas mulheres possuem pouco convívio com as demais e o isolamento causa solidão e outros transtornos (a taxa de atendimento relativo a distúrbios mentais nas apenas dessa galeria é maior do que nas demais). Dentre essas mulheres estão as que praticaram crimes contra crianças.

Como nas prisões masculinas, as detentas estabelecem um código de valores e de conduta, e o desrespeito a este resulta em violência⁷. Trata-se de código não-escrito pautado por regras simples e punições certas. Elas são assimiladas rapidamente, pelo medo concreto de sofrer os (duros) castigos previstos (nas femininas os castigos são mais brandos, raramente aplica-se pena de morte, sendo comum o uso da expulsão da cela ou galeria ou lesões corporais leves). Dentre os crimes repreendidos pela população carcerária estão os estupros; quem pratica este tipo de crime é “condenado” a cumprir a pena de prisão isolada da massa carcerária. A “cacoetagem” tampouco é permitida e perdoada nos dois tipos de casas.

A maioria dos conflitos resulta de dificuldade nos relacionamentos interpessoais. Há brigas e insultos decorrentes de questões amorosas; o ciúme gera desavenças. O sentimento de posse sobre a outra eclode quando uma consegue “ligar-se” a um Protocolo de Ação Conjunta e sai para trabalhar e a outra permanece na galeria esperando; ou quando duas desco-

7 THOMPSON, 1993, p. 68.

brem que tiveram relacionamento com o mesmo homem, antes de serem privadas de liberdade.

Os discursos das presas mostram que o convívio entre pessoas é difícil. Elas relatam: “[...] O objetivo é outro [das presas que] vem cheirando a rua e querendo mandar na gente.”; “[...] longe da muvuca [...] meu objetivo é ir embora.”; e “[...] a convivência é diferente [...] meu sofrimento trago nas próprias costa [...] não quero confusão [...]”.

Elas, igualmente, percebem diferenças entre as “primárias” (recém-condenadas, sem passagem anterior pelo sistema prisional) e “reincidentes” (conhecedoras da vida na prisão): “[...] depois a louca sou eu [...] avisei [...] vocês tão chamando a guarda pra galeria com essa gritaria a essa hora da noite [...] mas são novinha [...] tem que aprender.”.

Conforme dados levantados nos livros de ocorrências⁸, entre os anos de 2007 e 2014 aconteceram 140 brigas (agressões físicas) e 203 desentendimentos (altercações) entre as presas da PFMP. Podemos constatar que, no período de 2007 a 2011, houve uma incidência maior de brigas (entre 8 e 31 incidências, em média 22,6 ocorrências/ano) e desentendimentos (entre 16 e 41 incidências, em média 29,6 ocorrências/ano). No período de 2012 a 2014, estes incidentes diminuíram consideravelmente (as brigas resumiram-se a 16 em 2012, seis em 2013 e cinco em 2014; os desentendimentos não ultrapassaram 25 casos em 2012, 13 em 2013 e 17 em 2014).

Na PEFG, no período de 2012 a 2014, a incidência de conflitos é, comparada à PFMP, pequena. São, entre as apenadas, consecutivamente, 8, 3 e 6 brigas, bem como 11, 10 e 15 desentendimentos. Isso se explica pelo isolamento maior. Na Madre, elas ficam em galerias e, em Guaíba, em celas, entre duas ou quatro mulheres. Assim, na Madre os conflitos acontecem em todos locais e em Guaíba, em regra, no pátio.

Além de todas estas questões, as mulheres presas possuem um maior envolvimento familiar do que os homens presos⁹; verificamos isso nas suas conversas¹⁰. No cotidiano e em datas festivas (Dia das Mães, Dia das Crianças, Natal, Ano Novo), quando a presa possui filho e o familiar não pode

8 Na portaria de toda casa prisional existe um caderno que recebe este nome. Nele são anotadas situações que acontecem no cotidiano.

9 BORSA e NUNES, 2011; CÚNICO, 2015.

10 BORSA e NUNES, 2011; CÚNICO, 2015.

fazer com que eles se encontrem, o sentimento de abandono causa fragilização. A saudade e a falta de assistência material implicam em sofrimento emocional e a necessidade de antidepressivos para suportar o aumento da “dor da cadeia”.

Logo, se antes, devido à superlotação e ao perfil das presas, a invisibilidade pautava as relações entre elas e as APs, se elas não se conheciam (Rudnicki percebe esse mesmo fenômeno no Presídio Central), se as APs não ingressavam nas galerias (a conferência era realizada do portão) e as revista estruturais raras, a situação mudou¹¹. As APs controlam agora a Casa, considerando o limite do possível em uma instituição penitenciária.

Coyle refere que gestão firme e legítima é fundamental, e que “[...] se os servidores não estiverem no controle do estabelecimento prisional, o vácuo resultante será preenchido por presos de índole forte.”¹². A mudança acontecida parece ter permitido a superação dessa situação indesejada. Uma presa relata: “[...] elas apanhavam porque tavam devendo pedra e as funcionárias nem viam [...]” e “[...] hoje as funcionárias identificam só pela voz quem tá brigando [...]”.

3. Relações

Coyle lembra que o senso comum pensa em uma instituição penitenciária como um prédio cercado por um muro e esquece que nele vivem e trabalham pessoas. E complementa:

[...] Na realidade, o aspecto mais importante de uma prisão é sua dimensão humana, uma vez que as prisões são instituições essencialmente voltadas para pessoas. Os dois grupos de pessoas mais importantes em uma prisão são os presos e os servidores penitenciários que cuidam deles. O segredo para uma prisão bem administrada é a natureza da relação entre esses dois grupos¹³.

Mas isso não é simples. O convívio voluntário entre pessoas não é fácil, quanto mais o forçado. E devemos considerar que a doutrina aponta que a prisão infantiliza o ser humano, reduz sua autodeterminação e empobrece

11 RUDNICKI, 2012.

12 COYLE, 2004, p. 87.

13 COYLE, 2004, p. 21.

e envilece ao fazer desaparecer qualquer sentimento de posse e de auto respeito, dificultando ainda mais o estabelecimento e manutenção de relações¹⁴.

No que tange à infantilização, percebemos a necessidade da pessoa privada de liberdade de receber uma maior atenção. Verificamos tal fato quando uma presa usa esmalte para simular sangue no rosto e as demais chamam as agentes penitenciárias, dizendo que ela está ferida. Também nos gritos de socorro, durante a madrugada, alegando existência de fogo na galeria (quando as APs chegam, dizem tê-lo apagado, percebendo todos a não existência de fumaça ou odor de material queimado). Fatos como estes geram agressões verbais e, no período da superlotação, este caráter infantil estava potencializado nas atitudes das presas, irritando sobremaneira as agentes.

Junto dela há a redução da autodeterminação, e conseqüente aumento da dependência de APs e de técnicos superiores penitenciários para resolver problemas (familiares, de saúde, judiciais) que, quando em liberdade, elas solucionavam. Assim, o pedido de atendimentos psicossocial e jurídico possui uma grande demanda e, muitas vezes, como não é possível que aconteça no momento desejado, as presas entram em conflito com quem está mais próximo: as agentes.

Insultos entre presas e agentes penitenciárias também acontecem quando há desrespeito às normas disciplinares. Desentendimentos resultantes de uma resposta áspera de uma AP são mais frequentes do que brigas entre integrantes dos grupos. Nestas situações, tão somente acontece advertência verbal da presa e se registra uma ocorrência em livro próprio. Caso o tumulto se amplie, instaura-se procedimento administrativo disciplinar (PAD).

Apesar disso, o número de desentendimentos entre presas e agentes penitenciárias na PFMP é baixo, raramente acontecendo mais de um ao mês. Entre os anos pesquisados (2007 e 2014), foram verificados 83 (em 2007, 8; 2008, 11; 2009, 15; 2010, 16; 2011, 12; 2012, 6; 2013, 7; 2014, 8). Na PEFG, entretanto, os desentendimentos (65) demonstram uma média superior, de quase duas ocorrências por mês (2012, 23; 2013, 27; 2014, 15).

Percebemos que houve uma redução nos conflitos com o surgimento da PEFG. Demonstra-se a importância da existência da nova prisão, por permitir que em ambas não haja superlotação. Ressaltamos que, na segun-

14 FEAUX, 1991, p. 673; FRAGOSO, 1980, p. 763; THOMPSON, 1993, p. 58; e PIMENTEL, 1979, p. 76.

da, o número de alterações relatadas é muito superior à da antiga (embora a população prisional seja equiparada). Podemos levantar hipóteses, como a de que quem deseja permanecer em Porto Alegre precisa se comportar e quem está em Guaíba não se importa em receber advertências, pois o castigo maior, afastamento da capital, já aconteceu.

Em decorrência disso, surge uma diferença entre as mulheres que cumprem pena na PFMP e na PEFG – na primeira, as presas são mais ordeiras, querem cumprir sua pena e retornar aos seus lares e, na segunda, elas se revoltam contra a punição imposta e reclamam do tratamento (mais) rígido que recebem.

A superlotação causa estresse também nos servidores. O trabalho do AP é, por natureza, difícil: obrigar pessoas a permanecerem onde não desejam. Acrescidas de características pátrias desta atividade: carga de trabalho exacerbada, remuneração aquém do razoável e ambiente hostil. Assim, segundo as APs, a relação com as presas, durante o período de superlotação, ficava muito restrita porque as circunstâncias as desumanizavam.

Os servidores se sentiam impotentes diante das demandas e da falta de condições, além da inoperância das direções em contribuir para a melhora do quadro. Naquele tempo, e no posterior, o gerenciamento dos conflitos, na maioria das vezes, acontecia e acontece, pelo diálogo dos servidores com as apenadas, requerendo experiência e negociação dos APs. Com a superlotação carcerária, o desempenho se tornava menos eficaz.

A união dos servidores é apontada como um ponto forte, sendo uma maneira de agregar forças e superar as dificuldades presentes no sistema prisional. Segundo parecer das servidoras penitenciárias, muitos tumultos ocorriam durante o período da superlotação, sendo as ações encontradas para resolvê-los nem sempre adequadas, pois não havia espaço e tempo para discuti-las. Todavia, houve a aproximação dos servidores, fortalecendo o coleguismo e a colaboração nas tarefas para a manutenção de uma rotina mais tranquila.

No período em que havia superlotação, com o número reduzido de servidores, não existia possibilidade de atendimento a todas as demandas. O trabalho era cansativo, desgastante e estressante. A invisibilidade de resultados positivos e o risco frequente tornava instável a rotina no trabalho, que acontecia de maneira automática, sem tempo para reflexão sobre as ações executadas. Atualmente, verificamos um atendimento mais humanizado, com melhorias nas condições de trabalho, resultando em maior

eficácia e tranquilidade no desempenho das atribuições. Contudo, a continuidade na carência de servidores ainda resulta em dificuldades e impede melhores resultados.

Na época da superlotação, o setor técnico adotou o trabalho em grupo como meio de desempenhar suas funções com as presas, devido à falta de estrutura e à excessiva demanda de atendimentos. Apesar de a falta de estrutura física permanecer um problema para esse setor e o número de técnicos ter diminuído pela necessidade de atender duas casas na região metropolitana, hoje as consultas acontecem de forma individualizada.

Os motivos dos conflitos entre os próprios servidores, na época da superlotação, eram a sensação de insegurança tanto na execução das atribuições quanto no ambiente de trabalho. Essa insegurança era aumentada pelo estresse e pelos conflitos. Além disso, a falta de normativas para gerenciar as crises gera incertezas sobre as práticas a adotar; a apresentação de propostas de condutas divergentes sobre determinado assunto acirra as tensões entre os APs, pois há pressão para realizar tarefas com eficiência. Atualmente, os conflitos entre servidores persistem, mas em número reduzido; os principais motivos são a existência de ideias diversas sobre o mesmo assunto, sobre como resolvê-lo.

Durante o período da superlotação, apenas a esperança de dias melhores era a motivação para o trabalho. Não havia entusiasmo para se deslocar em direção a um lugar insalubre, barulhento, realizar atividades que pareciam inúteis, sem finalidade, e com o risco e a tensão como constante companhia. Restava “o amor pela profissão” e a perspectiva de um futuro sistema prisional, com menos problemas.

No período da superlotação, o desânimo era frequente, porque as mudanças eram lentas e poucas. O “amor pelo trabalho” e o sentimento de estar sendo forte ofereciam sensação de prazer no trabalho. Hoje, o retrato é diverso. A maior parte das APs não se percebe ameaçada: das 14 entrevistadas, 11 (79%) disseram que raramente tem medo, duas (14%) nunca e apenas uma (7%) relatou assim se sentir com muita frequência.

Verificamos que, enquanto Penitenciária feminina, a Madre oferece sensação de menos periculosidade do que uma masculina. Um AP masculino, com experiência de mais de 10 anos no sistema prisional gaúcho, em diversas casas, nos relatou que se soubesse do serviço tão tranquilo no Madre, teria pedido para vir antes (sua atuação como destacado, por ser do sexo masculino, acontece apenas na área externa e comum da prisão). Ele

agrega nunca ter falado tanto com “clientes” do sistema quanto no período em que esteve integrado ao grupo do Madre.

Aymard e Lhuilier, referindo-se ao contexto francês, afirmam que enquanto os APs masculinos reclamam da periculosidade de seu trabalho, uma AP feminina diz que cozinha, pratica jardinagem, costura, pinta com as presas, e não se refere a perigo¹⁵.

Junto com o fim da superlotação, surge essa (aparente) tranquilidade em uma sociedade pautada pela máxima sanção (perda da liberdade), por relações que acontecem pautadas por sentimentos extremos. Os servidores revelam que as dificuldades persistem, mas há maior consciência da importância social de seu trabalho. Nos últimos anos, percebemos maior investimento na capacitação dos servidores (cursos pela Susepe e parceria com universidades para especializações), assim como mais satisfação no trabalho. Para muitas, o “amor pela profissão” voltou.

4. Superlotação

A fim de demonstrar os efeitos do excesso de presas na Casa, entendemos, com Tavares dos Santos, “esta complexidade de relações que se estabelece no âmbito prisional” e avaliamos o impacto que esta causa na demanda de necessidades materiais (saúde, alimentação, estudo e outras asseguradas pela legislação brasileira)¹⁶. Precisamos considerar que “Não é a solidão que perturba os indivíduos na comunidade carcerária, mas sim, a vida em massa”.¹⁷ Assim, quais as consequências da superlotação na vida de quem está na prisão? Quais as consequências nos seus direitos (humanos)?

A superlotação, quando existente, surge como a primeira e maior reclamação da massa carcerária¹⁸. Além disso, ela potencializa as demais questões que problematizam a vida na prisão. O caos torna-se maior em unidades superlotadas. APs e presas não se conhecem e não se relacionam, apesar de compartilhar espaços próximos¹⁹.

15 AYMARD e LHUILIER, 1997, p. 111.

16 TAVARES DOS SANTOS, 2002, p. 362.

17 THOMPSON, 1993, p. 23.

18 RUDNICKI, 2011, p. 534.

19 Na PFMP, conforme a visão de uma apenada: “Nós éramos presas fantasmas [...] quando acontecia uma coisa com alguma guria as funcionárias diziam: - Mas nem conheço esta presa!”. Outra apenada fala que

Conforme a visão de uma AP, há dois fatores relevantes em relação à superlotação. Um se refere aos espaços na Casa da Barbie, limitados devido à sua arquitetura. Há impedimento para o controle visual completo. Quando o número de presas era superior à capacidade, isso influenciava no desenvolvimento do seu trabalho, redundando em insegurança em virtude do intenso trânsito de presas. O segundo fator relaciona-se à confusão de gentes e coisas:

[...] Em situação de superlotação não se consegue ‘conhecer’ as detentas, o que dificulta intervenções mais individuais. E, mesmo dentro das galerias, os comportamentos violentos eram muito frequentes e ficava difícil identificar situações de agressões e controlar atitudes ilícitas pelo excesso de pessoas, de pertences, de ruídos.

Outra AP lembra que a galeria E alojava, em média, 120 presas, possuindo capacidade para 60. Declara: “[...] celas com dois beliches moravam seis presas, tínhamos dificuldade para manter ordem e disciplina com elas.”. Agora, nas celas onde havia 10 presas estão duas, obedecendo à capacidade devida. “Conseguimos mais facilmente identificar quem são e como atuam as lideranças das galerias. Podendo controlar mais as coisas, temos uma sensação de maior segurança para desenvolver o trabalho”.

Apesar disso, as APs alertam para os corredores estarem pouco iluminados e as presas manterem quantidade que consideram muito grande de roupas e objetos, maior do que na época da superlotação, o que dificulta a visualização e a realização de revistas. Não se trata, conforme elas, de implicância, mas de segurança.

Por fim, como relatado, os banheiros foram adaptados e hoje atendem à demanda e não há confusão. Durante o período de superlotação, o horário de fechamento das galerias era estendido para permitir a todas o uso dos (poucos) chuveiros. Resolvida essa questão, permanece o fato de os ralos estarem sempre entupidos com cabelos, pedaços de colchões e absorventes.

hoje é diverso: “Estes dias mesmo uma funcionária me perguntou na hora da conferência se eu tava bem, porque minha cara não tava boa”. O relato de uma terceira diz que as APs não entravam nas galerias para realizar a conferência: “[...] era do portão”. E outra acrescenta: “Eu respondia conferência com o cachimbo [para uso de crack] na mão [...] só acenava com a outra”.

5. Drogas e celulares

A entrada de objetos ilícitos nas penitenciárias acontece pelas visitas, através de arremessos pelos muros ou com uso de “jiboias”; há, ainda, o ingresso por meio de APs, de operadores jurídicos e de outras pessoas. A superlotação contribui para um menor controle e há maior disseminação das drogas e celulares. Porém, mesmo quando não há superlotação, a existência destes itens no sistema penitenciário é uma realidade de difícil controle.

Moraes cita um agente penitenciário que aponta quatro elementos necessários para “segurar a prisão” (alimentação, assistência jurídica, saúde e visita)²⁰. Acreditamos ser necessário acrescentar um quinto: as drogas. Assim, não se estranha uma certa condescendência com a existência das substâncias consideradas ilícitas dentro das instituições penitenciárias. Elas acalmam a massa carcerária.

Todavia, refletir sobre o seu ingresso obriga considerar várias questões. Na PEFG, há pouco inaugurada, de construção moderna e longe da cidade, há uma cerca como primeira barreira externa de contenção, impedindo os arremessos de objetos para próximo das celas. Já na PFMP, existem partes dos muros muito próximas da rua e de espaços privados, possibilitando os arremessos (posteriormente estes objetos são “pescados” pelas presas com “varas” artesanais feitas com cabos de vassoura, fio de nylon ou tecido trançado e com gancho na ponta ou buscados por presas que trabalham em setores que permitem acesso ao pátio externo – as chamadas “mulas”, que guardam as drogas e as distribuem).

A corrupção dos servidores penitenciários, ou de outras pessoas que ingressam nas penitenciárias, também é maneira de entrada de drogas e celulares. Este fato compreende um processo de fragilização na segurança e é repudiado pela maioria dos servidores; a minoria capaz de praticar este delito percebe-se desprezada (os colegas lembram sempre do risco de permitirem o ingresso de armamento).

No período de superlotação da PFMP, dois servidores foram investigados e presos (uma enfermeira e um AP administrativo) cometendo este delito; outros foram apontados como autores, porém, não houve comprovação. Policiais que atuam na prisão (vigilância externa), bem como ope-

20 MORAES, 2005, p. 251.

radores jurídicos e fornecedores de materiais contratados pelo estado também não podem ser descartados da lista das pessoas que podem facilitar a entrada de objetos ilícitos.

No cotidiano, o ritmo de trabalho é muito intenso e as revistas estruturais se tornam mais escassas e menos eficientes devido à quantidade de material no interior das celas. Na visão de uma AP:

A luta para controlar a quantidade de celulares e drogas era quase inglória. Com mais sorte do que juízo, mal conseguíamos dar conta de manter as detentas dentro das suas galerias e evitar situações mais sérias de conflitos. A quantidade de ilícitos encontrados em cada revista era enorme. Muita droga e cada vez mais celulares. O pátio em dias de visita era um tumulto só e não tínhamos como identificar de modo mais eficaz quem eram os visitantes. Sempre com número reduzido de agentes e muitas “redes” de tráfico agindo, não conseguíamos dar conta deste controle. Também contra nosso trabalho de controle de ilícitos tinha, e ainda tem, a localização da Feminina e sua fragilidade de segurança externa. [...]

Outra AP revela que, tendo em vista o número de presas, há um controle mais eficaz. Uma terceira agente lembra que outra razão para a existência de mais drogas e celulares era a maior quantidade de dinheiro circulando na cadeia, devido aos PACs; ela conclui que, sem uma empresa grande oferecendo trabalho para as presas, as mesmas não possuem dinheiro para a compra de drogas e celulares. Uma presa confessa: “Naquela época, existia muita, mas muita droga, porque tinha funcionário que trafica [...] trazia a droga [...] era fácil conseguir.”.

Outra presa conta que na vida do crime era “bolea” (motorista de assalto) e “[...] não usava droga [...] fui fumar meu primeiro baseado aqui dentro [...] e minha primeira carreira de pó também”. Uma terceira explica que usa drogas por achar que o tempo passa mais rápido.

Para melhor verificar a realidade da existência de drogas e celulares na PFMP, elaboramos tabela que mostra as quantidades apreendidas na Casa entre 2007 e 2015.

Tabela 1 – Drogas e Celulares apreendidos na PFMP

PFMP	Drogas			Celulares
	Petecas de Maconha	Petecas de Cocaína	Pedras de Crack	
2007	16	20	--	62
2008	28	31	48	73
2009	118	203	142	55
2010	114	184	208	64
2011	218	216	92	88
2012	65	26	35	76
2013	33	153	389	104
2014	43	68	--	108
2015	04	12	--	52
Total	639	913	914	682

Fonte: livros de ocorrência da PFMP. Elaboração dos autores.

No período de 2007 a 2011, quando havia superlotação, foram apreendidos menos celulares e mais drogas do que no período de 2012 a 2015, após o fim da superlotação carcerária. Conforme o relato de apenadas, referente ao citado acordo para impedir a entrada de crack na PFMP, percebemos que houve sensível redução e não apreensão dessa droga, salvo pelo ano de 2013, quando o volume apreendido foi muito superior a qualquer outro tempo.

6. Alimentação, limpeza e trabalho

No período da superlotação, houve três formas diversas de distribuição da alimentação. No mais antigo, as refeições eram realizadas no refeitório, servido pelas apenadas. Essa forma era demorada, devido à quantidade de presas, e gerava conflitos. Conforme relato das apenadas que vivenciaram esse tempo, as discussões e brigas aconteciam em decorrência do fato de que quem não recebia produtos das visitas²¹ ficava no final da fila. Essas presas, chamadas de “caídas”, não contribuía com nada na galeria²².

21 Esses produtos são referidos pelas presas como “sacola”.

22 Relata uma presa: “Eu tinha que ir pro final da fila e ficava só com os grãos do feijão e a rapa das panelas”.

Posteriormente, a distribuição das refeições era feita nas galerias (como acontece no Presídio Central), sendo as porções individuais servidas por duas apenadas²³. Novamente, devido às relações de poder, surgiam brigas por porções maiores ou melhores pedaços de carne. Na visão de uma AP:

Com a PFMP superlotada, as presas iam até o refeitório buscar sua alimentação. Não raro, encontravam suas desafetas pelos corredores e entravam em lutas corporais. Se dispensava um tempo enorme para distribuir a alimentação e a própria refeição quente, muitas vezes era usada para atacar as inimigas e até as agentes. Depois de um tempo, começamos a servir em panelas dentro das galerias. Resolvemos a questão das brigas entre galerias e do tempo, mas outros problemas continuavam: faltava comida para umas, outras se serviam demasiadamente. Havia muita reclamação da qualidade da comida e novamente as agentes eram alvo do desrespeito e da indisciplina, pois muitas jogavam a comida contra as APs diante de qualquer tentativa de impor ordem na distribuição das refeições.

Na terceira forma, elas recebem, nas celas, as refeições em “bandecos” (espécie de viandas plásticas) individuais. As reclamações tornaram-se menos frequentes, há controle da quantidade de bandecos necessários e desapareceu a disputa por porções dos alimentos. São raras as reclamações quanto à qualidade e quantidade. “Nossa dificuldade se centra mais em convencê-las a lavar seus próprios bandecos”, conclui uma AP. As presas cozinham e definem o cardápio semanal, sob supervisão de uma nutricionista.

Segundo Rudnicki e Passos, “[...] a comida na Penitenciária Feminina Madre Pelletier respeita os direitos humanos no tocante à alimentação das mulheres cumprindo pena restritiva de liberdade”.²⁴ Eles percebem a comida da PFMP como nutritiva, de qualidade e equilibrada; apresentam, porém, restrições quanto à diversidade e acrescentam existir reclamações devido ao fato de ela ser servida fria. Eles afirmam que essas reclamações representam “consequência aceitável da privação de liberdade” e que a alimentação na PFMP respeita o princípio da dignidade da pessoa humana.

Em relação à limpeza da “Casa da Barbie”, devemos destacar que as unidades prisionais femininas gaúchas se encontram mais limpas e melhor

23 RUDNICKI, 2011.

24 RUDNICKI e PASSOS, 2012, p. 120.

organizadas do que as masculinas. Uma AP revela que a questão da limpeza não sofreu mudanças com o tempo, tampouco foi influenciada pelo fator superlotação. “Mesmo com número elevado de presas, elas mantinham o ambiente limpo”. Todavia, uma presa discorda: “Quando havia a superlotação, a cadeia andava mais limpa e cheirosa.”. A explicação se encontra na fala de outra presa, que revela uma antiga líder da galeria pagar com “pedra” para que uma presa mantivesse os banheiros e corredores limpos.

Uma terceira presa lembra que antes quase não existia material de limpeza. “Depois foi melhor, mas agora tenho que pedir todos os dias, quase não tem”. Uma AP confirma: “Não temos material de limpeza”. Além disso, como atualmente não há liderança e tampouco esse tipo de “moeda de troca”, os banheiros e corredores estão mais sujos. Há mesmo relatos de apenas contendo que as “ligadas” à faxina, para fazerem seu serviço, querem “cobrar” em dinheiro das demais uma taxa extra, o que não é aceito e resulta em falta de asseio.

O acúmulo de roupas e outros objetos é maior em comparação ao período anterior ao ano de 2011. Naquela época, somente permitia-se três mudas de roupa por apenas e potes, por exemplo, eram proibidos. Agora, as celas são organizadas de maneira que “representa uma casa” e, com frequência nelas se encontram peças de artesanato (tapetes, bancos criados com caixas de ovos e embalagens pet, potes decorados).

Uma AP fala, quanto aos pertences: “Percebo que hoje há uma grande quantidade de roupas e produtos, acredito que hoje as presas acumulam mais materiais do que na época da superlotação, o que dificulta na realização de revistas periódicas e a limpeza”. Outra resume:

Quanto à higiene é possível dizer que a concentração de pessoas em pequenos espaços por si só já é insalubre. Na prisão, isso é potencializado pelas faltas que tínhamos de materiais indispensáveis como papel higiênico e sabão, agravado por se tratarem de detentas que, em sua maioria, vem de uma cultura que não pratica higienização e que ficavam limitadas aquele espaço por longos períodos. O acúmulo de roupas sujas e úmidas, o consumo intenso de cigarros, as altas quantidades de lixo produzido contribuíam para um odor característico que ultrapassava as galerias e invadia todas as dependências da PFMP. Trabalhar num local assim era muito desestimulante, e até vergonhoso. Seguidamente, meus filhos reconheciam o “fedor da cadeia”, quando eu chegava em casa. Era um odor que impregnava nas roupas e cabelos. As questões

de higiene também são outras agora. Com menos detentas se consegue manter os espaços mais limpos e mais organizados.

Outra característica da “Casa da Barbie” se refere à grande quantidade de gatos vivendo no local. Sempre existiram gatos, mas, a partir de 2010, eles começaram a ser mais visíveis, saíram da capela e foram para os corredores, decorrência de as APs começarem a dar-lhes comida e água. Se, por um lado, raramente se encontram ratos, por outro se deve ter cuidado para não pisar em suas necessidades fisiológicas. Isto atrapalha mais a preservação de um ambiente salubre do que a superlotação.

Devemos encerrar destacando que, nas duas unidades prisionais femininas, o material de higiene é distribuído em proporções iguais (insuficiente) e possui a mesma qualidade (ruim).

7. Trabalho, educação e assistência

A superlotação na PFMP dificultava a garantia dos direitos das apenadas. A infraestrutura da Madre Pelletier não suportava acomodações adequadas ao efetivo carcerário, à saúde, ao trabalho prisional, à educação. Quando inaugura a PEFG, a superlotação carcerária na PFMP foi sanada permitindo a implementação de novas políticas na área da saúde, trabalho prisional e educação.

Na época da superlotação carcerária, no período de 2007 a 2011, na PFMP, a quantidade de trabalho era reduzida – havia limitação no que tange ao espaço. Quando acontece a transferência das apenadas para a PEFG, em 2011, também surge a possibilidade de empresas firmarem Protocolos de Ação Conjunta e se instalarem na PFMP. Assim, em 2012 e 2014, em torno de 80% das apenadas trabalham em PACs ou em ligas laborais, de faxina ou cozinheiras. Porém, em 2014, durante a crise, registramos o encerramento de dois deles e redução do trabalho prisional.

Neste momento, se percebe a insatisfação das presas em decorrência da impossibilidade de receber remição da pena e de se verem privadas também de auxiliar no sustento da família através de seu trabalho. Todavia, qualquer emprego não satisfaz; uma AP destaca: “Na Feminina, sempre teve trabalho e na época da superlotação existia mais PAC, mas era muita presa. Hoje tem pouco PAC, e quando a [empresa] ELO tava aqui muitas não gostavam de trabalhar porque aquilo não era trabalho pra mulher”.

Uma apenada revela que com o trabalho adquire experiência e confessa que antes nunca tinha trabalhado. E ainda há a possibilidade de cursos técnicos: “Fiz vários cursos profissionalizantes, acho que depois que sair posso ter uma profissão, ou ao menos todos esses certificados podem me ajudar a arrumar um emprego”. Conforme a visão de uma agente: “Muitas apenadas ficaram sem trabalho, isso afetou o desenvolvimento das atividades dentro do Presídio, houve maior procura por medicação e maior número de atendimentos psicossocial, muitas optaram por estudar para ganhar remição”.

Porém, uma detenta entende que a escola não informa a presença para garantir a remição e, em decorrência, revela, “Eu não vou pra lá passar frio e não ter remição.”. Essa posição não recebe guarida na realidade, pois a escola remete os dados e, se não o faz, o advogado ou defensor público pode exigir que seja feito. Demonstra, por outro lado, desprezo pelos benefícios que uma educação formal proporciona.

Interessante relatar que, entre os anos de 2006 e 2009, presas e agentes puderam frequentar um curso de graduação (Serviço Social), oferecido pelo Centro Universitário Metodista IPA (Instituto Porto Alegre), dentro da própria prisão. Apesar de relatos informarem seu sucesso, a iniciativa não teve continuidade.²⁵

Em relação à prestação de diversas modalidades de assistência (social, jurídica, religiosa), a visão das servidoras do setor técnico mostra divergências em relação ao período anterior e posterior à superlotação. Há quem afirme que a demanda nos atendimentos não sofreu diferença expressiva, pois o número de profissionais diminuiu conjuntamente ao número de presas, mantendo a proporcionalidade. Uma AP diz:

Não há diferença entre o trabalho e o número de presas, pois os atritos ocorrem por confusão nas atribuições e papel de cada servidor. As dificuldades se dão por falta de ações conjuntas para o atendimento da presa. Falta a interação entre ações e atribuições da segurança, administrativo e técnico.

Outra, porém, entende que existe diferença, afirmando que havia uma demanda muito maior e que ela repercutia na qualidade do trabalho. “Hoje, podemos dar mais atenção a cada caso”. Uma técnica relata que a

25 NONATO e SILVA, 2010.

dificuldade de trabalho sempre foi a estrutura física e as condições de trabalho, e acrescenta:

Na superlotação também não contávamos com uma UBS e a demanda que chegava do setor de saúde entre outras, era maior. Em compensação havia muita opção de trabalho e de estudo. Atualmente, contamos com uma UBS, porém com pouquíssima ocupação de trabalho, e com isso se elevam os conflitos internos nas galerias e aumenta a demanda de atendimentos, por atritos internos.

Na percepção das apenadas, o atendimento psicossocial e jurídico era melhor na época em que havia superlotação. Elas acreditam que agora exista desinteresse por parte de alguns técnicos, repercutindo em atendimentos precários e em número reduzido.

Os recursos escassos podem ser exemplificados na oferta de roupas às apenadas. Muitas não recebem assistência da família e dependem exclusivamente da do Estado. Na PEFG, as apenadas usam uniformes quando em deslocamento na prisão, mas dentro das celas e durante as escoltas podem usar suas próprias roupas. Na Madre, usam sempre roupas próprias. Porém, o Estado não adquire roupa para presos e as duas penitenciárias dependem de doações para fornecê-las. Essas chegam por meio de grupos religiosos.

8. Considerações finais

O estudo da realidade prisional brasileira exige que compreendamos o sistema, e não apenas uma prisão. Todavia, este é empreendimento para anos de dedicação acadêmica. Enquanto buscamos fazê-lo, cumpre conhecer parcelas dessa realidade: prisões de segurança máxima e mínima, penitenciárias estaduais e federais; a comida, a saúde, a assistência no âmbito prisional.

Uma das questões difíceis a ser enfrentadas dentro do âmbito dos estudos prisionais é a superlotação. Quando uma instituição está fora das normas previstas, o acesso fica mais difícil. Este artigo foi capaz de fazê-lo em decorrência do fim da superlotação na “Casa da Barbie”, nos anos de 2011 e 2012. Outra dificuldade a ser superada foi o fato de um dos autores atuar dentro da instituição, o que exigiu a busca de distanciamento e o reconhecimento de que os fatos deveriam ser considerados, e não o desejo institucional ou pessoal.

Assim, concluímos que, no período de superlotação carcerária, os direitos das apenadas foram negligenciados devido à demanda de atribuições e tarefas impostas aos servidores penitenciários. O número de APs da Madre Pelletier era o mesmo para esse período (para uma população de até 544 apenadas) e o atual (população, em média, de 230 apenadas). O número de servidores era, pois, insuficiente para a execução das tarefas e este fato tornava o ambiente de trabalho mais inseguro, tenso e desgastante.

A invisibilidade das apenadas dificultava a observação da prisão e de problemas que aconteciam com elas. Não era possível conhecê-las e, muito menos, coordenar o funcionamento da Casa. A identificação do perfil de cada apenada tornava-se inviável e meios de minimizar o sofrimento devido ao encarceramento não eram considerados. O Estado foi negligente no atendimento das assistências previstas na lei: material de higiene, vestuário, saúde, educação, atendimento jurídico. Com superlotação, tudo era mais difícil.

Mas não apenas isso, a complexidade do sistema prisional refletia nas relações interpessoais. Na época da superlotação, na PFMP, as relações interpessoais entre presas aconteciam com mais violência, provocadas pelo uso de drogas e lideranças nas galerias que impunham suas regras. A relação entre apenadas e APs era tensa e angustiante, devido à maior insegurança e à grande demanda de trabalho para um número insuficiente de servidores penitenciários. A nova situação favorece alterações, embora, por óbvio, relações de poder continuem pautando o contato entre os grupos.

Assim, as relações entre apenadas e entre estas e agentes penitenciários nos mostram a complexidade e dinamicidade do sistema penitenciário. Por evidente, o sistema prisional continua a violar os direitos humanos das presas que nele ingressam, condenadas a cumprir pena restritiva de liberdade. Mas hoje, na Madre, mais direitos são respeitados do que antes, quando da superlotação.

Referências

- AYMARD, Nadia; LHUILIER, Dominique. *L'Univers Pénitentiaire: du côté des surveillants de prison*. Paris: Desclée de Brouwer, 1997.
- BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da Pena de Prisão: Causas e Alternativas*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

- BORSA, Juliane Callegaro; NUNES, Maria Lucia Tiellet. Aspectos psicossociais da parentalidade: o papel de homens e mulheres na família nuclear. *Psicologia Argumento*, Curitiba, v. 29, n. 64, pp. 31-39, jan./mar. 2011.
- BRASIL. Câmara dos Deputados. Comissão Parlamentar de Inquérito. *Relatório Final da CPI destinada a investigar a situação do sistema carcerário brasileiro*. 2008. Disponível em: <http://www2.camara.gov.br/comissoes/temporarias53/cpi/cpis-encerradas/cpicarce>. Acesso em 09 fev. 2008.
- CLEMMER, Donald. *The Prison Community*. New York: Holt, Rinehartand Winston, 1966.
- COYLE, Andrew. *Administração penitenciária: uma abordagem de direitos humanos*. Brasília: Ministério da Justiça, 2004.
- CÚNICO, Sabrina Daiana. *Paternidades encarceradas: uma análise de gênero sobre os significados do ser pai em uma instituição prisional*. Projeto de pesquisa apresentado ao curso de Doutorado da Faculdade de Psicologia da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, maio. 2015.
- DOSTOIÉVSKI, Fiódor M. *Memórias da Casa dos Mortos*. Rio de Janeiro: Ediouro.
- FEAUX, Valmy. La culture em milieu carceral – introduction. Actes de colloque organisé à Nivelles. *Revue de Droit Penal et Criminologie*, Bruxelas, pp. 673-676, jul. 1991.
- FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*. 8ª ed. Petrópolis: Vozes, 1991.
- FRAGOSO, Heleno Cláudio. Perda da liberdade – os direitos dos presos. *VIII Conferência Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil*, 8, 1980, Manaus. Anais...Manaus: OAB, 1980. pp. 759-88.
- MORAES, Pedro Rodolfo Bodê de. *Punição, encarceramento e construção de identidade profissional entre agentes penitenciários*. São Paulo: IBCCRIM, 2005.
- NONATO Eunice Maria Nazarethe; SILVA Clemildo Anacleto da. Educação superior no contexto do cárcere: um relato de experiência sobre a inclusão no ensino superior de mulheres apenadas. *Revista de Educação do Cogeime*, n. 36, jan./jun., pp. 65-81, 2010.
- NUNES, Cintia Varone (org.). *Vozes de um Tempo*. Companhia Rio-grandense de Artes Gráfica (CORAG), Porto Alegre, 2012.
- PIMENTEL, Manuel Pedro. Sistemas penitenciários. *In: Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 639, jan., pp. 265-74, 1989.

- RIO GRANDE DO SUL. Secretaria de Estado da Cultura. Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico do Estado. *Processo 01921 – 08.04 CODEC/90-5*. Requerente: Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico do Estado. Localidade: Porto Alegre. Assunto: Tombamento Capela Bom Pastor. s.d.
- RUDNICKI, Dani; PASSOS, Gabriel Borrea dos. A Alimentação das Presas na Penitenciária Feminina Madre Pelletier. *Revista Tempo da Ciência*, vol. 13, n. 37, pp. 107-123, 2012.
- _____. Três dias no Presídio Central de Porto Alegre: O cotidiano dos policiais militares. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n. 193, jan/mar. 2012.
- _____. Comida e Direitos Humanos no Presídio Central de Porto Alegre. *Revista Direito GV*. São Paulo, v. 7, pp. 515-538, 2011.
- _____; SOUZA, Monica. F. Em busca de uma política pública para os presídios brasileiros: as CPIs do sistema penitenciário de 1976 e 1993. *Revista de Informação Legislativa*, v. 186, pp. 107-115, 2010.
- RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. *Punição e estrutura social*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2004.
- SIKES, Gresham M. *The Society of Captives: a study of a Maximum Security Prison*. Nova York: Princeton University Press, 2007.
- SILVA, Vinicius Marcelo. *A Criação da Superintendência dos Serviços Penitenciários e a Aplicação da Política de Reinserção Social na Penitenciária Feminina Madre Pelletier em Porto Alegre*. Monografia em História. Faculdade Porto-Alegretense. Porto Alegre. 2013.
- TAVARES DOS SANTOS, José Vicente. Microfísica da violência, uma questão social mundial. *Ciência e Cultura*. São Paulo, ano 54, n. 1, pp. 22-24, jul. 2002.
- THOMPSON, Augusto. *A questão penitenciária*. 4.ª ed.. Rio: Forense, 1993.

Recebido em 20 de março de 2015

Aprovado em 11 de agosto de 2016

Dispersão de Fundamentos no Supremo Tribunal Federal

Scattered Arguments in Federal Supreme Court

Fábio Carvalho Leite*

Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro-RJ, Brasil

Marcelo Santini Brando**

Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro-RJ, Brasil

“Crítica? Vossa Excelência está admitindo que está fazendo uma crítica!? Na academia é válida a crítica; aqui não é válida. Aqui ninguém é aluno de ninguém. (...) Então Vossa Excelência não faça crítica ao meu voto! Não admito!”¹

1. Introdução

Difícilmente alguém discordaria que o Supremo Tribunal Federal (STF) alcançou patamar de proeminência no jogo político brasileiro. Questões que estampam as manchetes dos jornais são constantemente levadas à Corte para serem decididas, tais como aquelas envolvendo antecipação terapêutica de parto de fetos anencéfalos (ADPF 54), igualdade racial (RE 597.285),

* Doutor em Direito Público (UERJ), Mestre em Teoria do Estado e Direito Constitucional (PUC-Rio). Professor de Direito Constitucional dos cursos de graduação, mestrado e doutorado da PUC-Rio. E-mail: fabiojur@puc-rio.br

** Mestre em Teoria do Estado e Direito Constitucional (PUC-Rio). Procurador do Estado do Rio de Janeiro. E-mail: marcelosantinibrando@yahoo.com.br

1 Manifestação feita pelo Ministro Ricardo Lewandowski durante debate com o Ministro Gilmar Mendes na sessão plenária de 17/10/2012 referente à Ação Penal nº 470. Vídeo disponível no portal G1: <http://g1.globo.com/politica/noticia/2012/10/lewandowski-e-gilmar-mendes-trocam-criticas-em-sessao-do-stf.html> - acesso em 17/10/2012.

liberdade de expressão (HC 82.424 e 83.996), de informação (ADPF 130) e de reunião (ADPF 187), intervenção do estado no domínio econômico (ADPF 46), democracia e sistema partidário (ADIs 3.999 e 4.086), etc. A lista é extensa e as menções são feitas com caráter meramente exemplificativo.

No entanto, junto com as manchetes de jornais e o reconhecimento do papel desempenhado pela Corte no jogo político vêm os questionamentos dos mais variados setores da sociedade, fator natural numa democracia plural como a brasileira. E os problemas começam quando alguém se indaga sobre qual é a posição firmada pelo STF em casos como o da ADI 3.510, na qual se discutiu a constitucionalidade de pesquisas com células-tronco embrionárias, ou da ADI 2.591, na qual a Corte se debruçou sobre a aplicação do Código de Defesa do Consumidor às relações contratuais bancárias. Acadêmicos e juristas práticos recorrerão à ementa do julgado, mas essa estratégia pode ser traiçoeira, como demonstraram Adriana de Moraes Vojvodic, Ana Mara França Machado e Evorah Lusci Costa Cardoso. As autoras, que analisaram esses e outros casos, apontaram a impossibilidade de se identificar na ementa dos julgados o que foi efetivamente decidido pelo tribunal. Não havia *ratio decidendi* na ADI 3.510, apesar da unanimidade formada em torno da conclusão do julgamento. Já a ADI 2.591 foi um caso ainda mais curioso, pois foram opostos embargos à decisão sob o fundamento de que a ementa, redigida pelo relator (como tem sido a regra), não refletia a decisão da Corte, uma vez que a certidão de julgamento afirmava a improcedência total do pedido, enquanto a ementa afirmava a procedência parcial. Antes fosse apenas este o problema. Ao longo do julgamento dos embargos ficou claro que, contrariando a afirmação do relator, não havia sequer um ponto em relação ao qual os ministros estivessem de acordo e, curiosamente, o tribunal acabou discutindo o caso e elaborando uma nova ementa, “dessa vez reflexo do (novo) julgamento”².

Embora em muitos casos a ementa possa representar uma síntese fidedigna do que foi decidido pelos ministros em conjunto, verifica-se que uma análise mais cautelosa do inteiro teor de alguns acórdãos pode revelar que não há uma *opinião da Corte* porque cada ministro decidiu isoladamente sem a preocupação de relacionar seu voto com o de seu antecessor na própria sessão de julgamento ou até mesmo com o do relator³. Aqui entra

2 VOJVODIC, MACHADO E CARDOSO 2009, p. 35.

3 KLAFKE 2010; RODRIGUEZ 2013, p. 79.

em cena o fenômeno da *dispersão de fundamentos*⁴, que pode ser definido como a formação de maioria decisória em torno do resultado acerca da (in) constitucionalidade de uma lei ou ato normativo (por exemplo, “julgo procedente o pedido” ou “julgo improcedente o pedido”) independentemente dos fundamentos sustentados pelos ministros em seus votos. Assim, apesar de formada a maioria decisória pela declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade da norma objeto do controle, torna-se difícil, por vezes impossível, extrair a *ratio decidendi* ou a opinião majoritária da Corte sobre aquilo que fundamenta o resultado. Parece que o fenômeno não tem atraído a atenção da academia em geral⁵, mas já levou ministros do próprio STF⁶ e alguns teóricos do direito constitucional a afirmarem que o STF é composto por “onze ilhas”⁷ – expressão que simboliza a perplexidade que o fenômeno gera.

A proposta deste artigo é tentar identificar as potenciais causas desse fenômeno e discuti-lo criticamente do ponto de vista normativo. O artigo está estruturado da seguinte forma: no próximo tópico (2) tentaremos identificar as possíveis causas do fenômeno da dispersão de fundamentos. No tópico 3 ensaiaremos uma discussão normativa enquadrando o problema na tradicional questão acerca da legitimidade do controle de constitucionalidade numa democracia. Ainda no tópico 3 introduziremos algumas questões oriundas das ciências cognitivas e da psicologia moral para iluminar o assunto a partir de um novo ponto de vista sobre o problema. No final (tópico 4) serão apresentadas as conclusões da investigação aqui conduzida.

4 Expressão usada pelo Ministro Celso de Mello no julgamento do HC 92.566-SP ao referir-se ao julgamento do RE nº 466.343-SP.

5 O fenômeno não é novo e não ocorre só no Brasil, tendo sido observado em outros sistemas jurídicos, como salientou Frederick Schauer (SCHAUER, 2009, pp. 53 e 172-173).

6 Em projeto de inestimável valor histórico, a Fundação Getúlio Vargas coordenou e realizou entrevistas com os ministros do Supremo Tribunal Federal, ativos e inativos, reunindo o material coletado na publicação intitulada *História Oral do Supremo*. No sentido do texto, enfatizando o isolamento dos ministros, vejam-se as entrevistas concedidas pelos ex-ministros Sepúlveda Pertence, Sydney Sanches e Cezar Peluso.

7 É o caso de Conrado Hübner Mendes, que publicou no jornal Folha de São Paulo o artigo intitulado: “Onze ilhas”. Disponível em <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniaofz0102201008.htm> - acessado em 11/07/2012.

2. O que leva à ocorrência da dispersão de fundamentos?

O que leva à ocorrência da dispersão de fundamentos decisórios? Será que há algo de peculiar nos julgamentos das ações diretas que explique a dispersão de fundamentos? Neste tópico tentaremos dar conta dessas questões. Para tanto, faremos um exercício analítico dos possíveis elementos que se apresentam quando o STF julga uma ação direta e o resultado proclamado, seja por maioria ou por unanimidade, não é suficiente para esclarecer o que levou à decisão tomada. Depois de isolar alguns elementos, discutiremos brevemente qual é a relação entre eles e o fenômeno estudado.

Ao pensarmos no problema da dispersão de fundamentos podemos lançar mão de uma série de pistas que talvez ajudem a explicá-lo com maior ou menor sucesso. Sabemos que o STF extrai sua competência de regras previstas na Constituição (art. 102). Também sabemos que o processo e o julgamento das ações diretas são regulados por regras constitucionais (como, por exemplo, o § 2º do art. 102 e os §§ 1º e 3º do art. 103 da Constituição) e legais (Leis nº 9.868/99 e 9.882/99), além de o *quorum* de deliberação também estar previsto na Constituição (art. 97). Também podemos recorrer às regras do Regimento Interno do STF para ver como a Corte, internamente, decidiu lidar com certos assuntos. Abordar a questão a partir dessas pistas parece promissor, uma vez que os ministros seguem regras constitucionais, legais e até regimentais para processar e julgar as ações diretas.

Como procuramos explicar a dispersão de fundamentos dentro de uma maioria ou unanimidade, é interessante começar a investigação pela regra que dispõe sobre como é formado o *quorum* no julgamento das ações diretas. O art. 97 da Constituição estabelece que a inconstitucionalidade de uma norma só pode ser declarada pela maioria absoluta dos membros do STF – o que não é muito significativo para o problema específico que analisamos. Aquilo que a regra não diz é muito mais significativo: como essa maioria será formada? A prática consolidada no art. 173 do Regimento Interno do STF⁸ é no sentido de que apenas a conclusão – e não a fundamentação – pela constitucionalidade ou inconstitucionalidade da norma seja levada em consideração. Chamaremos essa prática consolidada de *re-*

8 Dispõe o art. 173 do Regimento Interno do STF: “Art. 173. Efetuado o julgamento, com o quorum do art. 143, parágrafo único, proclamar-se-á a inconstitucionalidade ou a constitucionalidade do preceito ou do ato impugnados, se num ou noutro sentido se tiverem manifestado seis Ministros” (grifei).

gra de maioria decisória simples (RMDS). A RMDS afirma que no julgamento das ações diretas os fundamentos apresentados pelos ministros não têm relevância para a formação do *quorum* decisório.

A regra aqui analisada não é propriamente virtuosa ou perniciosa, visto que parece atender adequadamente a meta de operacionalizar as atividades da Corte. É possível conceber cenários em que regras diferentes sejam empregadas a fim de assegurar outros propósitos. Por exemplo, suponha uma regra que somente considere formada a maioria quando houver convergência em torno dos fundamentos da decisão. Tal regra teria o potencial efeito de frear as atividades da Corte, que se veria diante da tarefa de formar consenso em torno dos fundamentos da declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade. Portanto, vê-se que esse tipo de escolha institucional é de caráter contingente e contextual. O atual modelo tem implicações práticas (talvez dê uma maior operacionalidade à atividade da Corte), mas o essencial é destacar que a RMDS contribui com o fenômeno discutido: se os fundamentos não importam, aumentam as chances de dispersão.

Outro elemento que parece desempenhar algum papel na dispersão de fundamentos é o reconhecimento e prática pelo STF do “princípio da causa de pedir aberta” nas ações de inconstitucionalidade (ADI e ADPF)⁹. De acordo com esse princípio, uma vez admitido o processamento da ação¹⁰, o STF tem ampla margem para apreciar a questão constitucional. Embora o STF já tenha restringido o princípio ao não admitir que se discuta vício material em ação direta ajuizada com alegação de vício formal¹¹, fato é que ainda há uma ampla margem de apreciação. Dentro dessas limitações, o princípio da causa de pedir aberta permite, ao menos teoricamente, que

9 A rigor, a causa de pedir aberta não se aplica à ADC (LEITE, 2014).

10 No julgamento da ADI nº 3.789 AgR/PR em 18/12/2014 (Rel. Min. Teori Zavascki) a Corte reafirmou o entendimento no sentido de que a abertura da causa de pedir “*não desincumbe o requerente do ônus de apresentar os fundamentos pelos quais pretende obter a invalidação dos preceitos contestados*”. O parecer do Procurador-Geral da República, citado pelo Min. Relator, assim pontuou: afirmada a inconstitucionalidade de certa Lei, não está o STF obrigado a cotejá-la com cada artigo da Constituição, de modo a identificar se ocorria violação a parâmetro constitucional não invocado na inicial. A petição inicial que não atender ao requisito mínimo de indicação do parâmetro de controle sequer será admitida e, conseqüentemente, não incidirá o princípio da causa de pedir aberta.

11 “Questão de ordem resolvida no sentido da impossibilidade de se examinar a constitucionalidade material dos dispositivos da Lei 8.429/1992 dada a circunstância de o pedido da ação direta de inconstitucionalidade se limitar única e exclusivamente à declaração de inconstitucionalidade formal da lei, sem qualquer argumentação relativa a eventuais vícios materiais de constitucionalidade da norma” (ADI 2182-DF, Relator Min. MARCO AURÉLIO, Relatora p/ Acórdão: Min. CÁRMEN LÚCIA, julgada em 12/05/2010, grifou-se).

o STF reconheça a inconstitucionalidade com base em qualquer norma constitucional.

Também esse princípio não é em si mesmo virtuoso ou pernicioso. É possível conceber outros modelos com vantagens e desvantagens em relação à atual prática do STF. Por exemplo, pode-se imaginar uma regra de estrita vinculação ao pedido e à causa de pedir que poderia ser reportada a um modelo institucional que preserva com maior intensidade a separação de poderes e a presunção de constitucionalidade dos atos do poder público. Ao se deparar com a petição inicial de uma ação de inconstitucionalidade com pedido e causa de pedir específicos, estaria o STF impedido de investigar outros possíveis fundamentos. Somente nos casos em que o requerente viesse a apresentar sólida demanda de inconstitucionalidade com fundamentos e pedidos delineados é que estaria o STF autorizado a invalidar um ato do poder público. Uma vez mais a escolha é contingente e contextual. O atual modelo tem suas implicações políticas (talvez uma atribuição de maior poder à Corte) e jurídicas (talvez uma maior garantia à Constituição), mas o essencial é destacar que contribui com o fenômeno discutido: se a busca pelos fundamentos pode ser ampla, aumentam as chances de dispersão.

Um último elemento que parece desempenhar algum papel na ocorrência do fenômeno da dispersão de fundamentos é inerente ao texto constitucional: a indeterminação relativa da Constituição. Antes de avançarmos, é preciso enfatizar que ao reconhecermos que o direito pode ser indeterminado, tomamos o cuidado de não induzir o leitor ou a leitora a acreditar que sustentamos a *absoluta* indeterminação do direito. Diversas podem ser as causas que ensejam os problemas de indeterminação do direito: vagueza linguística, *sobreinclusão* e *subinclusão* de instâncias de aplicação de regras gerais, antinomias normativas, conflitos entre cânones interpretativos, lacunas normativas, e o fenômeno da textura aberta da linguagem. Examinemos duas delas para esclarecer o argumento.

Vagueza é uma característica indelével da linguagem e, por extensão, de parte do direito¹². A Constituição de 1988 incorpora conceitos vagos cujas fronteiras de aplicação podem se revelar imprecisas. Pense nos seguintes exemplos. Quais são os conjuntos de propriedades que devem estar presentes para a aplicação dos conceitos de dignidade da pessoa humana (art.

12 STRUCHINER, 2005, pp. 113-118.

1º, inciso III), tratamento desumano ou degradante (art. 5º, inciso III), discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais (art. 5º, inciso XLI) e pena cruel (art. 5º, XLVII, alínea 'e')? Ou dos conceitos de sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, inciso I), redução das desigualdades/disparidades regionais e sociais (arts. 3º, III; 43; 165, § 7º; 170, VII; e 198, § 3º, inciso II) e proibição de utilização de tributo com efeito de confisco (art. 150, inciso IV)? Ou ainda dos conceitos de liberdade de manifestação do pensamento (art. 5º, inciso IV) e inviolabilidade da honra e da imagem (art. 5º, inciso X)? Abstraindo-se o grau de vagueza de cada um desses exemplos, parece que a imprecisão nessas fronteiras conceituais aumenta as chances de dispersão de fundamentos.

Além disso, é possível que duas ou mais normas constitucionais coincidam no processo decisório ou entrem em conflito em relação à questão constitucional. Por exemplo, na discussão concernente à antecipação terapêutica de fetos com anencefalia é concebível a montagem de estratégias argumentativas baseadas na dignidade humana e no direito à privacidade da gestante, ou na discussão acerca dos elementos do tipo penal que criminalizam o aborto (introduzindo uma questão acerca dos limites do poder estatal de criminalizar condutas), ou até mesmo nas noções mais vagas de razoabilidade e proporcionalidade¹³. Nesses e noutros casos¹⁴ não haveria uma norma mais localmente aplicável cujo apelo textual ensejaria sua incidência e a correlata exclusão de outras do raciocínio decisório, aumentando as chances de dispersão.

Assim como nos elementos anteriores, não há nada de particularmente virtuoso ou pernicioso no reconhecimento de que o texto constitucional é marcado por certo grau de indeterminação. Aqui também entra o problema de escolhas contingentes e contextuais. O que é preferível? Elaborar uma Constituição dotada de normas mais vagas, conferindo-lhe plasticidade e adaptabilidade frente às pressões sociais, econômicas e culturais? Ou elaborar uma Constituição dotada de normas mais precisas, conferindo-lhe rigidez e indiferença frente a essas pressões? Não pretendemos responder a essas questões. Basta lembrar que a Constituição de 1988 é muitas vezes

13 Não estamos afirmando que o STF usou ou deveria ter usado essas estratégias. Apenas quisemos apresentar um rol de estratégias possíveis a partir do atual contexto jurisprudencial da Corte.

14 Há exemplos clássicos como aqueles que envolvem o conflito entre direitos fundamentais: liberdade de expressão ou liberdade de informação vs. inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas.

destacada por ter contemplado uma série de direitos em normas vagas (os chamados princípios), o que também contribui com o fenômeno discutido: se a indeterminação relativa do texto constitucional dificulta que se determinem as fronteiras de aplicação de conceitos, logo aumentam as chances de dispersão.

Recapitulando, parece que há pelo menos três elementos presentes nos julgamentos do STF marcados pelo fenômeno da dispersão de fundamentos: RMDS + causa de pedir aberta + indeterminação relativa do texto constitucional. O primeiro decorre do que o art. 97 da Constituição não diz; o segundo decorre da jurisprudência do STF acerca da natureza objetiva do processo de julgamento das ações diretas; e o terceiro decorre da natureza da linguagem constitucional.

A partir de agora é importante investigar outra questão: qual é a relação entre esses elementos? Seria possível a ocorrência de dispersão de fundamentos ainda que (a) a formação da maioria dependesse dos fundamentos, (b) a causa de pedir fosse “fechada”, e (c) o texto constitucional fosse composto apenas por normas precisas? É difícil imaginar a dispersão nesse cenário, mas isso também não diz muito porque dificilmente uma Corte constitucional trabalha sob tais circunstâncias. Intuitivamente parece que o elemento mais forte da equação está na RMDS, mas é possível fazer alguns experimentos mentais para testar o papel desempenhado pelos demais.

Imagine um cenário em que a causa de pedir fosse “fechada”, parte do texto constitucional indeterminada, mas a formação da maioria seguisse a RMDS. Nesse caso, é possível que haja dispersão de fundamentos, porque causa de pedir “fechada” não é a mesma coisa que uma única causa de pedir. Significa que a Corte não poderá buscar livremente outros fundamentos para a decisão, mas nada impede que a petição inicial da ação direta ofereça aos ministros dois ou mais fundamentos. De todo modo, a circunscrição da atividade da Corte aos fundamentos apresentados pelo requerente parece ser elemento que diminui a possibilidade de dispersão.

Agora imagine um cenário em que o texto constitucional fosse todo preciso, a causa de pedir fosse aberta, mas a formação da maioria seguisse a RMDS. A dispersão de fundamentos ainda é possível, dado que a precisão do texto constitucional não impede divergências em torno dos fundamentos da decisão na ação direta. O requerente pode apresentar mais de uma razão para se reconhecer a inconstitucionalidade formal de uma norma: ofensa à regra de competência da União para legislar sobre

direito civil e ofensa ao procedimento legislativo. Mas o fato é que certas polêmicas – e as correlatas dispersões de fundamentos – ocorrem exatamente nas zonas de indeterminação do direito, razão pela qual a ideia de uma Constituição mais precisa parece realmente sugerir que as chances de dispersão seriam menores.

Resultado diferente parece que adviria se a RMDS fosse transformada numa regra de maioria decisória vinculada aos fundamentos (RMDVF). Tal regra demandaria que a conclusão alcançada pelos ministros fosse amparada pela concordância em torno dos fundamentos dessa conclusão. Veja-se que nesse cenário não parece importar se o texto constitucional é determinado, nem se a causa de pedir é aberta ou fechada. A RMDVF afirma que no julgamento das ações diretas os fundamentos apresentados pelos ministros têm relevância para a formação do *quorum* decisório. O exemplo a seguir foi construído a partir do julgamento da ADI nº 1.950 pelo STF e ilustra bem o argumento aqui desenvolvido.

O objeto da ADI 1.950 era a Lei nº 7.844/1992, do Estado de São Paulo, que assegurava a estudantes matriculados em estabelecimento de ensino um desconto de 50% do valor cobrado para ingresso em casas de diversão, esporte, cultura e lazer. Os Ministros Marco Aurélio e Cezar Peluso votaram pela procedência da ação, mas por fundamentos distintos (ao menos inicialmente). Enquanto Marco Aurélio entendia que, embora o Estado tivesse competência para legislar sobre a matéria (art. 24, I), a lei violava a livre iniciativa (art. 170) – inconstitucionalidade material –, Cezar Peluso entendia que a lei estava “interferindo em contratos”, razão pela qual a competência legislativa seria da União (Art. 22, I) – inconstitucionalidade formal. Suponha que dois ministros tivessem acompanhado o Min. Marco Aurélio, outros dois tivessem acompanhado o Min. Cezar Peluso, e os demais entendessem que a lei é constitucional. Haveria neste caso seis votos (maioria, portanto) pela procedência da ação, o que pela RMDS seria suficiente para se declarar a inconstitucionalidade da lei (6x5) com eficácia *erga omnes*.

No entanto, aplicada a RMDVF, teríamos outro cenário: cinco ministros entendem que a lei é constitucional (por ser matéria de competência concorrente – art. 24, I – e não violar a livre iniciativa – art. 170), três entendem que é inconstitucional por violar a livre iniciativa (embora o Estado tenha competência para legislar sobre o tema) e três entendem que é inconstitucional porque o Estado não tem competência para legislar sobre o tema (embora não viole a livre iniciativa). A diferença, neste caso, fica vi-

sível se considerarmos que, sob o aspecto formal, oito ministros entendem que a lei é constitucional (e o Estado tem competência para legislar sobre o tema) e sob o aspecto material, também oito ministros entendem que a lei não viola o princípio da livre iniciativa. Assim fica claro o impacto que a adoção de uma ou outra regra de formação da maioria decisória tem no controle de constitucionalidade.

A RMDS é a regra vigente no processo decisório do STF e parece exercer papel significativo na ocorrência do fenômeno da dispersão de fundamentos. É enganoso pensar que a causa de pedir aberta e a indeterminação parcial do texto constitucional seriam condições necessárias e suficientes para a ocorrência do fenômeno, mas isso não significa que esses elementos desempenhem papel diminuto. Ao contrário, parece haver uma correlação entre a presença deles e a ocorrência do fenômeno da dispersão de fundamentos. Sem pretensões de formalizar o argumento de maneira rigorosa, parece possível afirmar que a presença dos elementos acima identificados aumenta as chances de o julgamento do STF ser marcado pelo fenômeno da dispersão de fundamentos. Essa é uma calibragem difícil de medir, mas não é impossível testá-la na realidade a partir da análise das estratégias argumentativas dos ministros.

Após a análise, parece possível responder às perguntas: o que leva à ocorrência da dispersão de fundamentos decisórios? Será que há algo de peculiar nesses julgamentos que explique a dispersão de fundamentos? Como se viu, parece que a dispersão de fundamentos decisórios é fenômeno que ocorre pela presença necessária da RMDS associada à presença contingente do princípio da causa de pedir aberta e da indeterminação relativa do texto constitucional.

Identificadas as causas do fenômeno, é hora de discuti-lo criticamente do ponto de vista normativo.

3. Por que o fenômeno da dispersão de fundamentos não é desejável?

3.1. Revisitando o debate sobre a legitimidade do controle de constitucionalidade

No tópico anterior analisamos as variáveis que se apresentam no problema da dispersão de fundamentos no julgamento das ações de controle de constitucionalidade. Agora voltaremos nossa atenção para as possíveis consequências desse fenômeno e suas implicações normativas. Por exem-

plo, Guilherme Formigoni Klafke¹⁵ analisou e comparou sete decisões do STF tomadas em julgamentos de ações diretas para tentar identificar as práticas decisórias adotadas pela Corte. Dentre os diversos problemas listados, o autor menciona a ausência de uma racionalidade comum¹⁶. Semelhante crítica foi feita por Vojvodic, Machado e Cardoso ao afirmarem que “a leitura minuciosa de casos difíceis mostra que a falta de clareza, coerência ou até a dificuldade de se encontrar a *ratio decidendi* (a linha argumentativa da decisão) são obstáculos a essa função” de controle democrático das decisões¹⁷.

Essas evidências preliminares fornecem a ponte que permite avançar da investigação do campo descritivo-conceitual para o campo normativo. Enquadrando a investigação aqui conduzida na tradicional discussão da teoria constitucional acerca da legitimidade do controle de constitucionalidade frente ao princípio democrático, surge a pergunta: como pode uma Corte invalidar uma lei aprovada pelo Congresso mediante processo decisório baseado na simples soma de votos independentemente dos fundamentos? Será que é legítimo admitir que a Corte invalide uma norma com base em uma maioria que, em si, não constitui maioria alguma? Será que é desejável que as ações diretas sejam decididas sem qualquer influência da fundamentação empregada pelos ministros?

Em uma série de três artigos, Conrado Hübner Mendes¹⁸ faz um interessante inventário da discussão que aqui aparece como pano de fundo. De maneira resumida, o autor esclarece que o debate normativo sobre a legitimidade do controle de constitucionalidade se encontra paralisado num beco sem saída diante do esgotamento dos argumentos favoráveis e contrários às teorias da última palavra¹⁹. Essas teorias se dividem entre a supremacia judicial e a supremacia do parlamento na democracia, ambas partindo de suposições acerca da natureza humana, do lugar da moralidade e da razão nos determinantes do comportamento humano, da racionalidade da tomada de decisão coletiva, etc.²⁰. De um lado, autores como Ronald Dworkin são partidários da supremacia judicial e se engajam na

15 KLAFKE, 2010.

16 KLAFKE, 2010, pp. 117-121.

17 VOJVODIC, MACHADO E CARDOSO, 2009, p. 25.

18 MENDES, 2009a, 2009b e 2011.

19 MENDES, 2009a, p. 1.

20 MENDES, 2009a, p. 6.

discussão normativa a partir de uma pintura idealizada da atividade judicial e uma caricatura desonrosa da atividade legislativa. De outro lado, partidários da supremacia do parlamento, inspirados na literatura da ciência política, buscam apresentar um retrato mais fidedigno dessas atividades, mas enaltecem as virtudes do parlamento, como Jeremy Waldron²¹.

De acordo com Mendes, o paradigma da teoria constitucional é de confronto: um juiz heroico e defensor dos direitos contra um legislador egoísta e venal; ou um juiz legalista e ideológico contra um legislador virtuoso e preocupado com o bem comum²². Esse é o beco sem saída. Afirmar o extremo oposto – “não há última palavra” – também não resolve o problema, pois ignora certos fatos relevantes acerca das decisões coletivas tomadas: todas têm um custo político e consomem certos fatos que se tornam irreversíveis²³.

Para o autor, o problema central em torno da modelagem de instituições políticas e jurídicas é encontrar um ponto de equilíbrio entre continuidade e fim. Há uma infundável circularidade no processo de tomada de decisão coletiva que dá à ideia de última palavra um sentido limitado. E se há um limite na ideia última palavra, então definir quem deve tê-la talvez seja uma questão menor. Para Mendes, o ponto central é tentar entender como a separação de poderes pode ser empregada com a finalidade de melhorar o processo de tomada de decisão coletiva²⁴. Mendes afirma: “*Decisões coletivas em torno dos direitos não são alcançadas isoladamente, seja pelo parlamento ou pela Corte, mas pela interação entre eles*”²⁵. Mendes se inspira na visão de John Stuart Mill sobre liberdade de expressão para sustentar uma posição que chama de separação de poderes deliberativa²⁶.

As limitações deste trabalho não permitem grandes divagações acerca das teorias do diálogo institucional, mas parece interessante pensar no tema aqui analisado a partir do quadro teórico montado por Conrado Hübner Mendes e da prática da Corte. Como afirmado no item anterior, a RMDS é o resultado de uma escolha contingente e contextual, não sendo

21 MENDES, 2009a, pp. 6-7.

22 MENDES, 2009a, p. 40.

23 MENDES, 2009a, p. 41.

24 MENDES, 2009a, pp. 41-42.

25 MENDES, 2009a, pp. 41-42.

26 MENDES, 2011.

intrinsecamente (in)desejável. Sua adoção em um sistema jurídico deverá ser o resultado do balanceamento de suas vantagens e desvantagens, bem como dos propósitos escolhidos na modelagem do sistema. Aqui ficou claro que a RMDS tem a virtude de operacionalizar a tomada de decisão no âmbito do STF, evitando-se o emperramento de suas atividades ou, pior, a paralisia decisória. Apesar dessa virtude, a RMDS gera problemas que parecem superar as razões para se adotá-la como regra sobre a formação do *quorum* decisório.

3.2. O problema da resposta certa

O primeiro problema diz respeito à atuação da Corte no exame de causas envolvendo direitos fundamentais e sua suposta proximidade com a “resposta certa”. Como esclarece Conrado Hübner Mendes, normalmente os defensores da supremacia judicial partem de visões idealizadas acerca da atividade desempenhada numa Corte constitucional ou, de maneira mais abrangente, da atividade dos juízes. O argumento tradicionalmente se desenvolve da seguinte maneira: a Corte seria menos falível na defesa de direitos e garantias fundamentais e conseguiria se aproximar da “resposta certa” porque os juízes trabalham num ambiente que os obriga a apresentar justificações racionais para suas decisões, rotina que reduziria a probabilidade de erros²⁷.

Abstraindo-se a polêmica metaética entre cognitivistas e não-cognitivistas que está por trás da tese da “resposta certa” nos casos difíceis moralmente carregados²⁸, é difícil sustentar que o STF “acerta” ou “erra” quando não é possível determinar em torno de que os ministros acordaram. O simples fato de terem que apresentar as justificações racionais para suas decisões não reduz as chances de erro, pelo menos se encararmos a prática da Corte. Não raro os ministros apresentam a seus pares longuíssimos votos²⁹ que elevam o grau de abstração das discussões constitucionais, entrelaçando-as com conceitos como dignidade humana, liberdade, igualdade e justiça social. Todavia, cada ministro decide isoladamente³⁰ sem a preocupação

27 MENDES, 2009a, pp. 22-23.

28 MILLER, 2003.

29 A título de exemplo, vejam-se os acórdãos e os respectivos votos proferidos em ADPF 54, ADI 3.510, ADI 4.277, ADPF 132, ADPF 130, ADI 3.330, etc.

30 O isolamento dos ministros parece ser a forma como eles mesmos enxergam o funcionamento da Corte. Em entrevista concedida ao grupo de pesquisadores da Fundação Getúlio Vargas, o ex-ministro Sepúlveda

de relacionar seu voto com o do relator ou de seu antecessor na própria sessão de julgamento, bem como com qualquer fundamento contido em outro pronunciamento³¹. Por vezes, quando tais referências são feitas, elas são “*superficiais, dispensáveis ou meramente elogiosas*”³². Como observou José Rodrigo Rodriguez, a Corte não se reúne para redigir sua decisão de maneira ordenada em um texto coerente acompanhado dos eventuais votos dissidentes. Tem-se o que ele chamada de *justiça opinativa*³³. Ainda que a Corte “acerte” no resultado e declare a inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo – suponha-se que a comunidade de operadores do direito esteja de acordo que este é o resultado correto –, não seremos capazes de extrair a *ratio decidendi* do acórdão. A RMDS permite que esse cenário indesejável se forme e a proximidade com a ideia “resposta certa” é derrotada pela forma como a Corte desempenha suas atividades.

3.3. Barreiras ao estabelecimento de precedentes capazes de formar jurisprudência.

O segundo problema da RMDS reside na criação de barreiras ao estabelecimento de precedentes capazes de formar uma jurisprudência. No campo do direito constitucional, especialmente no cenário dos casos difíceis, a decisão tomada pela Corte deveria desempenhar um importante papel de orientação de condutas, tanto para os cidadãos quanto para os demais órgãos do poder público e do Poder Judiciário. Contudo, fica a indagação: “*como influenciar cortes inferiores se não é possível reconhecer qual é a decisão do STF?*”³⁴. Se a maioria decisória se formar a partir da união dos votos

Pertence relatou que a interação entre os membros da Corte era rara. Em seguida, declarou: “*Cheguei a dizer – o ministro Jobim gosta muito de repetir esta frase minha – que éramos onze ilhas incomunicáveis, um arquipélago de onze ilhas incomunicáveis. Realmente, na maior parte dos dezoito anos que passei, as relações pessoais eram extremamente raras*” (FONTAINHA, DA SILVA, NUÑEZ 2015, pp. 115-116). No mesmo sentido declararam o ex-ministro Cezar Peluso “*Difícilmente conversam entre si sobre... Difícilmente expõem o ponto de vista deles antes da sessão. Eles são muito ciosos das posições pessoais, e eu não quero fazer análise das razões pelas quais cada um tem essa postura*” (FONTAINHA, SILVA, ALMEIDA 2015, pp. 106-113) e o ex-ministro Sidney Sanches: “*Não, no Supremo não havia troca de ideias sobre esse tipo. Cada um se reservava para dizer como é que ia votar. Eu não tomava liberdade com nenhum deles. Se algum trocava ideias, eu não participava. Porque eu não queria que interferissem na minha opinião nem queria interferir na opinião de outros*” (FONTAINHA, MATTOS, SATO, 2015, p. 161).

31 KLAFKE, 2010.

32 KLAFKE, 2010, p. 119.

33 RODRIGUEZ, 2013, pp. 63 e 79.

34 VOJVODIC, MACHADO E CARDOSO, 2009, p. 26.

isolados dos ministros, cada um deles se valendo de fundamentos diferentes, sequer será possível extrair a *ratio decidendi* do julgado. Semelhante dificuldade se encontra no contexto do Reino Unido, conforme esclarece Frederick Schauer:

A extração da *ratio decidendi* é uma questão muito mais importante no Reino Unido do que nos Estados Unidos, porque na tradicional prática de Apelação britânica, bem como em outros países da *Commonwealth*, não é necessário que haja uma única opinião da maioria ou uma opinião da corte. Os três, cinco ou mais juízes que julgam o caso tipicamente darão suas opiniões individuais. O resultado alcançado pela maioria desses juízes será o resultado do caso, mas determinar os fundamentos do caso é inevitavelmente um processo de determinar quais proposições jurídicas e quais razões atraíram o acordo de uma maioria dos juízes. Então, se o Juiz A decidir em favor do autor pelas razões *x*, *y* e *z*, e o Juiz B decidir em favor do autor pelas razões *p*, *q* e *x*, e se o Juiz C decidir em favor do réu, então a *ratio decidendi* é *x*, a razão (e a única razão) compartilhada pela maioria dos juízes. Onde esta prática de opiniões individuais não existe, tal como nos Estados Unidos (exceto na medida em que a Suprema Corte se divide cada vez mais e parece se mover nesta direção), a questão de determinar a *ratio decidendi* é menos complexa.³⁵

A questão é particularmente significativa no controle de constitucionalidade. Nenhuma lei viola toda a Constituição, mas um ou alguns de seus dispositivos. Mais importante do que afirmar que uma lei é inconstitucional (resultado que pode ser alcançado pela RMDS, com fundamentos divergentes) é identificar qual(is) dispositivo(s) foi(foram) violado(s). Seja pela estrutura típica das decisões judiciais, seja pelo disposto nos artigos 23 e 24 da Lei nº 9.868/99³⁶, o dispositivo de um acórdão em ADI se limita a reconhecer a constitucionalidade de um ato normativo, sem referência à norma constitucional violada.

³⁵ SCHAUER 2009, p. 53, tradução livre.

³⁶ Art. 23. Efetuado o julgamento, proclamar-se-á a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade da disposição ou da norma impugnada se num ou noutro sentido se tiverem manifestado pelo menos seis Ministros, quer se trate de ação direta de inconstitucionalidade ou de ação declaratória de constitucionalidade. (...) Art. 24. Proclamada a constitucionalidade, julgar-se-á improcedente a ação direta ou procedente eventual ação declaratória; e, proclamada a inconstitucionalidade, julgar-se-á procedente a ação direta ou improcedente eventual ação declaratória.

Essas considerações também têm relevância no campo dos enunciados de súmula da jurisprudência predominante do STF (vinculantes ou não). Não é necessário revisitar as pertinentes críticas feitas por Leonardo Greco em relação à criação de enunciados de súmula que não guardam relação com os precedentes ou razões decisórias invocadas³⁷. O ponto aqui é outro. Enunciados de súmula são instrumentos que têm a pretensão de pacificar a interpretação da Constituição e uniformizar o tratamento de casos a respeito de um assunto. Sabendo-se que o fenômeno da dispersão de fundamentos dificulta a extração de uma *ratio decidendi* dos julgados do STF, parece certo que o atingimento da própria finalidade dos enunciados sumulares depende de algo mais do que afirmações como “a Lei X é inconstitucional” ou “a Lei Y viola a Constituição”, que nada dizem a respeito da interpretação que o tribunal faz do texto constitucional (vejam-se, por exemplo, as Súmulas Vinculantes n.º 6, 8, 9, 21, 28, 29 e 31). Uma estratégia que pode trazer melhores resultados é aquela que aponta não só a conclusão, mas também o fundamento da interpretação dada pelo STF à Constituição, tal como se vê na Súmula Vinculante n.º 12³⁸.

3.4. Presunção de (in)constitucionalidade?

Em terceiro lugar, não há nada de natural na ideia de onze ministros poderem, por razões distintas, invalidar uma norma pelo simples fato de concordarem com o resultado. É corrente afirmar-se no âmbito do Direito Constitucional que os atos produzidos pelo Poder Público, notadamente os do Poder Legislativo, se revestem de presunção de constitucionalidade³⁹. A presunção é relativa, mas se recomenda ao órgão competente pelo controle de constitucionalidade que aja com parcimônia. Uma das regras decorrentes da aplicação desse princípio é que “*havendo dúvida ou a possibilidade de razoavelmente se considerar a norma como válida, deve o órgão competente abster-se da declaração de inconstitucionalidade*”⁴⁰. Obviamente há casos fáceis em que a presunção cede diante da flagrante inconstitucionalidade, tal como se dá com frequência nas leis editadas com vício de inicia-

37 GRECO, 2005.

38 Eis a redação da Súmula Vinculante n.º 12: “A cobrança de taxa de matrícula nas universidades públicas viola o disposto no art. 206, IV, da Constituição Federal”.

39 BONAVIDES, 2004, pp. 517-524; MENDES, COELHO E BRANCO, 2008, pp. 119-120; BARROSO, 2008, pp. 174-188.

40 BARROSO, 2008, p. 178.

tiva. Contudo, e noutra perspectiva, os casos difíceis do direito moralmente carregados podem colocar os ministros diante de verdadeiros dilemas cujas fronteiras entre o justo e o injusto, o proporcional e o desproporcional, o razoável e o irrazoável, não se identifiquem com facilidade. Nesses casos, desacordos morais razoáveis podem emergir e justificar a conclusão de que a inconstitucionalidade da norma objeto do controle é até mesmo duvidosa.

Exatamente em razão da possibilidade de existirem casos em que a alegada inconstitucionalidade seja duvidosa é que a aplicação da RMDS se mostra problemática. Não é preciso sustentar uma teoria de autocontenção forte como a de John Hart Ely⁴¹ ou aderir à tese da separação de poderes deliberativa sustentada por Conrado Hübner Mendes⁴² para se chegar à seguinte conclusão: quando os ministros não conseguem alcançar um consenso em torno do fundamento da inconstitucionalidade, não devem pronunciá-la como resultado do julgamento. Admitir que a presunção de constitucionalidade seja superada com base na mera soma de votos de ministros, que não convencem nem mesmo os seus pares, podendo eventualmente resultar de interpretações idiossincráticas do texto constitucional, é fazer pouco caso da importância da experimentação numa democracia⁴³.

3.5. Psicologia da tomada de decisão judicial

Por fim, o problema da dispersão de fundamentos pode ser iluminado por uma breve incursão na recente literatura das ciências cognitivas e, mais especificamente, da psicologia moral. Pense no problema dos casos difíceis que têm inequívoco apelo moral⁴⁴, como, por exemplo, um caso que envolva a polêmica acerca dos limites da liberdade de expressão e a veiculação de discurso do ódio, ou a criminalização de jogos de azar, a criminalização do aborto, a proibição do uso de substâncias entorpecentes, a promoção da igualdade e o respeito às minorias, etc. Sejam lá quais forem as decisões tomadas individualmente pelos ministros, seguramente estarão convictos de que as tomaram com respaldo no bom senso, no melhor uso da razão, “conforme sua consciência”⁴⁵. Se no passado o matemático e fi-

41 ELY, 1980/2010.

42 MENDES, 2011.

43 LEITE, 2012, pp. 127-128.

44 Para uma tentativa de conceituação da ideia de “casos difíceis moralmente carregados”, ver STRUCHINER E BRANDO, 2014.

45 Veja-se, por exemplo, que o Min. Marco Aurélio já declarou seguir sua consciência e que, em seu pro-

lósofo francês René Descartes teve um ótimo palpite quando afirmou que bom senso é algo que *todos pensam que têm*⁴⁶, atualmente há farto conjunto de evidências empíricas que dão suporte à visão de que nossa crença de que o mundo faz sentido repousa em nossa habilidade quase ilimitada de ignorar nossa ignorância⁴⁷. Aqui entram em cena as pesquisas que investigam a forma como as pessoas pensam, raciocinam e tomam decisões, inclusive no campo da moralidade.

Durante muito tempo acreditou-se que o pensamento humano e que a solução de problemas se davam apenas no nível da consciência e que eram o produto do sistema da linguagem⁴⁸. No entanto, aos poucos essa posição passou a ser desacreditada em razão de robusta evidência empírica em favor de uma concepção de organização cerebral modular, isto é, o cérebro humano se organiza dividido em unidades funcionais relativamente independentes que trabalham paralelamente. Módulos mentais são sistemas que processam informações (*input*) e oferecem respostas (*outputs*) rápidas e automáticas diante de certas pistas ou gatilhos situacionais ou ambientais. Normalmente, o trabalho de solução de problemas desempenhado por esses módulos ocorre apartado de nossa consciência verbal. Essas descobertas reportadas por Michael S. Gazzaniga abriram o caminho para a formulação das teorias de processo dual, de acordo com as quais o pensamento e julgamento são operados por sistemas distintos às vezes chamados de implícito e explícito, intuitivo e deliberativo, ou sistema 1 e sistema 2⁴⁹. As características dos sistemas serão descritas a seguir.

O sistema intuitivo não é propriamente um único sistema, mas um conjunto de subsistemas que operam com certa autonomia⁵⁰. Dentro desse sistema estão inseridos programas inatos de comportamentos instintivos. Tarefas importantes como reconhecimento facial, propriocepção, percepção de profundidade visual, resolução de ambiguidades linguísticas etc. são desempenhadas por esse sistema⁵¹. Como sugere Daniel Kahneman,

cesso decisório, primeiro idealiza a solução mais justa para, em segundo lugar, buscar apoio nos materiais jurídicos disponíveis (MELLO, 2010).

46 DESCARTES, 2006, p. 5.

47 KAHNEMAN, 2011, p. 201.

48 GAZZANIGA, 1985, p. 4.

49 EVANS, 2003; STANOVICH, 2010; CUSHMAN, YOUNG, E GREENE 2010.

50 EVANS, 2003, p. 454.

51 STANOVICH, 2010, p. 128.

o sistema intuitivo gera sem esforço as impressões e sensações que são as principais fontes das crenças explícitas e escolhas deliberadas do sistema deliberativo, a seguir descrito⁵². Também há evidência de que o sistema intuitivo detém primazia na realização julgamentos morais automáticos baseados numa ética intuitiva⁵³. O sistema intuitivo é automático e se caracteriza por operar rapidamente, sem esforço, de maneira não intencional, e inconsciente. Apenas seu produto final chega ao nível da consciência⁵⁴.

Enquanto o sistema intuitivo é geralmente descrito como uma forma de cognição universal compartilhada entre seres humanos e os outros animais, considera-se que o sistema deliberativo evoluiu mais recentemente e é exclusividade dos seres humanos. É esse sistema que representa nossa experiência consciente, que tem crenças, faz escolhas e toma decisões⁵⁵. O sistema deliberativo é relativamente lento, esforçado, intencional, controlável e consciente. Seu uso demanda atenção, e atenção é um recurso limitado. Uma das principais funções do sistema deliberativo é superar o sistema intuitivo e suas desvantagens. Também é o sistema deliberativo que viabiliza o pensamento “abstrato-hipotético”, tornando possível lucubrarmos sobre a probabilidade de ocorrência de eventos futuros, suas causas e consequências⁵⁶. O sistema deliberativo também pode ser recrutado para a realização de julgamentos morais⁵⁷, embora se especule que tal se dê em situações mais raras precipuamente quando a intuição inicial for fraca e a capacidade de processamento for elevada⁵⁸.

Os processos automáticos vêm operando a vida humana e a vida dos animais por 500 milhões de anos. Apesar de o sistema intuitivo ser muito bom no que faz⁵⁹, não está a salvo de cometer erros de maneira sistemática em tarefas cuja rapidez e automaticidade se revelem como entraves para a boa tomada de decisão. Na década de 1970 Amos Tversky e Daniel Kahneman deram início às pesquisas sobre processos automáticos e tomada de decisão, inaugurando o programa de pesquisa que ficou conhecido como

52 KAHNEMAN, 2011, p. 21.

53 HAIDT, 2001; HAIDT E JOSEPH, 2004; DAMASIO, 2005; HAIDT E BJORKLUND, 2008.

54 EVANS, 2003, p. 454.

55 KAHNEMAN, 2011, p. 201.

56 EVANS, 2003, p. 454.

57 KOHLBERG E HERSH, 1977; KOHLBERG, 1984.

58 HAIDT E BJORKLUND, 2008, pp. 193-194.

59 HAIDT, 2011, p. 45.

“heurísticas e vieses cognitivos”⁶⁰. Embora tenha seus críticos⁶¹, o programa de pesquisa se consolidou e gerou uma série de investigações paralelas, alcançando a psicologia moral e a psicologia social⁶². O sistema intuitivo realiza julgamentos morais automáticos que também estão sujeitos à ocorrência de erros sistemáticos.

Numa perspectiva mais abrangente ligada ao sistema intuitivo, o campo da psicologia moral viu proliferarem estudos que não se restringiram a analisar o impacto de heurísticas e vieses cognitivos nos julgamentos morais. Produziram-se estudos que investigaram se, e em que medida, fatores moralmente irrelevantes poderiam influenciar os julgamentos morais. Como observam Walter Sinnott-Armstrong, Liane Young e Fiery Cushman, “... *intuições morais não são confiáveis na medida em que fatores moralmente irrelevantes as afetam. (...) Apenas quando crenças surgem de maneiras mais respeitáveis é que têm uma boa chance de serem justificadas*”⁶³. Assim, por meio da manipulação de elementos moralmente irrelevantes, os pesquisadores conseguiram constatar que julgamentos morais são influenciados por fatores como a presença de um odor⁶⁴, a percepção de um gosto/sabor⁶⁵, a presença ou ausência de contato físico com uma suposta vítima⁶⁶, a ordem de apresentação dos dilemas morais⁶⁷ e até mesmo pelas palavras empregadas na descrição desses dilemas⁶⁸.

Contrariamente do que se poderia supor, não nos tornaremos “super-humanos” ou “super-lógicos” se nos livrarmos do sistema intuitivo, pois não agimos movidos exclusivamente por intuições ou exclusivamente por raciocínio. Pesquisas em neurociência acerca da prática da moralidade sugerem que flashes de afeto ou emoções são essenciais para direcionar o julgamento moral⁶⁹. Os casos de psicopatia adquirida são particularmente

60 TVERSKY E KAHNEMAN, 1974.

61 KRUEGER E FUNDER, 2004; HAHN E HARRIS, 2014.

62 KUNDA, 1999; SINNOT-ARMSTRONG, YOUNG E CUSHMAN, 2010; ARONSON, 2012.

63 SINNOT-ARMSTRONG, YOUNG E CUSHMAN, 2010, p. 247 (tradução livre).

64 SCHNALL, HAIDT, CLORE E JORDAN, 2008.

65 ESKINE, KACINIK E PRINZ, 2011.

66 CUSHMAN, YOUNG E GREENE, 2010.

67 SCHWITZGEBEL E CUSHMAN, 2012.

68 SINNOT-ARMSTRONG, 2008.

69 DAMASIO, 2005, p. 53; DAMASIO, 2006; HAIDT E BJORKLUND, 2008, pp. 199-200; CUSHMAN, YOUNG E GREENE, 2010, pp. 50-51.

representativos, pois revelam como os danos causados ao córtex pré-frontal ventromedial, uma área que integra respostas afetivas à alta cognição, tornam as pessoas moralmente incompetentes. Um dos casos mais famosos da literatura neurocientífica é o do norte-americano Phineas Gage, que em 1848 foi atingido por uma explosão que fez um pedaço de ferro atravessar seu crânio e destruir seu lobo frontal. Afirma-se que a destruição de parte de seu lobo frontal debilitou Gage ao ponto de modificar seu comportamento, tornando-o antissocial.

Portanto, a coexistência e interação entre os sistemas intuitivo e deliberativo não são simplesmente inevitáveis, mas sobretudo imprescindíveis. Ao analisar a relação entre esses sistemas, Gazzaniga esclarece que, apesar de o sistema 1 efetivamente produzir comportamentos sem origem em nosso pensamento consciente, nosso sistema 2 resiste à interpretação de que tais comportamentos são caprichosos porque “*parecemos dotados de uma infinita capacidade de gerar hipóteses acerca do porquê de nos engajarmos em qualquer comportamento*”⁷⁰. Daí Gazzaniga sugerir que os seres humanos têm um verdadeiro “módulo intérprete”, cuja função é criar instantaneamente uma explicação para o comportamento recém-praticado. Essa seria uma tarefa trivial se todos os comportamentos fossem causados pela atividade consciente e linguística das pessoas, mas como o cérebro se organiza em módulos que operam paralelamente e podem causar comportamentos cujas causas não chegam à consciência, o módulo intérprete entra em ação na tentativa de construir teorias em torno do que causou esses comportamentos⁷¹. Assim, o sistema deliberativo funcionaria como uma espécie de “porta-voz” das decisões tomadas inconscientemente pelo sistema intuitivo, mas não seria ele próprio o tomador de decisão; algo como um advogado do sistema 1, defendendo a intuição que foi gerada pelo processo automático⁷². Esse fenômeno é conhecido na psicologia como racionalização *post hoc*.

Não fosse a busca por uma explicação para aquilo que fazemos em virtude do sistema 1 problemática o suficiente – já que não temos acesso ao inconsciente –, nos deparamos com problemas até mesmo na ativida-

70 GAZZANIGA, 1985, p. 5 (tradução livre).

71 GAZZANIGA, 1985, pp. 74-80.

72 Saliente-se, contudo, que existem hipóteses alternativas para explicar *para que serve* o raciocínio moral. Para uma resenha das teorias e a apresentação de uma explicação alternativa, ver Mercier 2011.

de de racionalização em si. Do estudo da relação entre esses sistemas de processamento de informação surgiram as pesquisas em torno do problema do raciocínio motivado⁷³ e do viés confirmatório⁷⁴, que consiste na persistente inclinação involuntária que as pessoas têm ao angariar e lidar com evidência na deliberação ou argumentação para reforçar, de maneira inapropriada, hipóteses ou crenças cuja verdade está em disputa⁷⁵. Essas pesquisas revelam que muitas vezes o raciocínio conduzido pelo sistema 2 é um processo esforçado no qual uma pessoa busca argumentos que darão suporte ao julgamento já alcançado pelo sistema 1, assemelhando-se à atuação de um advogado na defesa de uma causa e em nada parecendo com a atuação de um cientista em busca da verdade⁷⁶.

Aqui surge a ponte para retornar ao problema da dispersão de fundamentos. Retornemos aos problemas do processo deliberativo do STF, no qual cada ministro se isola e forma suas convicções a partir de intuições morais, isto é, sentimentos avaliativos acerca das qualidades morais (justo-injusto, correto-incorreto, proporcional-desproporcional) de determinada lei ou ato normativo submetido a julgamento no controle concentrado de constitucionalidade. Não seria o caso de o isolamento e a indisposição para o diálogo se apresentarem como entraves para uma (efetiva) deliberação que permita escrutinar a confiabilidade de certas intuições morais? No meio de diferentes fundamentos encontrados para votar num ou noutro sentido, não seria o caso de que um ou alguns deles não decorreriam de intuições morais indignas de confiança? Não seriam esses fundamentos apresentados meras racionalizações de decisões tomadas de maneira inconsciente e automática pelo sistema 1, como já afirmaram os realistas jurídicos há quase 100 anos⁷⁷? Indo além: se um ou mais dos fundamentos apontados estiverem mal orientados ou errados, então não seria o caso de o atual processo decisório do STF permitir, ao menos teoricamente, uma grave anomalia: normas de inconstitucionalidade duvidosa sendo incorretamente invalidadas?

73 KUNDA, 1990.

74 NICKERSON, 1998.

75 NICKERSON, 1998, p. 175.

76 NICKERSON, 1998; HAIDT, 2001.

77 SCHAUER, 2009, pp. 138-140; BRANDO, 2013; STRUCHINER E BRANDO, 2014.

Essas são perguntas complexas que deixamos em aberto para outra investigação, mas talvez seja exatamente essa inescapável falibilidade do processo decisório do STF que torne indesejável a defesa de uma forma de supremacia judicial amparada numa regra como a RMDS. Os questionamentos formulados acima parecem ser suficientes para revelar o quão indesejável é admitir que os julgamentos de ações diretas pelo STF sejam guiados pela RMDS. Embora historicamente a ideia de democracia nunca tenha significado “todos decidindo tudo todo tempo”⁷⁸; embora atualmente se possa questionar a verdadeira representatividade do parlamento; e embora se reconheça o importante papel das Cortes constitucionais nas democracias contemporâneas, certo é que nada disso justifica que onze ministros – operando como onze ilhas – possam derrubar com base em onze razões diferentes uma norma criada pelo parlamento cuja inconstitucionalidade seja duvidosa.

4. Conclusão

Em conclusão, é possível afirmar que o fenômeno da dispersão de fundamentos é causado pela regra de maioria decisória simples, de acordo com o qual uma ação direta pode ser decidida pela mera convergência em torno do seu resultado (procedência ou improcedência), não importando que haja total dissonância entre os fundamentos que lhes dão suporte. No exame do fenômeno parece ser possível afirmar que o princípio da causa de pedir aberta e a parcial indeterminação do texto constitucional operam de maneira contingente no sentido de aumentar ou diminuir as chances de ocorrer a dispersão de fundamentos.

Do ponto de vista normativo, a discussão em torno da RMDS pode ser situada no tradicional debate acerca da legitimidade do controle de constitucionalidade. Viu-se que as tradicionais teorias da supremacia judicial partem de visões idealizadas acerca da atividade desempenhada numa Corte constitucional. Se se espera do STF um papel de legitimação por meio da deliberação e justificação racional de suas decisões, parece correto esperar que as decisões esclareçam em torno do que os ministros estão formando a maioria, mas já se viu que não é isso o que ocorre em alguns casos. De outro lado, a RMDS se revela indesejável porque dificulta ou até impede a

78 MENDES 2009a, p. 6.

criação de precedentes capazes de formar jurisprudência que pacifique a interpretação da Constituição e uniformize o tratamento de casos a respeito de um assunto. Além disso, admitir que a presunção de constitucionalidade seja superada com base na mera soma de votos é fazer pouco caso da importância da experimentação numa democracia.

O atual modelo de processo decisório do STF permite que alguém afirme ter a melhor solução para um problema sem submetê-la a um efetivo teste público. A leitura de votos prontos associada à improdutividade dos debates⁷⁹ faz com que os ministros não consigam, em alguns casos, produzir algo diferente da soma de decisões monocráticas. Nesse cenário, parece ser de duvidosa legitimidade que a opinião isolada e dissonante de onze ministros seja suficiente para invalidar uma norma por inconstitucionalidade material com base em critérios vagos como dignidade humana, liberdade, igualdade, justiça social, etc.

Deixamos em aberto o tipo e extensão do impacto que a discussão sobre as recentes descobertas das ciências cognitivas e da psicologia têm na compreensão da atividade dos ministros nos casos difíceis moralmente carregados. A questão crucial que demanda mais pesquisas é saber se estamos admitindo que a soma de onze votos isolados e dissonantes, uns potencialmente fundados em intuições indignas de confiança, invalide normas de inconstitucionalidade duvidosa. Embora o modelo apresente problemas significativos, ainda é prematuro afirmar o que deve ser feito. O momento é de prosseguir com as pesquisas em torno dos processos decisórios do STF, levando à expansão da compreensão do problema.

79 Vício no processo decisório também identificado por KLAFKE (2010, pp. 113-117).

Referências

- BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. São Paulo: Saraiva, 6ª edição, 4ª tiragem, 2008.
- BRANDO, Marcelo Santini. *Como decidem os juízes? Uma investigação da teoria realista da decisão judicial a partir das contribuições das ciências cognitivas e da psicologia moral*. Rio de Janeiro: PUC-Rio. Dissertação de Mestrado. Departamento de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro. 2013.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 14ª edição, 2004.
- CUSHMAN, Fiery; YOUNG, Liane; e GREENE, Joshua D. “Multi-system moral psychology”. In: DORIS, John M. et al. (ed.). *The Moral Psychology Handbook*. Oxford: Oxford University Press, 2010, pp. 47-71.
- DAMASIO, Antonio. The neurobiological grounding of human values. In: CHANGEUX, J.-P.; DAMASIO, A. R.; SINGER, W.; e CHRISTEN, Y. (Eds.) *Neurobiology of human values*. Berlin: Springer, 2005.
- _____. *Descartes’ error: emotion, reason and the human brain*. Revised edition with a new preface. London: Vintage Books, 2006.
- DESCARTES, René. *A discourse on the method of correctly conducting one’s reason and seeking truth in the sciences*. Translated with an introduction and notes by Ian Maclean. Oxford: Oxford University Press, 2006.
- ELY, John Hart. *Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 1980/2010.
- EVANS, Jonathan St. B.T. In two minds: dual-process accounts of reasoning. *Trends in Cognitive Sciences*, Vol.7, No.10, October 2003.
- FONTEINHA, Fernando de Castro; SILVA, Angela Moreira Domingues da; ALMEIDA, Fábio Ferraz de. (Orgs.). *História oral do Supremo (1988-2013)*, v.4: *Cezar Peluso*. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, 2015.
- _____; SILVA, Angela Moreira Domingues da; NUÑEZ, Izabel Saenger (Orgs.). *História oral do Supremo (1988-2013)*, v.3: *Sepúlveda Perence*. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, 2015.
- _____; MATTOS Marco Aurélio Vannucchi Leme de; SATO, Leonardo Seiichi Sasada (Orgs.). *História oral do Supremo (1988-2013)*, v.5: *Sydney*

- Sanches. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, 2015.
- G1. *Lewandowski e Gilmar Mendes trocam críticas em sessão do STF*. 2012. Disponível em: <http://g1.globo.com/politica/noticia/2012/10/lewandowski-e-gilmar-mendes-trocam-criticas-em-sessao-do-stf.html> - Acesso em 17/10/2012.
- GAZZANIGA, Michael S. *The social brain: discovering the networks of the mind*. New York: Basic Books, Inc., Publishers, 1985.
- GRECO, Leonardo. Novas súmulas do STF e alguns reflexos sobre o mandado de segurança. *Estudos de Direito Processual*. Campos dos Goytacazes: Ed.Faculdade de Direito de Campos, pp. 401-421, 2005.
- HAHN, Ulrike; e HARRIS, Adam J. L. What Does It Mean to be Biased: Motivated Reasoning and Rationality. *The Psychology of Learning and Motivation*, Vol. 61, pp. 41-102, 2014. 10.1016/B978-0-12-800283-4.00001-0.
- HAIDT, Jonathan. The emotional dog and its rational tail: a social intuitionist approach to moral judgment. *Psychological Review*, Vol. 108. No. 4, pp. 814-834, 2001.
- _____; e JOSEPH, Craig. (2004) Intuitive ethics: how innately prepared intuitions generate culturally variable virtues. *Daedalus*, Vol. 133, No. 4, pp. 55-66, fall 2004. 10.1162/0011526042365555.
- _____; e BJORKLUND, Fredrik. "Social Intuitionists Answer Six Questions about Moral Psychology". In: SINNOTT-ARMSTRONG, Walter (ed.). *Moral psychology*. Cambridge: The MIT Press, 2008, pp. 181-217.
- _____. *The righteous mind: why good people are divided by politics and religion*. Pantheon Books: New York, 2012.
- KAHNEMAN, Daniel. *Thinking, fast and slow*. New York: Farrar, Straus and Giroux, 2011.
- KLAFKE, Guilherme Forma. *Vícios no processo decisório do Supremo Tribunal Federal*. Monografia apresentada à Escola de Formação da Sociedade Brasileira de Direito Público – SBDF. Orientador: Pedro Henrique Motta Pinto. 2010.
- KRUEGER, Joachim I.; FUNDER, David C. Towards a balanced social psychology: Causes, consequences, and cures for the problem-seeking approach to social behavior and cognition. *Behavioral and Brain Sciences*, 27, pp. 313-327, 2004. 10.1017/S0140525X04000081.
- KUNDA, Ziva. The case for motivated reasoning. *Psychological Bulletin*, Vol 108(3), pp. 480-498, Nov 1990.

- _____. *Social cognition: making sense of people*. Cambridge, MA: The MIT Press, 1999.
- LEITE, Fábio Carvalho. *Pelo fim da cláusula de reserva de plenário*. Direito, Estado e Sociedade (Impresso), v. 40. p. 5, 2012.
- _____. *Ação Declaratória de Constitucionalidade: expectativa, realidade e algumas propostas*. Sequência (UFSC), v. 35, pp. 109-132, 2014.
- MELLO, Marco Aurélio Mendes de Farias. Discurso do Ministro Marco Aurélio por ocasião da homenagem pelos seus 20 anos de Supremo Tribunal Federal. Consultor Jurídico, 6 jul. 2010, Notícias, A12. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2010-jul-06/idealizo-solucao-justa-depois-vou-ar-normas-marco-aurelio>>. Acesso em: 20 nov. 2011.
- MENDES, Conrado Hübner. Is it All About the Last Word? Deliberative Separation of Powers 1. *Legisprudence*, Vol. 3, No. 1, pp. 69-110, 2009a. SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1911822>. Doi: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1911822>.
- _____. Not the Last Word, But Dialogue – Deliberative Separation of Powers 2. *Legisprudence*, Vol. 3, No. 2, pp. 191-246, 2009b. SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1911835>. Doi: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1911835>.
- _____. Neither Dialogue Nor Last Word – Deliberative Separation of Powers 3. *Legisprudence*, Vol. 5, No. 1, pp. 1-40, 2011. SSRN: <http://ssrn.com/abstract=191185>. Doi: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1911852>
- _____. *Onze ilhas*. Artigo publicado em Folha de São Paulo, 2012. Disponível em <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniaofz0102201008.htm>>. Acessado em 11/07/2012.
- MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2ª edição, 2008.
- MILLER, Alexander. *An introduction to contemporary metaethics*. Oxford: Blackwell Publishing Ltd., 2003.
- MERCIER, Hugo. What good is moral reasoning? *Mind & Society*, Volume 10, Issue 2, pp. 131-148, December 2011.
- RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Como decidem as cortes? Para uma crítica do direito (brasileiro)*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013.
- SCHAUER, Frederick. *Playing by the Rules: A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and in Life*. Oxford: Oxford University Press, 1991.

- _____. *Thinking like a lawyer: a new introduction to legal reasoning*. Cambridge: Harvard University Press, 2009.
- SINNOTT-ARMSTRONG, Walter; YOUNG, Liane; e CUSHMAN, Fiery. “Moral Intuitions”. In: DORIS, John M. et al. (ed.). *The Moral Psychology Handbook*. Oxford: Oxford University Press, 2010, pp. 246-272
- STANOVICH, Keith E. *Decision Making and Rationality in the Modern World (Fundamentals in Cognition)*. New York: Oxford University Press, 2010.
- STRUCHINER, Noel. *Direito e linguagem: uma análise da textura aberta da linguagem e sua aplicação ao direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- _____. *Para falar de regras: o positivismo conceitual como cenário para uma investigação filosófica acerca dos casos difíceis do direito*. Rio de Janeiro: PUC-Rio. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-graduação em Filosofia, Departamento de Filosofia, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro. 2005.
- _____. Indeterminação e Objetividade. Quando o direito diz o que não queremos ouvir. In: Macedo, R. e Barbieri, C. (Eds.). *Direito e Interpretação. Racionalidades e Instituições*. São Paulo: Saraiva, 2011, pp. 119-152.
- STUCHINER, Noel; BRANDO, Marcelo Santini. Como os juízes decidem os casos difíceis do Direito? In: STRUCHINER, Noel e TAVARES, Rodrigo de Souza. (Orgs.) *In: Novas fronteiras da teoria do direito: da filosofia moral à psicologia experimental*. Rio de Janeiro: PoD Editora, Editora PUC-Rio, 2014, pp. 171-219.
- TVERSKY, Amos; KAHNEMAN, Daniel. Judgments Under Uncertainty: Heuristics and Biases. *Science*, Vol. 185, n. 4.157, pp. 1124–1131, 1974.
- VOJVODIC, Adriana de Moraes; MACHADO, Ana Mara França; CARDOSO, Evorah Lusci Costa. Escrevendo um Romance, Primeiro Capítulo: Precedentes e Processo Decisório No STF. *Revista Direito GV*, São Paulo, n. 5, vol. 1. pp. 21-55, 2009.

Autores convidados

Imigração Haitiana no Brasil: os Motivos da Onda Migratória, as Propostas para a Inclusão dos Imigrantes e a sua Proteção à Dignidade Humana

Haitian Immigration in Brazil: the Migration Wave Reasons, the Proposals for Inclusion of Immigrants and their Protection for Human Dignity

Leda Maria Messias da Silva*

Universidade Estadual de Maringá, Maringá-PR, Brasil

Sarah Somensi Lima**

Universidade Estadual de Maringá, Maringá-PR, Brasil

1. Introdução

O principal objetivo do presente estudo está em colocar em evidência a necessidade da aplicação de ações práticas e políticas para os problemas da imigração haitiana, além de destacar propostas para a permanência digna dos haitianos no Brasil, como, por exemplo, o ensino da língua portuguesa e a distribuição dos imigrantes entre os estados brasileiros.

O artigo inicia-se investigando o processo migratório do Haiti para o Brasil, explanando a saga dos imigrantes haitianos, destacando-se como principal motivo de tantas imigrações, o terremoto de 2010, que fez estragos imensuráveis na nação caribenha. No entanto, é importante observar

* Pós-doutorado em Direito do Trabalho pela Universidade de Lisboa-Portugal, Doutora e Mestre em Direito do Trabalho, pela PUC de São Paulo-SP, Professora do Mestrado em Ciências Jurídicas do Unicesumar, da graduação e pós-graduação desta mesma Instituição e da Universidade Estadual de Maringá-PR. Rua XV de novembro, 331, Maringá-PR, CEP 87013-230. (44) 9760-5126. E-mail: lemead@uol.com.br.

** Mestranda do UNICESUMAR-Maringá-PR, em Ciências Jurídicas. Rua São Pedro, 2079, AP 103, zona 7, Maringá-PR, CEP 87030-211. (44) 9915-6085. E-mail: sarahsomensi23lima@hotmail.com.

que o Haiti sempre sofrera com as más gestões políticas. Em seguida, explicar-se-á a respeito da maneira como esses imigrantes chegam ao Brasil, o meio de transporte mais utilizado, a principal via de acesso para a entrada ilegal no País, bem como o caos que encontram nas fronteiras do Brasil.

Na sequência, o estudo discute os direitos da personalidade. Entende-se que os direitos da personalidade são inatos, vêm com o nascimento e são essenciais para se viver com dignidade. Logo depois, o enfoque é na dignidade da pessoa humana desses imigrantes, que já sofreram com a falta de condições mínimas de existência em seu país de origem, e ao vir para o Brasil em busca de melhores condições de vida, enfrentam grandes dificuldades. Compreende-se que os imigrantes também são protegidos pelo princípio da dignidade da pessoa humana e que devem ser respeitados. Abrange-se, em seguida, as condições sociais e econômicas dos imigrantes haitianos quando adentram no Brasil, verificando-se que o primeiro problema enfrentado é a dificuldade de comunicação, devido ao fato de eles não falarem a língua portuguesa.

A pesquisa destaca a importância da elaboração de políticas públicas conjuntas entre os países da América. Em 2012, o Conselho Nacional de Imigração (CNIg) criou a Resolução Normativa nº 97/2012, que dava direito aos imigrantes haitianos ao visto permanente para o Brasil, em razão de causas humanitárias. No entanto, com o passar do tempo e com a não diminuição do número destes imigrantes, notou-se que o número de 1.200 vistos humanitários permitidos por ano era insuficiente e, por isso, foi necessária a criação da Resolução Normativa nº 102/2013, que eliminou este número limite de vistos. E, como ainda faltam políticas adequadas e eficazes de inclusão para os imigrantes haitianos no Brasil, propõe-se algumas sugestões emergenciais no decorrer do texto.

A pobreza, a guerra, o abandono social e as catástrofes naturais fazem com que o ser humano, na esperança de resgatar a sua dignidade, saia em busca de uma melhor qualidade de vida. Mas qual a qualidade de vida que lhes espera? A fome, o desemprego, a discriminação os esperitam, enfim, são muitos os desafios dos países e não cabe somente a um buscar solução. Isto porque esse movimento migratório não se dá somente nos países da América Latina, mas é um movimento geral, em busca da sobrevivência. Dessa forma, é premente que se debata este tema de modo que possam trazer soluções eficazes para amenizar a fome e o abandono que esses seres humanos estão sofrendo.

Para intuir as conclusões trazidas neste artigo, utilizou-se do método científico indutivo, partindo das questões particulares pertinentes ao tema para as conclusões gerais. Fica registrado aqui que não existem muitos materiais sobre o assunto, por se tratar de um problema social atual. Portanto, foram utilizados textos de jornais, revistas e notícias que demonstraram este fenômeno imigratório. Utilizaram-se, também, doutrinas para o estudo da dignidade e dos direitos de personalidade, instrumentos para a consecução do objeto deste trabalho. Também foi objeto de estudo o que há em termos de proteção e políticas voltadas para estes imigrantes no Brasil e, depois, em um esforço para, diante do problema, pensar na solução do mesmo, elaborou-se a tese exposta ao longo do artigo.

2. As causas da imigração dos haitianos para o Brasil

2.1. A catástrofe em Porto Príncipe

O Haiti tem cerca de oito milhões de habitantes e passa por uma das mais graves crises humanitárias do mundo¹. Essa nação caribenha sempre sofreu com as dificuldades políticas, econômicas e sociais. Não bastasse isso, desde 2004 o Haiti vem sofrendo com as desgraças naturais. A mais recente e mais grave foi o terremoto que destruiu Porto Príncipe, a capital do Haiti, em 2010, atingindo 7,3 graus na escala Richter².

Desde 2004, devido à turbulência política, a ONU mantém no Haiti uma força de paz composta de nove mil soldados dos quais pouco mais de mil são brasileiros³. Para piorar toda a situação, em maio de 2004 fortes chuvas desabaram no Haiti, afetando mais de 16 mil pessoas e causando danos também na agricultura e no ecossistema. Em setembro de 2004, o Haiti foi novamente assolado com a passagem do furacão Jeanne, onde 300 mil pessoas foram atingidas⁴.

Em 2008, a vida das pessoas no Haiti voltou a se tornar caótica depois da passagem de alguns furacões. A cidade de Gonaives foi a mais atingida, muitos mortos, plantações, casas e famílias devastadas. As pessoas estavam morrendo de fome e a ajuda não chegava⁵.

1 UNIC Rio, 2010.

2 TÉLÉMAQUE, 2012, p. 40.

3 BBC, 2010.

4 BBC, 2010, p. 40.

5 BBC, 2010, p. 40.

Já não bastasse todo sofrimento ocorrido desde 2004, no dia 12 de janeiro de 2010, o Haiti teve a pior desgraça da sua história: o terremoto que fez imensuráveis estragos, principalmente em Porto Príncipe⁶. O resultado dessa tragédia foi a morte de mais de 220 mil pessoas, incluindo 96 membros das forças de Paz da ONU. O terremoto destruiu a capital, destruiu a economia, a infraestrutura do Haiti e levou a um clima de incerteza política⁷. Por causa desse terremoto, 1,5 milhões de pessoas perderam suas casas e muitos haitianos vivem até hoje sem saneamento básico, sem coleta de lixo, sem rede de água e esgoto e moram em acampamentos. Além disso, houve a proliferação da cólera, doença que é transmitida pelo contato com água contaminada.

De acordo com Pedro Medrano Rojas, coordenador das Nações Unidas, há 16 mil novos casos de cólera no Haiti até agora em 2015. A doença está sob controle, porém ela não será erradicada enquanto as condições da água e saneamento não forem prioridade. Ele afirma que: “no mundo de hoje, no século 21, não é aceitável ter esse enorme número de casos de cólera” [...] “Qualquer país com esse número de casos de cólera iria declarar uma emergência”⁸.

O Haiti nunca teve muitos recursos e, por isso, é muito difícil reestruturar toda a cidade que foi grandemente destruída. E, enquanto isso não ocorre, a população segue sofrendo, sem as mínimas condições de se viver dignamente. Cerca de 80% da população do Haiti vive abaixo da linha da pobreza, com uma renda per capita de menos de US\$ 2 por dia⁹. Além disso, apenas 10% da população têm energia elétrica e apenas 20% têm saneamento básico¹⁰.

É interessante relatar que o Haiti se encontra geograficamente em uma região vulnerável, mas isso não explica a dimensão da catástrofe. Esse desastre veio apenas para aumentar os danos que existiam no país, pois o Haiti já vivia em uma calamidade econômica, social, ambiental e humanitária¹¹.

6 BBC, 2010, p. 40.

7 UNIC Rio, 2010.

8 ROJAS, 2015.

9 ActionAid no Haiti.

10 TROMBELLI, 2014.

11 SUTTER; KING, 2012.

Antes do terremoto, o povo haitiano já sofria com o sistema insuficiente de saúde pública, a infraestrutura era precária e os serviços não eram gratuitos. Poucas pessoas tinham acesso aos cuidados médicos e, segundo uma pesquisa, 67% da população não tinha acesso ao sistema de saúde. Muitas doenças já controladas em outras partes do mundo são bastante comuns no Haiti, como a tuberculose, a anemia severa, a febre tifoide, a malária e a poliomielite. Depois do terremoto, o que era ruim ficou ainda pior, quando cerca de 60% das estruturas médicas foram destruídas. Não existia estrutura para atender os feridos, então, as pessoas eram socorridas em locais improvisados. Nove meses após o terremoto, veio o surto de cólera, matando 4 mil pessoas nas primeiras semanas e deixando mais de 400 mil pessoas infectadas¹².

O analfabetismo também era gritante, atingindo 47% das pessoas. As escolas públicas não são totalmente gratuitas e poucas pessoas têm acesso aos cursos profissionalizantes e universitários¹³.

A maioria das pessoas no Haiti não tem emprego e, por conta disso, não possui dinheiro suficiente para as necessidades básicas. Muitas pessoas vivem do trabalho informal, vendendo artigos diversos na rua ou da ajuda financeira de parentes que vivem no Canadá ou nos Estados Unidos. Depois do terremoto, algumas empresas faliram, acarretando assim, em aumento do desemprego. Alguns programas internacionais oferecem trabalhos diários e temporários para a população, como limpar os escombros do terremoto¹⁴.

Porto Príncipe, antes mesmo do terremoto, já sofria com esgoto a céu aberto, por isso o cheiro nas favelas era insuportável. Após a catástrofe, muitas famílias passaram a viver em acampamentos no próprio terreno de suas antigas casas ou em abrigos urbanos improvisados. Com o acúmulo do concreto das construções tombadas, as condições de vida pioraram pelo aumento de insalubridade. Para tentar esvaziar Porto Príncipe, alguns abrigos foram construídos fora da cidade, aumentando ainda mais o desemprego¹⁵.

12 SUTTER; KING, 2012.

13 SUTTER; KING, 2012.

14 SUTTER; KING, 2012.

15 SUTTER; KING, 2012.

É evidente que, da forma como os haitianos estão vivendo hoje, o que eles mais desejam é sair de seu país em busca de um lugar onde possam recomeçar, visto as péssimas condições de vida. Mas o que encontrarão pela frente? Podem contar com inclusão e dignidade?

2.2. A onda migratória dos haitianos para o Brasil

Após o terremoto de 2010 iniciou-se um novo fluxo migratório com características que indicam a sua continuidade por um longo período¹⁶. A opção de vir para a América do Sul passou a ser a mais viável para os haitianos devido às dificuldades impostas à imigração para países como Estados Unidos e França¹⁷. Rosita Milesi, diretora do Instituto de Migrações e Direitos Humanos, deu uma entrevista abordando a chegada dos haitianos ao Brasil:

O processo de deslocamento por via aérea parte da República Dominicana e tem como destino o Equador ou o Peru. Como estes países não exigem o visto para haitianos (o Peru introduziu a exigência de visto para haitianos em janeiro de 2012), estes migrantes não encontravam dificuldades na entrada. Depois, por trajeto terrestre ou fluvial, chegam à fronteira do Brasil, em diferentes pontos. Tabatinga, Assis Brasil, Brasiléia são os mais frequentes. Em alguns casos, em lugar de se deslocar à fronteira com a região Norte, o menor trajeto, chegam pela região Centro-Oeste, entrando por Corumbá, por exemplo. As escolhas dependem das facilidades de transporte, possibilidade de entrar no território do Brasil e, em muitos casos, interesses e estratégias dos “coiotes” que atuam neste trajeto¹⁸.

Ela ainda traça o perfil dos haitianos que vêm para o Brasil:

São pessoas que, em meio à pobreza e os escombros de um país pobre e destruído pelo terremoto de 12 de janeiro de 2010, conseguiram reunir junto a seus familiares e amigos uma quantidade de recursos suficientes para pagar o custoso e explorado deslocamento do Haiti até a fronteira brasileira, passando

16 FERNANDES; RIBEIRO, 2015, p. 22.

17 FERNANDES et al., 2013, p. 57.

18 MILESI, 2012.

por vários países. É um trajeto migratório motivado pela busca de trabalho, na esperança de encontrar condições de reconstruir a vida e de ajudar os familiares que deixaram no Haiti¹⁹.

Nota-se que, na maioria das vezes, as pessoas que saem de seus países saem sempre em busca de melhores condições de vida, de emprego e de garantir um futuro para sua família. Dificilmente uma pessoa que deixa seu país se encontra em boas condições financeiras; e, se sai, normalmente é porque tem motivos sérios para isso. No caso dos haitianos, o maior motivo para essas últimas imigrações foi a calamidade de 2010, que deixou parte do país, que já era turbulento, assolado. As pessoas ficaram sem as mínimas condições que um ser humano necessita para sobreviver, e, além disso, sem esperanças e nem forças para recomeçar. Por conta disso tudo, resolveram juntar suas economias e vir para o Brasil para tentar recomeçar. A intenção desses imigrantes era de trabalhar e ajudar seus familiares, que ainda continuavam em Porto Príncipe.

Não obstante, os haitianos possuem outra barreira quando chegam ao Brasil: a língua. Sobre isso, Cotinguiba e Pimentel perceberam que “a maior dificuldade dos imigrantes era vencer a barreira linguística”²⁰. Os haitianos que vivem em Porto Velho utilizam como forma de comunicação no interior do grupo o crioulo haitiano, que é o idioma de 95% da população do Haiti. O francês, é usado pelos outros 5%, sendo considerada uma língua de elite²¹. Para tentar driblar essa barreira linguística, em várias cidades do Norte do Brasil onde a população haitiana se aglomerou, iniciaram-se cursos de português básico. Desta maneira, Cotinguiba e Pimentel esclarecem que:

É um desafio trabalhar com o ensino da língua portuguesa para um grupo tão heterogêneo como este. A turma é formada majoritariamente por homens, apenas 5% são mulheres, com faixa etária de 20 a 38 anos. O nível de escolaridade é caracterizado pelos extremos, ou seja, existem vários que nem completaram o ensino fundamental, outros com ensino médio incompleto, alguns poucos com ensino superior, e, outros, semialfabetizados²².

19 MILESI, 2012.

20 Cotinguiba; Pimentel, 2012, p. 99.

21 Cotinguiba; Pimentel, 2012, p. 99.

22 Cotinguiba; Pimentel, 2012, p. 99.

Diante de tudo o que já passaram, tanto no Haiti, quando na vinda para o Brasil, é imprescindível que sejam adotadas políticas no Brasil que possam garantir o mínimo de dignidade para esses imigrantes, pois estes são, acima de tudo, seres humanos.

3. Os direitos da personalidade e a proteção da dignidade da pessoa humana

Quando se fala em direitos da personalidade é importante trazer à memória a influência do cristianismo. Foi a partir da noção de pessoa dada pelos cristãos que o homem se tornou um ser autônomo e independente na medida em que, na visão cristã, o homem era o único ser querido por Deus em si mesmo²³.

Em meados do século XX, com o fim das duas grandes guerras mundiais, o total desrespeito para com a vida humana e à liberdade fez com que as constituições dessem prevalência à tutela do indivíduo como pessoa, à proteção da sua personalidade e da sua dignidade humana²⁴.

Elimar Szaniwaski²⁵ afirma que: “a valorização da pessoa como ser humano e a salvaguarda da sua dignidade, recoloca o indivíduo como ponto nuclear, como primeiro e principal destinatário da ordem jurídica”. O homem está no centro do Direito, e os fundamentos do ordenamento jurídico entrelaçam-se sempre com a dignidade do ser humano.

Szaniwaski ainda é enfático ao ensinar que: “a personalidade humana consiste no conjunto de características da pessoa, sua parte mais intrínseca” e, ao alegar que “a ordem jurídica tem por principal destinatário o ser humano, protegendo sua dignidade e garantindo-lhe o livre desenvolvimento da personalidade”²⁶.

Os direitos da personalidade são inerentes, essenciais e inatos para todas as pessoas²⁷. A Constituição é extremamente cuidadosa quando se refere à tutela da pessoa humana. Neste sentido, Daniel Sarmiento salienta que com os direitos da personalidade e o princípio dignidade da pessoa

23 GONÇALVES, 2008, p. 28.

24 SZANIWASKI, 2005, p. 57.

25 SZANIWASKI, 2005, p. 57.

26 SZANIWASKI, 2005, p. 57.

27 OLIVEIRA, 2012, p. 41.

humana, o homem se torna mais importante que o Estado, tornando-se, desse modo, o Estado apenas um meio para a garantia e promoção dos direitos fundamentais. Então, o Estado teria a finalidade de buscar sempre a satisfação dos direitos fundamentais²⁸.

Mello salienta que é deveras importante e juridicamente necessário fundamentar os direitos da personalidade no texto constitucional. Ele explica que essa importância deve-se ao fato de que essa inserção dos direitos da personalidade de forma irrestrita é essencial para a própria dignidade da pessoa humana²⁹.

Diogo Leite de Campos corrobora que: “o direito tem um fundamento axiológico (que é a sua justificação, e sem o qual se transforma em instrumento de opressão) que é imposto pela Pessoa Humana – o direito é produto do homem e feito para o homem”³⁰. Rizzardo também esclarece acerca dos direitos da personalidade:

Trata-se dos direitos decorrentes da personalidade, que vêm do nascimento, sendo intransmissíveis, irrenunciáveis, imprescritíveis e inegociáveis. São essenciais à plena existência da pessoa humana, à sua dignidade, ao respeito, à posição nas relações com o Estado e com os bens, à finalidade última que move todas as instituições, eis que tudo deve ter como meta maior o ser humano³¹.

Roxana Borges também traz grandiosos ensinamentos a respeito do tema:

Os direitos da personalidade são próprios do ser humano, direitos que são próprios da pessoa. Não se trata de direito à personalidade, mas de direitos que decorrem da personalidade humana, da codificação de ser humano. Com os direitos da personalidade, protege-se o que é próprio da pessoa, como o direito à vida, o direito à integridade física e psíquica, o direito à integridade intelectual, o direito ao próprio corpo, o direito ao nome, dentre outros. Todos esses direitos são expressões da pessoa humana considerada em si mesma. Os bens jurídicos mais fundamentais, primeiros, estão contidos nos direitos da personalidade³².

28 SARMENTO, 2004, p. 111.

29 MELLO, 2003, p. 78.

30 CAMPOS, 1992, p. 39.

31 RIZZARDO, 2006, p. 151.

32 BORGES, 2007, p. 21.

Adriano de Cupis assevera que os direitos da personalidade não são o mesmo que os direitos e as obrigações jurídicas, vindo aqueles antes destes, sendo então, fundamentos e pressupostos destes direitos e obrigações³³. Ainda, o autor enfatiza sabiamente que:

Existem certos direitos sem os quais a personalidade restaria uma suscetibilidade completamente irrealizada, privada de todo valor concreto: direitos sem os quais todos os outros direitos subjetivos perderiam todo o interesse para o indivíduo – o que equivale a dizer que, se eles não existissem, a pessoa não existiria como tal. São esses os chamados “direitos essenciais” com os quais se identificam precisamente os direitos da personalidade³⁴.

É importante esclarecer que os direitos da personalidade se diferem da dignidade da pessoa humana. Muitas vezes, pode acontecer de um direito da personalidade se chocar com outro, por exemplo, no caso do aborto, em que o direito à vida do feto se choca com o direito à liberdade de escolha da mãe. Nessas situações deverá ser usado sempre o princípio da proporcionalidade e da razoabilidade. No entanto, é imprescindível que em qualquer decisão a dignidade da pessoa humana prevaleça. Ou seja, em qualquer hipótese, em qualquer direito, a dignidade da pessoa humana deve estar presente. Para proteger a dignidade da pessoa humana em relação aos imigrantes legais ou ilegais, entrou em vigor, em 2003, a Convenção Internacional de Proteção de Todos os Trabalhadores Migrantes e Membros de suas Famílias. Essa Convenção pretende exercer o papel de prevenção e eliminação da exploração dos trabalhadores imigrantes³⁵.

Paulo Bonavides garante que: “nenhum princípio é mais valioso para compendiar a unidade material da Constituição Federal do que o princípio da dignidade da pessoa humana”³⁶. A dignidade da pessoa humana é tão importante, que a República Federativa do Brasil a tem como um de seus alicerces. Desse modo, para a elaboração das leis utiliza-se deste princípio como parâmetro de validade³⁷.

33 DE CUPIS, 2008, p. 21.

34 DE CUPIS, 2008, p. 24.

35 PEREIRA, 2015, p. 109.

36 BONAVIDES, 2001, p. 15.

37 DA SILVA; PEREIRA, 2013, p. 34.

Por todo o exposto acima, pode-se levar em consideração que todo ser humano traz consigo direitos da personalidade. Direitos esses que são inatos e de modo algum devem ser desrespeitados. Junto com os direitos da personalidade vem a importância de se garantir a cada pessoa o mínimo necessário para que se tenha dignidade. Esse princípio da dignidade da pessoa humana deve ser amplamente observado em todos os casos. Neste sentido, o presente estudo aborda especificamente a dignidade humana do imigrante que será estudado a seguir.

3.1. A garantia da dignidade humana dos imigrantes no Brasil

É possível observar que a Constituição Brasileira trata todas as pessoas igualmente sem quaisquer distinções, independente de raça, cor, sexo, idade ou origem. O art. 1º, inciso III da Constituição Federal³⁸ destaca o princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil, e o art. 3º, inciso IV também da Constituição estabelece um dos objetivos fundamentais do Estado Brasileiro: “IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”³⁹. Ainda na Constituição, o artigo 5º, traz a igualdade entre todos perante a lei: “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”⁴⁰. Assegura-se, portanto, que no Brasil, preza-se pela igualdade, pelo tratamento igualitário entre as pessoas, e ainda, tem-se como fundamento o princípio da dignidade humana. Kant traz um conceito importante sobre a dignidade humana:

No reino dos fins tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem preço, pode-se pôr em vez dela qualquer outra coisa como equivalente; mas quando uma coisa está acima de todo o preço, e, portanto, não permite equivalente então ela tem dignidade [...] O que se relaciona com as inclinações e necessidades gerais do homem tem um preço venal; aquilo que, mesmo sem pressupor uma necessidade, é conforme a certo gosto, isto é a uma satis-

38 Constituição Federal de 1988.

39 Constituição Federal de 1988.

40 Constituição Federal de 1988.

fação no jogo livre e sem finalidade das nossas faculdades, anímicas, tem um preço de afeição ou de sentimento; aquilo, porém que constitui a condição só graças à qual qualquer coisa pode ser um fim em si mesmo, não tem somente um valor relativo, isto é um preço, mas um valor íntimo, isto é, dignidade⁴¹.

Para o jurista Luís Roberto Barroso: “a dignidade humana, como atualmente compreendida, se assenta sobre o pressuposto de que cada ser humano possui um valor intrínseco e desfruta de uma posição especial no universo”⁴². Paulo Bonavides ainda afirma que: “nenhum princípio é mais valioso para compendiar a unidade material da Constituição Federal do que o princípio da dignidade da pessoa humana”⁴³. Seguindo essas afirmações sobre a dignidade da pessoa humana, salienta-se que, assim como os brasileiros são protegidos por esse princípio, os imigrantes que vêm para o Brasil em busca de melhores condições de vida, como comentado acima, também devem ser tratados com toda a dignidade que cabe ao ser humano.

Por outro lado, antes de abordar os problemas que ocorrem com relação aos imigrantes, é preciso primeiramente entender o que vem a ser esse termo. Sobre essa definição, Cícero Rufino Pereira explica:

Migração vem do latim, *migratio*, e significa um fenômeno social ocorrido no deslocamento definitivo ou temporário de pessoas, de um lugar para outro, dentro de um mesmo território soberano – Estado (migração interna), ou de Estado ou país para outro (migração externa). Do ponto de vista do seu local de origem, a pessoa que migra (migrante), é emigrante, e do ponto de vista do local que chega, é imigrante⁴⁴.

Pietro Alarcón e Carlos A. Diniz⁴⁵ afirmam que não é de hoje que ocorre o deslocamento de pessoas para outras regiões, o que pode ser aplicado a outros países, e por isso são temas de debate. Eles aduzem ainda que atualmente o debate é mais frequente devido aos avanços dos meios de comunicação e transporte que permite um traslado rápido e seguro. Sobre as migrações, Luiz Varese destaca que:

41 KANT, 2005, pp. 76-77.

42 BARROSO, 2013, p. 145.

43 BONAVIDES, 2001, p. 15.

44 PEREIRA, 2015, p. 107.

45 ALARCON; DINIZ, 2008, p. 54.

Em alguns casos, é reconhecida a importância econômica e cultural das migrações. Mas, em outros casos, as migrações são vistas como um perigo ou, pior ainda, como uma mercadoria eleitoral que reforça paixões xenófobas e atentatórias à cultura democrática das nações. Sob o argumento da segurança nacional, estão se levantando barreiras fiscais, legais e conceituais contra migrantes e refugiados. É hora de derrubar muros, e não levá-los⁴⁶.

É importante notar que não se deve tratar o imigrante como um delinquente e, por isso, deve-se adotar uma política séria de acolhimento das pessoas refugiadas⁴⁷.

Observa-se que o imigrante ao chegar ao Brasil, não raras as vezes, pode se deparar com um ambiente hostil, tanto na forma como se chega, às vezes ilegalmente, vindo por caminhos inseguros e perigosos, quanto na forma como são tratados pelos próprios brasileiros. Além disso, ao chegarem quase sempre com poucas economias, acabam sobrevivendo em locais totalmente insalubres e são alvo de propostas para trabalhos degradantes. Isso tem sido divulgado de forma notória inclusive nos meios de comunicação, apontando até mesmo casos de trabalho escravo, como já foi descrito por imigrantes peruanos e bolivianos.

Rosita Milesi fala sobre como deve ser o tratamento dado aos haitianos:

Pautado pelo respeito aos direitos humanos e tratamento com dignidade e condições de acolhida a seres humanos que chegam, muitas vezes, em situações precárias, após uma longa e difícil jornada migratória. Faz parte das atribuições do Estado estabelecer regras para a entrada e a residência de não nacionais no próprio território (as assim chamadas políticas de admissão e de estada). No entanto, é importante que o controle das fronteiras não se transforme num fechamento das mesmas, tampouco em caminho de criminalização de quem entra e reside no território em situação de irregularidade administrativa⁴⁸.

Sobre o assunto, Pietro Alarcón e Carlos A. Diniz sustentam que:

46 VARESE, 2006, p. A3.

47 ALARCON; DINIZ, 2008, p. 54.

48 MILESI, 2012.

[...] os Estados devem manter um controle migratório adequado, logicamente, sem o cerceamento desnecessário, não razoável, do direito de ir e vir. Mas, paralelamente, há que existir uma política de promoção social que permita a unidade na diversidade de homens e mulheres do nosso continente. Isso é possível com fundamento nos princípios da tolerância, da igualdade e da pluralidade, da unidade do gênero humano dentro da diversidade cultural, os quais possibilitam que seja extraída da migração toda a sua contribuição em benefício do progresso social⁴⁹.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos traz em seu artigo 1º: “Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos. Dotados de razão e de consciência, devem agir uns para com os outros em espírito de fraternidade”⁵⁰. Pietro Alarcón observa que:

[...] a convicção sobre a proteção das pessoas parte de que todas são igualmente dignas e nessa idéia se encontra uma potencialidade jurídica de inusitada força, que implica a impossibilidade de redução de mínimas condições de vida do ser humano, que impeçam sua degradação à categoria de animal ou coisa⁵¹.

Cícero Rufino Pereira salienta que se pode analisar a imigração sob o enfoque econômico, ocorrendo esta devido à desigualdade entre um país de maiores recursos e um país menos desenvolvido, e também sob o enfoque das redes sociais, que foram criadas no país que recebeu esses imigrantes, sendo atrativos para os novos imigrantes, os quais, ao saírem de seus países, conseguem uma adaptação menos dolorosa no novo país⁵². Observa-se que enquanto em alguns países existem pessoas sofrendo com as guerras, com a fome e com a falta de empregos, há outros países com qualidade de vida, empregos e oportunidades para todos. Essas diferenças despertam a vontade das pessoas em migrar do país de origem para o país onde eles terão melhores condições de vida.

49 ALARCON; DINIZ, 2008, p. 55.

50 Declaração Universal dos Direitos Humanos.

51 ALARCÓN, 2013, p. 105.

52 PEREIRA, 2015, p. 108.

Os países que recebem os imigrantes muitas vezes têm a preocupação com as diferenças existentes entre os nacionais e os imigrantes. Acerca disso, Habermas explica que: “quanto mais profundas forem às diferenças religiosas ou étnicas, ou quanto maiores forem os assincronismos histórico-culturais a serem superados, tanto maior será o desafio, e tanto mais ele será doloroso”⁵³.

Cada pessoa tem um nível de consciência diferente sobre a forma como pretende compreender-se como cidadã de determinada república, sobre que tradições pretende perpetuar ou interromper, sobre a maneira como pretende lidar com seu destino histórico, com a natureza, etc., e isso depende muito do contexto no qual ela está inserida e da cultura da região. É por isso que há hoje uma grande preocupação na Europa, pois é fato que alterando o conjunto básico dos cidadãos, o modo de vida também se altera, desenvolvem-se novos discursos sobre os mesmos temas e se almejam outros fins⁵⁴. Dessa forma, é possível afirmar que a identidade coletiva de certa região, a longo prazo, não fica imune às mudanças devido a essas ondas imigratórias, simplesmente porque é impossível fazer com que os imigrantes abandonem suas próprias tradições⁵⁵.

Quando pessoas abandonam sua terra natal é porque enfrentam grandes dificuldades, de modo que basta o fato de terem fugido para documentar sua necessidade de auxílio. Neste sentido, Habermas afirma que:

Uma obrigação moral de proporcionar auxílio resulta especialmente das crescentes interdependências em uma sociedade mundial que cresceu tanto, com o mercado capitalista mundial e a comunicação eletrônica de massa, que as nações Unidas acabaram assumindo algo próximo a uma responsabilidade política total pelo asseguramento da vida neste planeta [...] ⁵⁶.

Em um programa francês de televisão, a escritora senegalesa Fatou Diome falou sobre imigração: “Em um país como a França, por exemplo, nós sabemos que 40% da natalidade é garantida pela população estran-

53 HABERMAS, 2007, p. 247.

54 HABERMAS, 2007, p. 255.

55 HABERMAS, 2007, p. 267.

56 HABERMAS, 2007, p. 268.

geira”⁵⁷. Ela discorre que se deve ponderar também sobre as vantagens da imigração, e não apenas sobre os contras. E continua:

Porque quando eu trabalho na França, eu pago meus impostos aqui. Então dos estrangeiros que estão aqui, há uma parte que pode trabalhar para ajudar a enviar dinheiro para o seu país, a maioria paga seus impostos, se instala nos países de vocês, enriquecem os países de vocês. Portanto, eles são cidadãos produtivos [...] Eu hoje quero expressar minha indignação pelo silêncio da União Africana. Essa gente que morre nas praias, se fossem brancos, o mundo todo estaria tremendo. São os negros e os árabes. Eu vim aqui em 2008 e eu disse que a União Europeia com a sua frota de guerra, com a sua economia, eu te digo uma coisa: se as pessoas quisessem atacar o ocidente, a União Europeia teria meios para se defender. Logo, se alguém quisesse salvar as pessoas no atlântico, no mediterrâneo, alguém o faria.⁵⁸

Face ao exposto, atina-se que o ordenamento jurídico brasileiro vem totalmente pautado no princípio da dignidade da pessoa humana e na igualdade. Por conta disso, não se tem dúvidas de que o tratamento dado aos imigrantes que chegam ao país não pode e não deve ser reduzido às mínimas condições de vida do ser humano. No entanto, o cenário econômico encontrado pelos imigrantes no Brasil não contribui para um melhor acolhimento. É evidente que se existem hoje tantas migrações, a responsabilidade é praticamente exclusiva da desigualdade global, tanto a desigualdade de um país para o outro, como a desigualdade dentro do próprio país.

3.2 A proteção dos vulneráveis e o princípio da igualdade

É possível perceber que a máxima anunciada nos discursos políticos é a de que “todos os homens são (nascem) iguais”⁵⁹. No entanto, Bobbio deixa claro que:

A idéia que a máxima expressa é que os homens devem ser considerados iguais e tratados como iguais com relação àquelas qualidades que, segundo as diversas concepções do homem e da sociedade, constituem a essência

57 DIOME, 2015.

58 DIOME, 2015.

59 BOBBIO, 1997, p. 23.

do homem, ou a natureza humana enquanto distinta da natureza dos outros seres, tais como o livre uso da razão, a capacidade jurídica, a capacidade de possuir, a dignidade social (como reza o art. 3º da constituição italiana), ou, mais sucintamente, a dignidade (como reza o art. 1º da declaração universal dos direitos do homem) [...]»⁶⁰.

De acordo com Marques e Miragem, o direito privado atual possui como fim proteger os mais fracos⁶¹. É importante perceber que em uma sociedade nenhuma pessoa é igual, todos são diferentes. No entanto, algumas diferenças tornam algumas pessoas permanentemente ou temporariamente mais fracas e, por conta disso, é preciso muitas vezes dar um tratamento protetivo para esse mais fraco e evitar qualquer discriminação⁶².

Para Dworkin, a igualdade tem duas manifestações: igual respeito e igual consideração. Ter igual respeito é tratar a todos como tendo o mesmo valor, nem mais e nem menos. Para ele, o tratamento igual é tratar todas as pessoas da mesma maneira. No entanto, as pessoas não são iguais em todos os aspectos, e para se alcançar a igualdade verdadeira, o tratamento deve ser sensível a essas diferenças⁶³. Já a igual consideração é dar aos indivíduos tratamentos diferentes de modo que esse tratamento diferente possa dar a cada um as mesmas oportunidades.

Ainda, Marques e Miragem explicam que o direito privado brasileiro possui dois estágios: o da visão dos vulneráveis e o da proteção dos mais fracos. O primeiro se dá com o combate à discriminação dos diferentes, sendo que a igualdade será atingida através de uma proteção especial dos que necessitam dela, de como se dê um tratamento desigual para os desiguais⁶⁴. E completam que: “Muitas vezes para proteger em direito privado é necessário distinguir, assegurar direitos especiais ao vulnerável, tratar de forma especial o mais fraco: diferenciar para proteger”⁶⁵.

Já o segundo estágio da proteção dos vulneráveis no direito privado é o de proteger, respeitando as diferenças sem que haja discriminação. É criar

60 BOBBIO, 1997, p. 24.

61 MARQUES; MIRAGEM, 2014, p. 111.

62 MARQUES; MIRAGEM, 2014, p. 112.

63 DWORKIN, 2000, cap. 8.

64 MARQUES; MIRAGEM, 2014, p. 112.

65 MARQUES; MIRAGEM, 2014, p. 114.

condições de igualdade, garantindo condições de convivência. Marques e Miragem salientam ainda que: “o direito privado passa a conviver e valorizar as especificidades destes grupos vulneráveis, desenvolvendo instrumentos para compensar (não excluir, vitimizar ou acabar) com as diferenças, pois estas identificam os indivíduos de nossa sociedade”⁶⁶.

Portanto, nota-se a importância de se dar igualdade a todos, protegendo-se efetivamente os vulneráveis. Resguardar os vulneráveis é também uma maneira de proteger os direitos da personalidade das pessoas. Tudo está interligado. E, sobretudo, deve-se ter em mente que a luta é sempre pela dignidade do ser humano.

3.3 As condições socioeconômicas dos imigrantes no Brasil

É muito difícil sair de seu país e começar uma nova vida em outro. Isso se torna ainda mais complexo quando a língua falada no país de origem é diversa da língua do país ao qual se destina. Os haitianos, quando vêm ao Brasil, não sabem falar o português, pois a língua oficial no Haiti é o crioulo africano - uma mistura de francês com outro dialeto local -, que possui algumas regras próprias. O francês tem um status mais elevado. Essa grande diferença na língua acaba impossibilitando a comunicação, gerando isolamento e maior dificuldade na hora de conseguir emprego. No entanto, apesar do problema existente, ainda não há políticas públicas eficazes para que a língua portuguesa seja ensinada aos haitianos⁶⁷.

Em contrapartida, em algumas paróquias, principalmente na região norte, que é por onde os haitianos entram no país, há projetos que oferecem aulas de português para eles. Em Rondônia, há um projeto entre a Universidade Federal de Rondônia e a Paróquia São João Bosco para ensinar a língua portuguesa. A turma, inicialmente com cinquenta alunos, crescia com a chegada de novos imigrantes, sendo necessário dividir a turma em iniciantes e intermediários. O grupo que frequenta as aulas é muito heterogêneo, contendo aqueles que possuem ensino superior e também aqueles que cursaram apenas as primeiras séries do ensino fundamental⁶⁸.

66 MARQUES; MIRAGEM, 2014, p. 116.

67 DUTRA; GAYER, 2015.

68 COTIGUIBA; PIMENTEL, 2014, pp. 42-43.

De acordo com uma pesquisa realizada em 2013, 68,8% dos imigrantes viviam no Brasil em residência compartilhada com outros imigrantes e, na absoluta maioria, essas residências eram alugadas. Ainda de acordo com a pesquisa, para a maioria dos haitianos o primeiro emprego veio logo após a chegada ao Brasil. A maior parte atuou na construção civil, seguida por serviços gerais, indústria e serviços ligados ao setor de alimentação⁶⁹. A maioria dos haitianos conseguiu o primeiro emprego com a ajuda de amigos e parentes, alguns por conta própria, outros conseguiram por contato direto com a empresa e alguns com a ajuda de uma agência⁷⁰.

No momento da entrevista, 71% dos haitianos trabalhavam de carteira assinada e 25% trabalhavam no mercado informal. Para a maioria, o relacionamento com o patrão e com os colegas de trabalho era amigável. Além disso, para a maior parte, o salário pago no Brasil é insuficiente para sobreviver, mas, mesmo assim, cerca de 40% afirmaram que conseguiam fazer alguma economia. Para quase todos os entrevistados, os recursos economizados eram enviados às famílias no Haiti⁷¹.

Quanto aos serviços de saúde utilizados no Brasil, 81% já utilizaram o SUS para algum tratamento de saúde e a maioria deles avaliou o serviço como bom e muito bom⁷².

De acordo com essa pesquisa, a maior dificuldade encontrada pelos imigrantes era realmente o idioma, em seguida vinha o emprego, depois a habitação, a formação, a regularização migratória, a saúde, a discriminação e a segurança social⁷³.

Por outro lado, o imigrante atual encontra no Brasil um cenário econômico que não favorece nem os nacionais, quanto mais os imigrantes. Ocorre que, a situação do seu país de origem é ainda pior, portanto, isso não é motivo para que estes imigrantes não possam depositar a sua esperança de sobrevivência digna no Brasil. No entanto, é necessário dar condições para isso, num esforço geral e conjunto, como se verá na sequência.

69 FERNANDES et al., 2014, p. 61.

70 FERNANDES et al., 2014, p. 62.

71 FERNANDES et al., 2014, p. 62.

72 FERNANDES et al., 2014, p. 64.

73 FERNANDES et al., 2014, p. 65.

3.4 O visto humanitário como forma de proteção à dignidade humana dos haitianos

O movimento de imigração iniciou-se em 2010 e, em 2011, tomou maiores proporções e ampliou-se o número de pedido de refúgio apresentado ao CONARE⁷⁴. O CONARE por sua vez, encaminhou os pedidos de refúgio ao CNIg, e o presidente do CNIg, vendo a tendência desse fluxo aumentar, propôs ao conselho a criação de um procedimento interno único que facilitaria a análise desses processos⁷⁵. Rosita Milesi discorre em sua entrevista sobre essa questão dos refugiados:

O refúgio é um instituto jurídico para proteger pessoas perseguidas que tem sua vida ameaçada e que necessitam de proteção internacional. Os haitianos sofrem as consequências de uma catástrofe natural, mas não são vítimas de perseguição, não atendem os requisitos do conceito de refugiado previsto na Convenção de 1951 e na legislação nacional (Lei 9474/97); portanto, o Comitê Nacional para os Refugiados – CONARE não encontra amparo para deferir seus pedidos de refúgio. Vale-se, então, da Resolução Recomendada nº 08/06, do Conselho Nacional de Imigração, que no Art. 1º “Recomenda ao Comitê Nacional para os Refugiados – CONARE [...], o encaminhamento ao Conselho Nacional de Imigração – CNIg, dos pedidos de refúgio que não sejam passíveis de concessão, mas que, a critério do CONARE, possam os estrangeiros permanecer no país por razões humanitárias”⁷⁶.

Na exposição dos motivos que justifica essa medida, é posto que se trata de uma situação excepcional e pertinente devido às condições da vida do solicitante após o terremoto. Entretanto, nota-se também não se tratar de refúgio, já que não há elementos que o justifiquem. Foi indicado, então, que se tratava de um procedimento com o caráter humanitário, com tendência de diminuição do fluxo de imigrantes com o passar do tempo, pois fazer com que o imigrante haitiano saísse do território nacional importaria em prejuízos à dignidade humana. Esse texto indicava que o visto seria concedido de acordo com a Resolução Normativa nº 27, de 1998⁷⁷⁻⁷⁸.

74 FERNANDES et al., 2013, p. 57.

75 FERNANDES et al., 2013, p. 58.

76 MILESI, 2012.

77 Ministério do Trabalho e Emprego - MTE, 1998.

78 FERNANDES et al., 2013, p. 58.

Rosita Milesi explica que: “em síntese, os haitianos, ao chegarem ao Brasil, tem apresentado pedido de refúgio, mas, sendo eles efetivamente imigrantes, a solução migratória concedida pelo Conselho Nacional de Imigração é a Residência Permanente por razões humanitárias”⁷⁹.

No entanto, no decorrer do ano de 2011, notou-se que o fluxo de imigrantes haitianos não diminuía, e que a fronteira norte do país se encontrava em uma situação próxima de calamidade humanitária⁸⁰. Gelmino A. Costa explica os motivos que levaram o CNIg a aprovar uma nova resolução sobre o assunto:

De agosto a dezembro do ano passado, a chegada dos haitianos na fronteira de Tabatinga foi contínua e crescendo. No sentido inverso a Polícia Federal foi desacelerando a emissão de vistos, entre vinte e trinta por semana, resultando que o número de chegadas a Tabatinga era muito superior ao número das saídas. Tabatinga acordou para o ano 2012 com mais de mil e quinhentos haitianos. Considerando estrutura, tamanho e localização, a cidade vivia uma situação de calamidade pública. Algo tinha que ser feito. Muitas entidades, sobretudo a Igreja Católica, não cansavam de reivindicar uma posição das autoridades das diversas instâncias que se mantinham num estranho silêncio e parecia estar todas de férias⁸¹.

Em face desse número elevado de imigrantes que chegavam pela fronteira norte, foi preciso buscar uma solução mais ampla e permanente. Então, o CNIg, aprovou a Resolução Normativa nº 97/2012, para tentar resolver parte da questão⁸². Esta alega que:

Ao nacional do Haiti poderá ser concedido o visto permanente previsto no art. 16 da Lei nº 6.815, de 19 de agosto de 1980, por razões humanitárias, condicionado ao prazo de 5 (cinco) anos. Consideram-se razões humanitárias, para efeito desta Resolução Normativa, aquelas resultantes do agravamento das condições de vida da população haitiana em decorrência do terremoto ocorrido naquele país em 12 de janeiro de 2010⁸³.

79 MILESI, 2012.

80 FERNANDES et al., 2013, p. 60.

81 COSTA, 2012, p. 91.

82 FERNANDES et al., 2013, p. 60.

83 MTE, 2012.

Foi estabelecido um limite de concessão de 1.200 vistos por ano. Esse número foi fixado tendo por base a capacidade operacional da embaixada do Brasil no Haiti e a capacidade do mercado de trabalho brasileiro de absorver essa mão de obra sem prejudicar o trabalhador brasileiro⁸⁴. Apesar do empenho do governo brasileiro, ainda não foi possível promover satisfatoriamente os direitos dos imigrantes a fim de evitar a exploração, ainda mais com a proximidade da expiração da Resolução, que foi fixada em 2 anos⁸⁵.

Nos primeiros meses desta Resolução, a busca pelo visto no Consulado do Brasil em Porto Príncipe foi baixa, pois os haitianos tinham dificuldade em encontrar a documentação exigida devido à precária infraestrutura do país. Por conta disso, eles continuaram entrando no país pela fronteira norte. Entretanto, com o passar do tempo, a procura foi aumentando e a lista de agendamento ficou completa até o final de 2013, tendo a necessidade de abrir uma lista de espera⁸⁶. E, novamente por ter sido atingido o limite de 1.200 vistos por ano, os haitianos voltaram a utilizar o percurso pelas fronteiras do norte⁸⁷.

Desse modo, a fronteira norte novamente estava numa situação de calamidade, e, em abril de 2013, o Governo do Estado do Acre decretou estado de emergência social. Em face desse novo problema, o Governo Federal montou uma força tarefa para agilizar a regularização documental dos haitianos, para que eles pudessem se deslocar pelo interior do país⁸⁸. Visto a gravidade da situação, o CNIg precisou criar a Resolução Normativa nº 102/2013, que alterou a Resolução Normativa nº 97/2012, eliminando o limite do número de vistos e abrindo a possibilidade de obtenção de vistos em qualquer consulado brasileiro, o que antes só era possível no Consulado do Brasil, em Porto Príncipe⁸⁹.

3.5 Outras propostas para a inclusão e dignidade do haitiano

Marília Pimentel e Geraldo Cotinguiba defendem que: “inserir-se socialmente com sucesso requer, tanto para um indivíduo quanto para um gru-

84 FERNANDES et al., 2013, p. 60.

85 FERNANDES et al., 2013, p. 12.

86 FERNANDES et al., 2013, p. 61.

87 FERNANDES et al., 2013, p. 61.

88 FERNANDES et al., 2013, p. 61.

89 FERNANDES et al., 2013, p. 62.

po, entender o máximo que puder da sociedade em que se insere”. E esse conhecimento do outro perpassa questões como a língua, os costumes, as relações sociais, as leis, as tradições, enfim, diz respeito à visão de mundo⁹⁰. Para que os imigrantes haitianos possam trabalhar e viver dignamente, é necessário que sejam tomadas algumas medidas para efetivar a inclusão na sociedade, pois somente o visto humanitário não é suficiente.

Primeiramente, o obstáculo da língua deve ser ultrapassado e o governo brasileiro deve propor projetos em conjunto com as universidades para que a língua portuguesa seja difundida entre os haitianos. Isto porque a comunicação é o primeiro passo para que a inclusão ocorra de forma satisfatória.

Ademais, o problema humanitário do Haiti deve ser encarado de forma ampla, pois o problema existe e pertence a todos os países. Os haitianos são seres humanos e devem ser tratados com a dignidade que lhes cabe. É imprescindível que haja políticas públicas não apenas no Brasil, mas também em todos os outros países, principalmente na América Latina, uma vez que são os países mais próximos do Haiti, para que seja possível haver uma distribuição desses imigrantes de acordo com a capacidade de cada país. Assim sendo, os imigrantes teriam maiores oportunidades de empregos e poder-se-ia promover uma reunião entre estes países, na busca por soluções, inclusive, combinando uma distribuição mais adequada de acordo com a profissão dos imigrantes.

E, para aqueles que não têm uma profissão específica, observa-se, pois, a necessidade da inclusão destes haitianos em cursos profissionalizantes, para que eles possam se aperfeiçoar em uma profissão e terem a oportunidade de ganhar melhores salários. Além disso, é importante que se adeque o curso profissionalizante com a necessidade de cada região dos países. E, ainda, que haja uma política de distribuição de imigrantes dentro do país, com um planejamento adequado, dependendo da necessidade de trabalho de cada estado.

Por outro lado, não se pode esquecer de empreender esforços conjuntos de todos os países, para auxiliar o país de origem em sua reconstrução, quando este passou por guerras ou catástrofes naturais, para que os imigrantes possam, pouco a pouco, fixarem-se de volta em seus próprios países de origem, mas com dignidade.

90 COTIGUIBA; PIMENTEL, 2014, p. 40.

Face ao exposto, é imprescindível que se criem políticas públicas eficazes para a promoção da inclusão dos haitianos, bem como garantir a dignidade da pessoa humana, porque apenas distribuir os vistos sem um direcionamento adequado não é solução para ninguém, e só pode incrementar os bolsões de pobreza, principalmente, nas grandes cidades. Temos que imaginar o mundo, como um dia imaginou o cantor John Lennon em sua música “Imagine”, ou seja, sem fronteiras. Para isso, precisamos pensar o mundo instrumentalizado para integrar e incluir, de fato, os imigrantes. Ação e reação é uma consequência natural, portanto, se alguém no mundo não vive bem, este fato terá repercussão na vida e qualidade de vida de cada um de nós.

4. Conclusões

Diante de todo o exposto, pode-se perceber que o motivo mais recente e principal de tantas imigrações do Haiti para o Brasil é a forma precária com as quais eles estão vivendo depois do terremoto de 2010, que destruiu grande parte do país. É possível observar que os haitianos possuem uma história de sofrimento, devido às más gestões políticas que acompanham o país há anos. Antes mesmo do terremoto, a população já vivia de forma precária, com pouco saneamento básico, pouca infraestrutura, saúde precária, muito analfabetismo e muito desemprego. Não bastasse isso, o país sempre sofreu com as desgraças naturais, sendo que, em 2010, com o terremoto, o que era ruim ficou ainda pior. A fome imperava na capital Porto Príncipe, e grande parte da população passou a viver em acampamentos.

Em busca de condições mínimas, muitos decidiram abandonar o seu país e imigrar para o Brasil, pois acharam ser a opção mais viável. O sofrimento continuava, pois a entrada ilegal em um país nunca é fácil. A opção era entrar com a ajuda dos coiotes pelo norte do país. A partir de então, a situação na fronteira se tornou insustentável.

Então, ao se estabelecerem no Brasil, os haitianos ainda encontraram muitos obstáculos, sendo o primeiro deles a língua portuguesa. O Brasil não conta com políticas públicas que ensinem a língua para os imigrantes. Dessa forma, sem a comunicação adequada, o acesso ao emprego acabou se tornando mais difícil. A maioria dos haitianos que vem para o Brasil deixa uma parte da família para trás e, por esse motivo, quase todos mandam suas economias para o país de origem, para ajudar no sustento da família que ainda vive no Haiti.

A pesquisa é enfática quando trata da dignidade humana desses imigrantes, mostrando que apesar de eles não estarem em seu país de origem, todos possuem o direito às mínimas condições de existência. Os direitos da personalidade são inatos a todos os seres humanos e devem ser amplamente respeitados. A Constituição Federal trata todas as pessoas igualmente e traz como fundamento o princípio da dignidade da pessoa humana.

Compreende-se, com o estudo, que apesar de todas as dificuldades, os imigrantes estão conseguindo se estabelecer no Brasil. Muitos já trabalham com a carteira de trabalho assinada e conseguem ajudar parte da família que ficou no Haiti. No entanto, é imprescindível que se crie políticas públicas urgentes para melhorar a inclusão deles no Brasil.

Como pode ser observado, o CNIg criou o visto humanitário, com a Resolução Normativa nº 97/2012, que se trata do visto permanente para os haitianos que sofrem com as péssimas condições de vida do país. Essa Resolução teve que sofrer alguns ajustes em 2013, devido a alguns problemas que não foram suficientemente resolvidos.

Conclui-se, portanto, que é importante que o Brasil crie políticas adequadas para essa inclusão, pois somente a concessão dos vistos humanitários não foi suficiente. Faz-se necessário que haja uma ponderação entre o controle migratório e o princípio da dignidade humana. Sugere-se como medidas emergenciais para controlar esse problema: o ensino da língua portuguesa para que a comunicação seja facilitada; a inserção dos haitianos em cursos profissionalizantes em áreas onde se faz necessária a mão de obra; e uma melhor distribuição dos imigrantes dentro do país, dependendo da necessidade de cada estado.

Por fim, é importante que o problema não seja visto apenas pelo Brasil. É evidente que o problema é humanitário e de responsabilidade global, portanto, os países devem, de um modo geral, mas principalmente os mais próximos do Haiti juntamente com aqueles que estão sendo mais procurados pelos imigrantes, se reunir e discutir políticas públicas de acolhimento destes imigrantes, de forma conjunta e orquestrada, dependendo da necessidade da mão-de-obra de cada país e de sua capacidade econômica.

Também não se pode olvidar de empreender esforços conjuntos de todos os países para auxiliar o país de origem destes imigrantes em sua reconstrução quando estes países passarem por guerras ou catástrofes naturais, para que os imigrantes possam, pouco a pouco, fixarem-se na sua origem, mas com dignidade.

O mais importante é que não podemos ignorar estes seres humanos que já tanto sofreram com as condições de vida em seu país de origem. Não se pode ignorar a necessidade destes, que são, também, cidadãos do mundo; que apenas querem um lugar ao sol para si e para os seus. Não será com preconceitos e xenofobia que se criará um mundo melhor, mas com ações efetivas que possam criar oportunidades de inclusão. Tudo deve ser pensado à luz dos direitos da personalidade, ou seja, daqueles direitos que garantem a dignidade da pessoa humana e, portanto, dos imigrantes, sejam eles haitianos ou não.

Referências

- A ONU no Haiti. Centro de Informação das Nações Unidas – UNIC Rio, 2010. Disponível em: <<http://unicrio.org.br/haiti/historico/>>. Acesso em: 13 jul. 2015.
- ACTIONAID no Haiti. Disponível em: <http://www.mudeumavida.org.br/paises_haiti.asp>. Acesso em: 11 ago. 2015.
- ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora; DINIZ, Carlos Alberto. Estrangeiros e Inclusão Social: uma análise com fundamento na Universalidade dos Direitos Humanos e as Intenções Constitucionais. *Novos Estudos Jurídicos*, v. 12, n. 1, p. 43-62, out. 2008. Disponível em: <<http://www6.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/452/394>>. Acesso em: 14 jul. 2015.
- _____. Direitos Humanos e Direitos dos Refugiados: a Dignidade Humana e a Universalidade dos Direitos Humanos como fundamentos para superar a discricionariedade estatal na concessão do refúgio. *Refúgio, Migrações e Cidadania*, v. 8, n. 8, p. 105, 2013.
- BARROSO, Luís Roberto. *A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial*. 2. reimp. Belo Horizonte: Fórum, 2013.
- BOBBIO, Norberto. *Igualdade e liberdade*. 3. ed. Rio de Janeiro: Edouo, 1997.
- BONAVIDES, Paulo. Prefácio à obra de SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.
- BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Direitos de personalidade e autonomia privada*. São Paulo: Saraiva, 2007.
- BRASIL. *Constituição Federal de 1988*. Disponível em: <[Direito, Estado e Sociedade ■ n. 48 jan/jun 2016](http://www.planal-</p></div><div data-bbox=)

to.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 17 jul. 2015.

_____. Ministério do Trabalho e Emprego. *Resolução Normativa N.º 27, de 25 de novembro de 1998*. Disciplina a avaliação de situações especiais e casos omissos pelo Conselho Nacional de Imigração. Disponível em: <http://portal.mte.gov.br/trab_estrang/resolucao-normativa-n-27-de-25-11-1998.htm>. Acesso em: 17 jul. 2015.

_____. Ministério do Trabalho e Emprego. *Resolução Normativa N.º 97, de 12 de janeiro de 2012*. Dispõe sobre a concessão do visto permanente previsto no art. 16 da Lei n.º 6.815, de 19 de agosto de 1980, a nacionais do Haiti. (Alterada pelas Resoluções Normativas n.º 102/2013, 106/2013 e 113/2014). Disponível em: <http://portal.mte.gov.br/data/files/8A7C816A4CD725BD014CFADF45F20327/RN_97_consolidada.pdf>. Acesso em: 15 jul. 2015.

CAMPOS, Diogo Leite de. *Lições de Direito de Personalidade*. 2. ed. Coimbra: Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, 1992.

COTINGUIBA, Geraldo Castro; PIMENTEL, Marília Lima. Elementos etnográficos sobre imigração na Amazônia Brasileira: Inserção social de haitianos em Porto Velho. *Revista Temas de Antropología y Migración*, n. 7, p. 31–55, Diciembre 2014. ISSN: 1853354X. Disponível em: <<http://www.migrantropologia.com.ar/images/stories/PDF/Revista7/revista07.pdf>>. Acesso em: 11 ago. 2015.

_____; PIMENTEL, Marília Lima. Apontamentos sobre o processo de inserção social dos haitianos em Porto Velho. *Travessia – Revista do Migrante*, n. 70, p. 99-106, jan./jun. 2012. Disponível em: <<http://haitiaqui.com/files/Travessia%20-%20Revista%20do%20Migrante%20-%20n%C2%BA70%20-%20Jan-Junho%202012.pdf>>. Acesso em: 20 jul. 2015.

COSTA, Gelmino A. Haitianos em Manaus: Dois anos de imigração – e agora! *Travessia – Revista do Migrante*, n. 70, p. 91, jan./jun. 2012. Disponível em: <<http://haitiaqui.com/files/Travessia%20-%20Revista%20do%20Migrante%20-%20n%C2%BA70%20-%20Jan-Junho%202012.pdf>>. Acesso em: 20 jul. 2015.

DA SILVA, Leda Maria Messia; PEREIRA, Marice Taques. *Docência (in) digna: o meio ambiente laboral do professor e as consequências em seus direitos da personalidade*. São Paulo: LTR, 2013.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. Disponível em:

- <http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf>. Acesso em: 16 jul. 2015.
- DE CUPIS, Adriano. *Os direitos da personalidade*. [Trad. Afonso Celso Furtado Rezende]. 2. ed. São Paulo: Quorum, 2008.
- DIOME, Fatou. Vamos enriquecer juntos ou vamos afundar juntos. Vídeo exibido no canal France 2 em 24/04/2015. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=H_yVUIHAjSA>. Acesso em: 02 dez. 2015.
- DUTRA, Cristiane Feldmann; GAYER, Suely Marisco. *A inclusão social dos imigrantes haitianos, senegaleses e ganeses no Brasil*. 2015. Disponível em: <<http://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/sidspp/article/viewFile/13067/2282>>. Acesso em: 11 ago. 2015.
- DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. [trad. Luis Carlos Borges]. São Paulo: Martins Fontes, 2000, Capítulo 8.
- FERNANDES, Durval; RIBEIRO, Juliana Carvalho. Migração laboral no Brasil: problemáticas e perspectivas. In: CAVALCANTI, Leonardo; TONHATI, Tânia, SANTOS, Sandro (Orgs.). *Migração Laboral no Brasil - Desafios para construção de políticas*. Cadernos OBMigra, v.1, n.1, p. 22. Brasília, 2015. Disponível em: <<http://periodicos.unb.br/index.php/obmigra/article/view/12955/9128>>. Acesso em: 20 jul. 2015.
- _____ (coord.) et al. *Estudos sobre a Migração Haitiana ao Brasil e Diálogo Bilateral*. Projeto. fev. 2014. Disponível em: <<http://portal.mte.gov.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?fileId=8A7C816A45B266980145DCAB8EF42233>>. Acesso em: 11 ago. 2015.
- _____; MILESI, Rosita; PIMENTA, Bruna; DO CARMO, Vanessa. Migração dos Haitianos para o Brasil: a RN no 97/2012: uma avaliação preliminar. *Refúgio, Migrações e Cidadania*, v. 8, n. 8, pp. 55-71, 2013.
- GONÇALVES, Diogo Costa. *Pessoa e direitos da personalidade: fundamentação ontológica da tutela*. Coimbra: Almedina, 2008.
- HABERMAS, Jurgen. *A inclusão do outro: estudos de teoria política*. 3. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2007.
- HAITI é país marcado por catástrofe. BBC. 14 jan. 2010. Disponível em: <http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2010/01/100113_haiti_tragedias_pu.shtml>. Acesso em: 13 jul. 2015.
- KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. [Traduzida do alemão por Paulo Quintela]. Lisboa: Edições 70, 2005.
- MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. *O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis*. 2. ed., rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos tribunais, 2014.

- MELLO, Cláudio Ari. Contribuição para uma teoria híbrida dos direitos de personalidade. In: SARLET, Ingo Wolfgang. *O novo código civil e a constituição*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.
- MILESI, Rosita. *Brasil e os desafios da lei de migrações*. 18 jan. 2012. Disponível em: <<http://www.ihu.unisinos.br/entrevistas/505828-entrevista-especial-com-rosita-milesi>>. Acesso em: 15 jul. 2015.
- OLIVEIRA, Alfredo Emanuel Farias de. *O fundamento dos direitos da personalidade*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2012.
- PEREIRA, Cícero Rufino. *Direitos humanos fundamentais: o tráfico de pessoas e a fronteira*. São Paulo: LTR, 2015.
- RIZZARDO, Arnaldo. *Parte geral do código civil: lei n. 10.406, de 10.01.2002*. 4. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- ROJAS, Pedro Medrano. *Erradicação do cólera no Haiti levará alguns anos, afirma representante da ONU*. 01 jul. 2015. Disponível em: <<http://na-coesunidas.org/erradicacao-do-colera-no-haiti-levara-alguns-anos-afirma-representante-da-onu/>>. Acesso em: 13 jul. 2015.
- SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004.
- SUTTER, Christina; KING, Ananda Melo. Vivendo sobre escombros: qualidade de vida no Haiti pós-terremoto. *Salud & Sociedad*, v. 3, n. 3, 2012. Disponível em: <http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-74752012000300001&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 11 ago. 2015.
- SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de personalidade e sua tutela*. 2.ed. São Paulo: Revistados Tribunais, 2005.
- TÉLÉMAQUE, Jenny. *Imigração haitiana na mídia brasileira: entre fatos e representações*. 2012. 95 f. Monografia (Graduação em Comunicação Social), Escola de Comunicação, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2012.
- TROMBELLI, Michelle. *Haiti: Condições de vida estão cada vez mais precárias*. TV UOL, vídeo. 04 abr. 2014. Disponível em: <<http://tvuol.uol.com.br/video/haiti-condicoes-de-vida-estao-cada-vez-mais-precarias-04024E193364E0C94326/>>. Acesso em: 11 ago. 2015.
- VARESE, Luis. Derrubar muros, e não levantá-los. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 02 nov. 2006. Folha da Manhã, p. A3.

Recebido em 2 de dezembro de 2015

Aprovado em 25 de agosto de 2016

Políticas Culturales y Derechos Culturales a través de los Diablos de Ocumicho

Políticas Culturais e Direitos Culturais através dos Diabos do Ocumicho

Lucero Ibarra Rojas*

Centro de Investigación y Docencia Económicas,
Cidade do México-DF, México

1. Introducción

La comunidad de Ocumicho ganó el *Premio Nacional de Ciencias y Artes 2009* de México, en el área de las *Artes y Tradiciones Populares*, por su producción de esculturas del estilo conocido como *alfarería policromada* que representan al diablo como protagonista de varias coloridas escenas cotidianas. Sin embargo, el valor artístico de las obras de Ocumicho rebasa por mucho las fronteras de México. Apenas hace unos meses, recibí un correo de la artista e investigadora neozelandesa Tessa Laird, quién buscaba más información sobre el tema, habiendo desarrollado ella misma un trabajo¹ a partir de la inspiración de una pieza de diablitos que compró en una galería de arte mexicano en El Paso, Texas. Aunque fue grato, el hecho no me resultó sorprendente. Durante mi propia investigación me habían dicho trabajadores de la Casa de las Artesanías (Casart) de Michoacán que hay un museo de Ocumicho en Bélgica (aunque nunca me he esforzado demasiado en buscarlo), y Bartra² indica que las obras de Ocumicho se han ex-

* Profesora Investigadora del Centro de Investigación y Docencia Económicas (CIDE), México. E-mail: luceroibarrarojas@gmail.com.

1 LAIRD, 2015.

2 BARTRA, 2005, pp. 94-98.

puesto en París y Barcelona. Sin embargo, debo admitir que yo sabía poco de Ocumicho y su artesanía cuando empecé a abordar el sector artesanal como área de investigación. Mi elección de comunidad en donde hacer trabajo de campo tuvo mucho más que ver con la suerte de encontrarme una nota de periódico que informaba sobre el premio antes mencionado. Esta declaración no es solamente un acto de honestidad, sino una primera reflexión sobre el poder que tienen los premios para atraer miradas; que es un poder que, en lo que refiere al sector artesanal y como se explora en el siguiente artículo, continúa estando en gran medida en manos de las instituciones públicas que otorgan esos premios.

Aunque mi llegada a Ocumicho fue guiada por las políticas que después se volvieron mi interés de estudio, la preocupación por la artesanía derivó de una conciencia de la importancia de este sector que fue construida en la observación cotidiana. En las comunidades rurales de Michoacán, como en muchos estados de México, y especialmente en las indígenas, el sector artesanal es sumamente relevante; no solamente por ser usualmente la tercera actividad económica más importante sino también por constituir un espacio de creación íntimamente ligado con las estructuras sociales de las comunidades.

Si bien el grupo de los artesanos suele tener un lugar propio en las sociedades rurales, su desarrollo y estructura actual ha dependido en gran medida de las influencias de instituciones estatales. Así, este artículo se enfoca en la comunidad de Ocumicho³ para explorar la manera en la que el contexto institucional determina las posibilidades y condiciones de ejercicio de derechos culturales. En esta interacción, entre comunidad artesanal e instituciones, se muestran los efectos de políticas clientelares que logran determinar en gran medida el camino del arte tradicional, su auditorio y el destino de las y los creadores.

3 En este trabajo retomo en gran medida la investigación iniciada en 2010 como parte del trabajo de tesis para obtener el grado de Maestra en Sociología Jurídica del Instituto Internacional de Sociología Jurídica de Oñati. La investigación se centró en entrevistas con artesanos de Ocumicho y con representantes de la Casart, y se enfocó en dos estrategias implementadas por la Casart en Ocumicho, los concursos y las ferias artesanales (IBARRA, 2011). Posteriormente se amplió el campo de investigación, dando mayor énfasis a las actividades y los procesos de la Casart como parte de una investigación para la obtención del grado de Doctora en Derecho y Sociedad por el Programa Internacional "Renato Treves" de la Universidad de Milán que complementa el presente artículo.

2. ¿Y los diablos tienen derechos?

En la actualidad, la labor de las instituciones en Ocumicho debe ser vista en función de un marco jurídico-político concreto en el que los derechos culturales son centrales a la discusión. Los derechos culturales, como aquellos que dan derecho a los pueblos para practicar y desarrollar su cultura, desarrollando vínculos con su herencia cultural como participantes, consumidores y creadores⁴, se encuentran contemplados en diversos ordenamientos jurídicos. De acuerdo con el artículo 2º de la Constitución mexicana, los pueblos indígenas tienen el derecho a “preservar y enriquecer sus lenguas, conocimientos y todos los elementos que constituyan su cultura e identidad”. Si bien otras regulaciones, como el *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, retoman estos derechos, es prudente poner atención a la afirmación que encontramos en la *Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas*, al establecer, en artículo 18, el derecho de pueblos indígenas a no ser “sujetos a asimilación forzada o destrucción de su cultura” para luego reconocer sus derechos a practicar y mantener su cultura y patrimonio cultural, así como la propiedad intelectual sobre el mismo.

En cierto sentido, la *Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas* hace énfasis en reconocer una deuda histórica que funda los derechos culturales, dándoles sentido y significado particular para los pueblos indígenas. ¿Por qué se necesitan derechos culturales? Porque no se ha gozado de ellos. En este sentido, los derechos culturales se presentan como una declaración de que en distintos momentos y contextos de la historia de la humanidad, los pueblos se han visto obstaculizados para desarrollar su cultura. Aunado a esto, al ser los derechos humanos, en principio al menos, una defensa frente al Estado, los derechos culturales manifiestan además que la responsabilidad de obstaculizar el desarrollo de la cultura de diversos pueblos ha sido precisamente el Estado. Siendo así, la existencia de los derechos culturales como parte de la narrativa de los derechos humanos, sostiene que los Estados han incurrido en prácticas contra algunas culturas, que esto es un acto de injusticia, y que los Estados deben más bien garantizar las condiciones para que las personas puedan desarrollar su cultura.

4 DE CASTRO, 1993.

Esta denuncia se encuentra anclada en diversos procesos históricos marcados por la colonización alrededor del mundo. Las colonizaciones frecuentemente sostuvieron fenómenos de violencia en una supuesta inferioridad cultural de los pueblos colonizados. Esto fue complementado con un ejercicio de marginación de las culturas, en algunos casos, y de criminalización y franca destrucción en otros casos. Esta es una denuncia histórica por parte de pueblos indígenas que han continuado procesos de resistencia y constituye el verdadero eje de importancia de los derechos culturales en la región de Latinoamérica y el Caribe, como reconocen Gonçalves y Costa⁵. Si bien Burns considera que la mera declaración de que “está mal que un gobierno suprima o destruya por la fuerza la cultura de una minoría indígena se podría considerar sin controversia”⁶, lo cierto es que es una denuncia que había sido ignorada por el derecho del Estado. Con un corte eminentemente colonial, el Estado había mantenido una narrativa de derecho que dejaba en el olvido a los pueblos indígenas y las deudas que se tenían como resultado de los procesos coloniales.

Esta narrativa anclada en procesos de dominación no siempre es destacada en relación con los derechos culturales. Como retomaba en una primera aproximación a los derechos culturales de los artesanos de Ocumicho⁷, en cuanto derechos sociales, se afirma⁸ que estos derechos se identifican por cambiar el rol que el Estado juega en su consecución, separándose de la obligación de proteger al individuo de actos autoritarios del Estado, para adjudicarle el rol como actor principal responsable por de crear las condiciones y proveer los medios para su ejercicio. Pero una reflexión más profunda de los procesos coloniales en los que se insertan los derechos culturales hace evidente que no se debe perder de vista que este segundo momento de responsabilidad solo tiene sentido en un contexto de reconocimiento del primer eje de denuncia, que resaltaba anteriormente y que es absolutamente necesario para la valoración de un marco proveído por el Estado en el que distintas culturas puedan desarrollarse.

Esta denuncia hace que existan ciertos requisitos a cumplirse por parte de la política cultural, entre los que se puede incluir una demanda de ma-

5 GONÇALVES y COSTA, 2015.

6 BURNS, 2008, p. 49.

7 IBARRA, 2011, p. 8.

8 Véase: MACPHERSON, 1987; DE CASTRO, 1993.

yor participación por parte de los agentes de las culturas indígenas. Francisco Javier Guerrero indica adecuadamente que “La política cultural es la expresión concreta de las luchas por el poder en el campo de la cultura”⁹, y también es una lucha desde posiciones desiguales, por lo que no se debe perder de vista que no todas las culturas han tenido las mismas condiciones históricas de permanencia y que el Estado ha mantenido históricamente una actitud colonial frente a las culturas de los pueblos indígenas. Este argumento se encuentra reforzado si consideramos que la misma existencia del artículo segundo constitucional, donde se contemplan los derechos culturales de los pueblos indígenas en México, solo puede explicarse en el contexto de las luchas de estos mismos pueblos por el reconocimiento de sus derechos, especialmente gracias al proceso político generado por el Ejército Zapatista de Liberación Nacional (EZLN)¹⁰ que fue fundamental para que se generara la reforma del año 2001 en materia de derechos de los pueblos indígenas.

Efectivamente, los derechos culturales de los pueblos indígenas en México forman parte del postulado pluralista¹¹ que se insertó en el derecho estatal mexicano solamente gracias a procesos de resistencia de larga duración por parte de estos pueblos. El postulado pluralista que consagra el artículo segundo de la constitución mexicana, hace que algunos sostengan, desde una perspectiva más bien optimista, que la política cultural proviene actualmente de la lucha social¹². Pero la relación entre los cambios en la letra del derecho y las estructuras no suceden automáticamente, son procesos complejos en los que diversas resistencias se disputan la manera de

9 GUERRERO, 1995, p. 47.

10 Aunque existen diversos trabajos en el tema, uno de los recuentos más extensos sobre el proceso se puede encontrar en SPEED, 2008.

11 El concepto mismo de *pluriculturalidad* ha sido evaluado negativamente por presentar una neutralidad que facilita la entrega de la política cultural a los procesos neoliberales, lo que lleva a autoras como Catherine Walsh (WALSH, 2009) a apostar por un horizonte de *interculturalidad* que se identifica con procesos decoloniales y de plurinacionalidad postulados desde procesos sociales de interacción entre distintos pueblos. Sin embargo, como la misma autora reconoce, el discurso de interculturalidad también puede ser neutralizado en los procesos institucionales que lo despojan de su filo político, volviéndolo una herramienta tan neutral y funcional como el discurso de la *multiculturalidad* o la *pluriculturalidad* (WALSH 2009, p. 83). El objetivo de este trabajo, por tanto, no se centra en la discusión sobre las diferencias discursivas entre estos postulados, ya que se busca explorar principalmente las inercias y las dinámicas que se establecen en las relaciones entre las instituciones públicas y las artesanías indígenas. Retomo entonces la noción de pluriculturalidad por ser el término utilizado en las reformas legales, pero no como horizonte ideal.

12 GUERRERO, 1995.

implementar los discursos que legitiman las acciones de las instituciones. La implementación de políticas que atienden desde diversas fronteras a la "promoción" de la diversidad cultural, han sido acusadas de caer frecuentemente en una visión neoliberal que se interesa primordialmente en la cultura como objeto e incluso objetivo de comercio, ampliando solamente el mercado con las culturas de quienes anteriormente se encontraban excluidos¹³. Sin embargo, como se analizará en el presente artículo, el discurso pluralista y la misión de regresar las posibilidades de toma de decisiones a los agentes de las culturas indígenas, se enfrenta también a una inercia institucional que continua promoviendo la centralidad de las instituciones.

3. ¿De dónde vienen los diablos?

Ahora bien, en este marco de derechos culturales de los pueblos indígenas que indudablemente dependen en gran medida de las políticas culturales de los Estados, el objetivo de este artículo es dilucidar sobre los efectos que las políticas públicas culturales pueden tener en las culturas concretas que lidian con las mismas. Para esto, se pretende estudiar las políticas públicas como parte de un marco legal de la cultura que se constituye de las diversas herramientas del derecho que directamente pretenden un impacto sobre el desarrollo de las culturas en contextos de diversidad e incluye a las políticas públicas, a los derechos culturales y a los derechos de propiedad intelectual¹⁴; tomando en cuenta también que este marco legal es un instrumento importante para el desarrollo económico de las comunidades. Particularmente, me enfoco en la comunidad de Ocumicho, donde la labor artesanal constituye un sustento económico importante para varias familias y donde diversas políticas del Estado de Michoacán, en México, han tenido un impacto sustancial en la manera en la que los artesanos llevan a cabo su labor.

Ocumicho es una comunidad purhépecha, el mayoritario de los cuatro pueblos indígenas que habitan en Michoacán, perteneciente al municipio de Charapan, con una población de poco más de tres mil personas. Como he señalado en otros trabajos¹⁵, la comunidad no es demasiado visible

13 WALSH, 2009; ŽIŽEK, 1997.

14 IBARRA, 2015.

15 IBARRA, 2011, p. 3.

dentro del circuito turístico de Michoacán, de hecho, el centro de Ocumicho no se caracteriza por tiendas de artesanía. Sin embargo, la alfarería se considera la tercera actividad más importante del pueblo.

Cuando uno llega a Ocumicho no es raro que alguna mujer o un niño le pregunte si quiere ver diablos, y entonces se van conociendo los distintos talleres familiares que alberga la comunidad. En los talleres, frecuentemente escondidos bajo plásticos o almacenados en cajas de cartón, se encuentra una variada producción artesanal que sirve de sustento a las familias de Ocumicho. Las piezas más sencillas consisten en juguetes y silbatos para niños, en muchas ocasiones creadas con molde. Otras piezas son de mayor tamaño y representan escenas de la vida cotidiana o religiosas, como la última cena o nacimientos. En muchos casos, las escenas son protagonizadas por pequeños diablitos de muchos colores. La mayor parte de la producción artesanal es realizada por las mujeres de la comunidad, aunque durante los años he observado que los hombres participan cada vez más, especialmente en la creación de máscaras fantásticas y coloridas. En muchos casos, las jóvenes se inician en la labor artesanal dedicándose a pintar figuras que fueron hechas por otros miembros de su familia. Sin embargo, en un fenómeno quizá menos visible pero también documentado¹⁶, algunas artesanas se dedican solamente a pintar o a hacer figuras de barro sin cocer ni pintar para luego venderlas a otras artesanas.

La artesanía de Ocumicho comparte ciertos elementos con la producción artesanal de otras comunidades, los cuales en algunos casos entran en conflicto con las lógicas del derecho del Estado. La producción artesanal de Michoacán se caracteriza por una amplia diversidad que permite el comercio entre las diferentes comunidades, sin embargo, esta diversidad se inserta en un modelo que es bastante generalizado en la región. En realidad, se atribuye al primer obispo de Michoacán, Vasco de Quiroga la incorporación de un oficio en algunas de las comunidades indígenas de Michoacán, que fuera diferente al de comunidades vecinas para facilitar el comercio y aprovechar las vocaciones artesanales ya existentes en muchos de estos lugares¹⁷. Esa estructura se ha popularizado con el paso del tiempo, de manera que muchas comunidades cuentan con un gremio artesanal que forma parte de la estructura social de la comunidad. Dentro del gre-

16 GARRIDO, 2015, p. 139.

17 LEÓN, 2007, p. 33; F. MIRANDA, 1997, p. 38; OIKIÓN, 1997, p. 22.

mio, las familias suelen ser la unidad de producción básica, pero todos los artesanos comparten aspectos del estilo y la técnica, a veces incluso llegan a compartir pedidos. En su mayor parte, el sector artesanal forma parte de la economía informal y se involucra en exportación también informal a través de familiares y conocidos en Estados Unidos, principalmente; pues no se debe olvidar que Michoacán es uno de los Estados mexicanos que genera más migración a este país.

Es cierto que Ocumicho comparte la mayor parte de estos rasgos con el resto del sector artesanal de Michoacán, excepto porque la producción de diablos en Ocumicho es más reciente. Se considera que la producción de alfarería en Ocumicho se volvió relevante en la década de 1960 y, en gran medida, gracias a un joven de la comunidad llamado Marcelino Vicente¹⁸. En cierto sentido, tanto la literatura¹⁹ como las narrativas de la comunidad atribuyen a Marcelino ser una especie de padre de los diablitos de Ocumicho. Se atribuye a Marcelino el haber iniciado la realización de alfarería a mano, sin el uso de moldes, lo que le otorga a las piezas mayores méritos creativos. Además, se dice que fue Marcelino quien comenzó a hacer figuras de diablos. Sobre la creatividad de Marcelino existen una serie de historias fantásticas: algunas hablan de una orientación homosexual que lo llevaba también a dedicarse a una labor de mujeres, otras indican que Marcelino de hecho fue inspirado por el diablo quien se le presentó en persona²⁰. Sin embargo, más allá de la mitología, lo cierto es la herencia de Marcelino sigue viva de muchas maneras.

La presencia de las instituciones del Estado en Ocumicho también es conectada en algunas narrativas con Marcelino Vicente. En algunos de los trabajos más tempranos sobre los diablitos de Ocumicho, Gouy²¹ señala que el entonces Banco Nacional de Fomento Cooperativo (Banfoco) entró en contacto con Marcelino y lo llevó a exponer su trabajo en la Primera Feria Artesanal en Pátzcuaro (1963), en la Exhibición del Hogar en la ciudad de México (1963) y en la Feria Mundial de la Artesanía en New York (1964). La misma autora considera que había dos elementos fundamentales por los cuales Marcelino era particularmente atractivo para las institu-

18 IBARRA, 2011, p. 10.

19 GOUY 1985, 1987; PASCUAL, 1985; BARTRA, 2005, GARRIDO, 2000-2001.

20 IBARRA, 2011, p. 19; GARRIDO 2000-2001, p. 131.

21 GOUY, 1985, 1987.

ciones del Estado: “1) pertenecía a un pequeño pueblo aislado, alejado de los circuitos de comercialización, por lo que había de ayudar prioritariamente a este pueblo; 2) el tema de los diablos daba la sensación de algo tradicional y fantástico, y resultaba una idea que podría venderse en los circuitos turísticos”²².

En este sentido, Marcelino logró un renombre a título personal, lo que pocos artistas logran en Ocumicho; pero este renombre tuvo un impacto importante en el futuro de la producción artesanal. Marcelino es identificado como un artista que salió de la comunidad y logró una mejor condición económica gracias a su interacción con instituciones del Estado. Marcelino también es reconocido en la comunidad y en la literatura²³ por haber enseñado a otros. Su idea de hacer diablos fue tan popular que ahora identifica a toda la comunidad, aunque se siguen haciendo otras cosas. Una historia similar suele contarse en Capula respecto de la producción de catrinas. Las catrinas son figuras de la muerte ricamente ataviadas cuyo origen suele atribuírsele al artista mexicano José Guadalupe Posadas, pero en la comunidad de Capula, cerca de la capital de Michoacán, constituyen una de las producciones más populares junto con otros tipos de alfarería de tipo funcional. La popularidad de las catrinas ha ido en aumento al ser conectadas con la fiesta de día de muertos, y de hecho tiene ya algunos años que en esta fecha se hace un desfile y una feria artesanal promovido por las instituciones del Estado. Sin embargo, algunas personas de Capula aseguran que la producción de catrinas se encuentra ligada al éxito de un solo artesano, quien después llegó a apoyarse en otros para suplir su demanda. Estas historias hacen evidente que la popularidad de un artesano con los compradores puede tener un impacto fuerte en las comunidades, pero también que esa popularidad puede ser altamente facilitada por las instituciones.

El proceso que se inició con Marcelino en Ocumicho, gracias a su interacción con Banfoco, sentó las bases para una dependencia que es central para la vida de la comunidad hoy en día. Banfoco se convertiría más tarde en Fondo Nacional para el Fomento de las Artesanías (Fonart) y comenzaría una intensa relación con la comunidad que ya se observaba desde la década de 1980²⁴ y que continúa de manera sostenida. De hecho, cuando

22 GOUY, 1987, p. 28.

23 GOUY, 1985, 1987.

24 PASCUAL, 1985.

realizaba mi investigación en Ocumicho, los representantes de Fonart explicaban el trabajo que habían realizado en la presentación de Ocumicho con la que se logró el premio nacional y continúan organizando diversos concursos y llevando piezas de Ocumicho a diversos puntos de venta alrededor de México. Sin embargo, con la creación de la Casart a nivel local²⁵, muchas de las responsabilidades fueron transferidas a esta institución.

Independientemente de este tránsito de funciones, lo cierto es que estas instituciones son absolutamente centrales para determinar las condiciones en las que los derechos culturales de las comunidades indígenas de Michoacán son ejercitados. Como indica el balance de Novelo²⁶ sobre la artesanía mexicana, un elemento común en este sector es la íntima relación que tiene con las instituciones del Estado, caracterizada por un profundo clientelismo que marca en muchos sentidos el avance del sector. Sin embargo, esto no significa que las políticas respecto del sector sean consistentes, efectivamente las políticas relacionadas con el sector artesanal se encuentran más en un estado de caos que en una estructuración coherente de un estado homogéneo. Se trata de una variedad de agentes cuya directriz no es clara ni compartida, y que sin embargo determinan las actividades de un sector amplio de la sociedad mexicana. La Casart en sí misma es una institución que ejecuta una variedad de estrategias: financiamiento, capacitación, tiendas, concursos, ferias, etc. Además, el enfoque de las estrategias, cuáles son impulsadas y de qué manera, es algo que cambia conforme cambian las administraciones del Estado²⁷. Sin embargo, dentro de la variedad de actividades que realiza la Casart, mi investigación en Ocumicho se ha enfocado en las dos actividades que encontré como centrales en la vida de la comunidad: las ferias artesanales y la organización de concursos²⁸.

4. Los concursos de diablos

Las artesanas de Ocumicho no son ajenas a los premios; si bien no todos son de la relevancia y notoriedad del premio nacional que Ocumicho ganó

25 La Casart se constituyó formalmente en 1970 como la institución responsable de “promover y alentar el rescate, preservación, fomento, promoción, mejoramiento y comercialización de la artesanía”, de acuerdo con el artículo 5 de la Ley de Fomento Artesanal en el Estado de Michoacán previa a 2015.

26 NOVELO, 2015, p.31.

27 IBARRA, 2016.

28 IBARRA, 2011.

como comunidad, lo cierto es que los premios son sumamente relevantes en la dinámica y economía artesanal de Ocumicho. En una comunidad donde no parece haber un comercio demasiado dinámico, es posible darse cuenta de que los concursos y las ferias de artesanías proveen de los necesarios espacios de venta.

En muchos de los talleres de Ocumicho se pueden encontrar evidencias distintivas de la centralidad de los concursos en la comunidad. No necesariamente en las constancias de premios, aunque en realidad conforme pasan los años estas se vuelven mucho más visibles en las paredes de las casas y talleres. Cuando comencé a trabajar en Ocumicho, las artesanas solamente me enseñaban las constancias de los premios cuando preguntaba por ellos, e incluso decían que el papel con su nombre realmente no era importante. Los documentos se mantenían guardados en folders e incluso aquellas constancias que estaban enmarcadas se apilaban en cajones de roperos. Pero conforme han pasado los años, he visto como algunos de esos papeles empiezan a adornar las paredes, y como las piezas ganadoras se mantienen con los recuadros que marcan la distinción; un fenómeno que también ha observado Garrido²⁹, quien realiza investigación en Ocumicho desde el año 1996. Ahora bien, incluso cuando las artesanas no consideraban importantes las constancias de sus triunfos, los premios ya eran importantes y significativos en la comunidad por distintas razones.

A nivel Michoacán hay dos concursos que son de particular importancia, el que se realiza el domingo de ramos en la ciudad de Uruapan, y el que se realiza en día de muertos en la ciudad de Pátzcuaro. Hay algunos concursos más de carácter nacional a los que acuden las personas de Ocumicho, pero acudir a concursos, especialmente si son lejos, es sumamente oneroso. No solamente tienen que procurar su transporte y sustento, sino que también requieren asegurar el transporte y seguridad de sus piezas que, al ser de alfarería, pueden ser bastante frágiles. En ocasiones y también solo en algunos casos, las asociaciones de artesanos buscan maneras de organizar a las personas para hacer frente a las problemáticas de transporte, que han sido identificadas por artesanos, funcionarios e incluso instituciones técnicas, como uno de los problemas más compartidos en la venta de productos de alfarería.

29 GARRIDO, 2015, p. 143.

No es de sorprender entonces que el concurso anual local que se lleva a cabo en Ocumicho sea central para la economía de muchas familias. El día 29 de junio, cuando se celebra la fiesta de San Pedro que es el santo patrón de Ocumicho, se realiza un concurso temático de alfarería policromada en la misma comunidad, en el que participan prácticamente todos los artesanos de la misma. Los concursos pueden ser de técnica tradicional o de nuevo diseño, y suele haber una categoría especial para los niños. Usualmente, los concursos son juzgados por especialistas con estudios en áreas relacionadas con el arte, el diseño³⁰ y, ocasionalmente, también con el sector artesanal. En investigaciones posteriores he encontrado que, en algunos lugares, los jurados llegan a incluir artesanos reconocidos de la comunidad, quienes también suelen ser integrados en las capacitaciones formales que se organizan con la ayuda de algunas instituciones de formación técnica en Michoacán. Pero nunca he observado este fenómeno en Ocumicho.

Quizá una de las razones por las que no es común que los artesanos de Ocumicho participen en los jurados está relacionada con las complejidades sociales que generan los premios. Como bien indica Garrido³¹, las personas que son conocidas como "los que siempre ganan" adquieren tanto admiración como comentarios orientados a desprestigiarlos. Para quienes se acercan a Ocumicho con la intención de comprar, que una persona sea ganadora de premios es un mensaje claro de calidad de su trabajo, pero hacia el interior de la comunidad el premio tiene un significado más ambiguo. La admiración que los premios generan en la comunidad, efectivamente, tiene mayor relación con que el premio se vuelve una prueba de que la pieza, ya sea por estilo o por temática, es atractiva para un público externo. Esto significa que el mérito del premio no necesariamente se traduce en una percepción de que el ganador sea un buen artesano. De hecho, es muy común que el ganar un premio le genere enemistades a una persona, y si gana varios, directamente se enfrente a exclusiones de ciertos espacios³².

Pero la dinámica social de los premios también manifiesta la influencia que los concursos van a tener en la futura producción de la comunidad. Aspectos de las piezas ganadoras tienden a ser popularizados en el traba-

30 IBARRA, 2011, p. 11.

31 GARRIDO, 2015, p. 140.

32 IBARRA, 2011, p. 17.

jo realizado en Ocumicho³³, de la misma manera que la atención de las instituciones a Marcelino popularizó el tema de los diablos. Este efecto de determinación de los temas es aún más notorio en casos, como el observado durante el año de 2010³⁴ cuando se celebraban 200 años de la independencia de México y 100 de su revolución, en donde las mismas instituciones dieron temáticas para el trabajo de las piezas. En ese año, los camiones de revolucionarios, las fiestas y la lucha armada en general se volvieron el tema más popular en la producción artesanal de Ocumicho y, si bien nunca lo he vuelto a observar de manera tan dominante en un concurso, el tema sigue estando presente con mucha frecuencia y, cinco años después, se ha insertado como uno de los temas comunes de la producción artesanal local. En este sentido, los concursos dan forma y expectativas a un auditorio al que a su vez responden los artesanos. Es como una conversación de tres partes para lograr una venta. Y, quizá en esta transformación, también hemos tenido algo que ver quienes hacemos investigación en Ocumicho y preguntamos frecuentemente por las piezas firmadas y los premios.

La importancia de los concursos se debe en gran medida a que los premios económicos son sumamente importantes para la economía familiar. Normalmente es posible someter a concurso un promedio de tres piezas por participante, con lo que, si la familia se constituye de cinco personas, habrá quince piezas concursando por alguno de los premios. Como mencionaba anteriormente, las piezas de concurso suelen ser de mayor tamaño que la producción de venta regular y son elaboradas a mano; suelen representar escenas que involucran distintos actores y elementos, muchos de ellos diablos. Las piezas representan un esfuerzo de varios meses para las familias enteras. Pero su venta fuera del contexto del concurso es más bien complicada ya que no hay mucho mercado para su compra y entre más grande sea la pieza más difícil será de transportar. En cambio, el día del concurso acuden a Ocumicho varios compradores externos, individuales o de galerías artesanales, que tienen particular interés en el tipo de piezas expuestas. Además, las mismas instituciones como Fonart y Casart también realizan compras de entre las piezas. Esta compra es importante para las familias, que sí se enfocan mucho en lograr la venta con las instituciones, a pesar de que en muchas ocasiones los compradores de las instituciones

33 GOUY, 1987.

34 IBARRA, 2011, p. 13.

negocian el precio con los artesanos, pagando por debajo de lo que estos le habían asignado a su trabajo. Aun así, las piezas que se venden en las tiendas institucionales suelen tener costos muy por encima de lo que normalmente se encuentra en la comunidad, incluso pagando el primer precio que dan los artesanos³⁵ que, como se ha denunciado respecto de la Casart y he observado en mi investigación³⁶, no es el que pagan las instituciones.

Lo anterior destaca la centralidad que las instituciones adquieren en la vida económica de las comunidades, lo que promueve el clientelismo del que habla Novelo³⁷, y en las temáticas que se trabajan en la artesanía de Ocumicho, pero lo cierto es que hay aspectos, como las lógicas individuales de producción, donde la interacción adquiere muchas más ambigüedades que también se encuentran vinculadas con el derecho. Como mencionaba anteriormente, la familia constituye la unidad de producción básica en la mayoría de las comunidades de artesanos en Michoacán incluida Ocumicho. La familia es el espacio social donde la tradición se transmite entre generaciones y se reparte el trabajo. En una sola pieza existe una interacción entre los diversos miembros de la familia; muchas veces los jóvenes pintan figuras que fueron diseñadas y cocidas por adultos. Pero en los concursos, las piezas se someten a título individual. Esto no significa que no participe toda la familia, de hecho lo más común es que todos los miembros de la familia se registren. Sin embargo, lo anterior no significa que las piezas hayan sido realizadas de manera individual. Dependiendo de la familia y el miembro de la familia que se trate, es posible que la pieza se haya beneficiado del trabajo de más de una persona.

En general, las dinámicas de relación individual de los artesanos con sus piezas suele ser un punto de discusión en el sector artesanal. Como indica Novelo³⁸ las artesanías suelen ser identificadas en los espacios museográficos, y en general en los espacios de venta, más por su origen geográfico que por los artesanos que realizan la pieza. Es evidente que para Novelo los artesanos tendrían que ser identificados con las piezas. Gouy³⁹ incluso ancla la necesidad de que se firmen las piezas para evitar la apropiación

35 Especialmente en el sector artesanal las transacciones comerciales se caracterizan por la negociación de los precios, que es conocida en México como regateo.

36 HERRERA, 2011.

37 NOVELO, 2015, p. 31.

38 NOVELO, 1995, p. 35.

39 GOUY, 1987, p. 54.

del trabajo de unas artesanas por otras, atendiendo al trabajo de venta de piezas sin cocer, para ser pintados por otros, que se sigue observando en Ocumicho⁴⁰. Pero, al menos en el caso de Gouy, parece atribuir un carácter negativo a una práctica que las mismas artesanas no suelen encontrar tan problemática, especialmente si se considera que el hecho de que una persona haga la figura y otra la pinte es algo que sucede al interior de las familias también. En general, mis propias observaciones⁴¹ en Ocumicho indicaban que la mayoría de los artesanos de Ocumicho no otorgan mucha importancia a la firma de sus piezas fuera de estrategias que buscan complacer al mercado externo o facilitar la identificación por parte de futuros compradores. Por otro lado, la opinión a favor de la relación individual entre artesano y artesanía, mediante la firma, no necesariamente es compartida. García Canclini⁴², por ejemplo, señala que este tipo de prácticas promueven la desconexión entre individuo y sociedad cambiando el vínculo que existe entre los artesanos y sus artesanías.

La idea de que las obras son producto del genio y talento de una sola persona es una lógica dominante tanto en el mundo del arte, en el del conocimiento y también del derecho. La mayoría de las figuras del sistema de derechos de propiedad intelectual, que se inserta también como parte del marco legal de la cultura⁴³ y definitivamente las más tradicionales como las patentes o el derecho de autor, se basan en la idea del genio del autor individual⁴⁴. Esta es una lógica que entra en conflicto con el conocimiento tradicional y las artesanías de pueblos indígenas⁴⁵, aunque no exclusivamente. En el caso de Ocumicho, quizá lo más lamentable es que un énfasis demasiado marcado en la creación individual pondría una presión grande en cambiar la manera en la que las personas jóvenes se integran en el trabajo, aprendiendo una parte del oficio a la vez. La colaboración se podría considerar deshonesto porque finalmente la pieza se basa en la colaboración y no en el trabajo individual. Pero en la medida en la que la producción de Ocumicho de hecho suele ser compartida, la deshonestidad existe

40 GARRIDO, 2015, p. 139.

41 IBARRA, 2011, pp. 14-15.

42 GARCÍA, 2002, p. 143.

43 IBARRA, 2015.

44 DOMMAN, 2008, p. 6.

45 LUCAS-SCHLOETTER, 2004, pp. 294-297; KONGOLO, 2008, pp. 39-43.

solo en la cabeza del comprador que también es quien tiene la premisa, errónea, de que cada pieza es individual. Como bien concluye Garrido⁴⁶, si bien los individuos suelen tener estilos propios, hay elementos compartidos que conforman algo como una “escuela artística”, y esta escuela se desarrolla a partir de la interacción constante y de la formación de las artesanas en el seno familiar.

Sin embargo, a lo largo de los años de visitar Ocumicho puedo constatar que la imposición de esta lógica no es tan sencilla como se pudiera pensar cuando identificamos a las instituciones y al derecho del Estado en su faceta de dominación. Lo cierto es que tanto la firma de piezas como la presentación de las mismas a título individual, depende mucho de las familias, de las artesanas en particular y de los interlocutores con quienes se interactúe. Uno puede entrar a un taller sin nunca enterarse a qué miembro de la familia se atribuye la pieza que se está comprando a menos que pregunte expresamente. También puede ser que se entre a uno de esos talleres donde una pareja tiene mesas separadas para mostrar su trabajo por separado incluso en el mismo espacio y donde la señora le informa inmediatamente cuáles son las piezas de su marido. Preguntando un poco, se puede uno enterar de que la pieza la pinto la hija de la mujer que la diseñó y coció, o de la chica que durmió tarde el día antes del concurso por pintar "la pieza de su hermano". Si se pregunta por las piezas firmadas, aparecerán más con esta característica y si uno pregunta por premios le mostrarán algunas piezas ganadoras. Todos estos elementos transitan entre las dinámicas de producción familiares y las estrategias de venta que las artesanas de Ocumicho van perfeccionando conforme pasan los años y en las que usan los discursos dependiendo del auditorio.

5. Los diablos van a la feria

Como indicaba anteriormente, al no haber mucho comercio en Ocumicho, las ferias de artesanías son también eventos importantes para la economía de las artesanas de esta comunidad indígena; aunque en realidad estas ferias representan una buena parte de los ingresos para artesanos de todo Michoacán. En la mayoría de las comunidades se celebra una fiesta el día del santo patrón local que suele acompañarse de un mercado artesanal

46 GARRIDO, 2015, p. 158.

en el que los artesanos locales y los de comunidades vecinas venden su trabajo⁴⁷. Al variar las fechas de las celebraciones de cada comunidad, se construyen circuitos de ferias que proveen de espacios de venta a lo largo del año. Sin embargo, una de las cosas que más me llamaron la atención en mis primeras visitas a los concursos de artesanías, es que el mercado de la feria de Ocumicho no suele tener mucha producción artesanal. Los mismos diablitos se encuentran ausentes de las calles ese día, puesto que la mayor parte de la producción artesanal se enfoca en el concurso y en las instituciones como principales compradoras, en la dinámica explicada en el apartado anterior. Las artesanas de Ocumicho tampoco parecen participar demasiado de las ferias vecinas.

Para las artesanas de Ocumicho las que son relevantes son las dos ferias artesanales de importancia estatal que acompañan a los dos concursos más importantes en Michoacán⁴⁸. Estas ferias suponen puntos de venta importantes y de un perfil de comprador variado. A las ferias asisten compradores especializados en busca de piezas de alta calidad y mérito artístico; pero también asisten compradores no especializados, familias con niños, turistas en general, que buscan piezas pequeñas y no siempre están dispuestos a invertir grandes cantidades de dinero en las mismas. De hecho, uno de los grandes problemas que se denuncian socialmente respecto de las artesanías es la poca valoración que existe entre la mayoría de los compradores. Esto es evidente en el proceso de negociación conocido como regateo en México, donde constantemente se argumenta el poco valor del objeto que se va a comprar con la finalidad de que el precio baje. Pero no se trata solamente de una estrategia de negociación, en realidad es común que los compradores efectivamente consideren que las piezas no ameritan un precio elevado; a pesar de que cuando uno toma en cuenta el trabajo que toma realizar productos artesanales se vuelve evidente que de hecho es raro que la artesanía michoacana tenga precios elevados, al menos cuando se le compra a directamente a las y los artesanos.

En general, las ferias de artesanías son significativas para comprender lo infravalorado que se encuentra el trabajo artesanal y las y los artesanos

47 Ya en el siglo XVIII, Francisco Javier Clavijero (en SÁNCHEZ, 2007, p. 18) atribuía a Vasco de Quiroga el acierto de haber dado orientaciones artesanales diferentes a las comunidades, puesto que se había creado una dependencia recíproca que mantenía unidas las regiones.

48 Las ferias suelen instalarse unos días antes y retirarse unos días después del domingo de ramos en la ciudad de Uruapan; y el día de los muertos, en la ciudad de Pátzcuaro.

mismos. En cada feria, la Casart hace un circuito en la plaza principal de la ciudad, fraccionando el espacio para ser asignado a las y los artesanos de todo el Estado. Como mencionaba anteriormente, en algunos casos los artesanos reciben apoyo para el traslado y en otros las mismas organizaciones de artesanos buscan organizarse. Pero en la mayor cantidad de los casos, cada artesano debe buscar la manera de asumir los costos de llevar su producción a las ciudades de las ferias artesanales. El reto es diferente que en el caso de los concursos para quienes, como las personas de Ocumicho, basan su producción en la alfarería, ya que perderán una parte de la producción en el traslado mismo, puesto que no existen condiciones que hagan posible la transportación de una cantidad grande de piezas. Una vez que han llegado al lugar de la feria, la mayoría de las y los artesanos no tendrán los medios para pagar hospedaje o volver diariamente a dormir en sus casas. Esto significa frecuentemente que tendrán que dormir en el mismo lugar de la feria, en una plaza pública, al lado de sus piezas con apenas algunas cobijas y cartones para pasar el frío de la noche, que es considerable el día de muertos. En otras ocasiones las instituciones buscan proveer algún espacio mejor, pero no mucho mejor: el piso de alguna escuela o centro deportivo. Siendo así, no debe sorprender que las facilidades higiénicas sean de pocas a inexistentes. Frecuentemente se limitan a baños portátiles. De hecho, estas suelen ser las condiciones de "hospedaje" que se contemplan cuando los pueblos indígenas son convocados a engalanar eventos culturales. Se observan en ferias y concursos, y también en los festivales gastronómicos de comida tradicional, incluso cuando son invitados a participar como músicos o danzantes.

Así son tratados estos famosos y premiados artesanos. Estas son las condiciones que se garantizan a los creadores y portadores de la cultura. Para Abel Castillo, dirigente del Consejo Michoacano de Marcas Colectivas y artesano de esferas de Tlalpujahuá a quien entrevisté con motivo de mi investigación de doctorado, estas condiciones marcan un profundo racismo contra los artesanos, que se funda en creerlos sucios y descuidados, no merecedores de mejores condiciones de vida. La valoración del artesano, incluso en lo meritorio de seguir su labor en condiciones de vida sumamente precarias, esconde el poco esfuerzo que se hace porque estas condiciones cambian. Como declara contundentemente Victoria Novelo:

“Sobran personas e instituciones en México que continúan admirando los productos de artesanía, observando impasiblemente la pobreza de los

productores, maravillándose de su sobriedad y resistencia a la fatiga. Y convencidos de que así son felices, les dan una limosna para que continúen con su dura faena de vivir”⁴⁹.

Se encuentra en esta declaración un posicionamiento contra la idealización de la pobreza y la lucha de las y los artesanos; contra las condiciones miserables en las que frecuentemente las mismas instituciones de gobierno los colocan cuando contemplan para este sector políticas de retribución mínima.

Aún a pesar de las terribles condiciones a las que se enfrentan, las ferias les otorgan a las artesanas de Ocumicho más ganancias de las que suelen obtener en meses sin salir de su comunidad, así que mucho del trabajo de las artesanas de Ocumicho es determinado por las ferias. Evidentemente, varios meses se dedican a producir suficientes piezas para las ferias. En los días de feria se encuentran menos personas en Ocumicho, y casi nada de producción, puesto que si bien no se requiere ni se puede pagar el viaje de toda la familia, si se trata de llevar todas las piezas posibles.

Sin embargo, la participación en las ferias también puede hacer evidente el impacto que las instituciones han tenido en la organización de los artesanos de Ocumicho. Cuando comencé a realizar investigación en la comunidad⁵⁰ la Casart no otorgaba lugares en las ferias a los artesanos individualmente, sino que se adjudicaban según comunidad y producción, y era el presidente de los artesanos quien determinaba quienes ocuparían los lugares. Esto, junto con el manejo de los recursos para el transporte y otros financiamientos institucionales que se administran casi exclusivamente a través del presidente de los artesanos, hace que esta persona tenga una gran influencia en la vida de todos los artesanos de una comunidad. En visitas posteriores a Ocumicho he encontrado que la posición del presidente de los artesanos era particularmente fuerte al principio de mi contacto con la comunidad, pero ya no es así. En primer lugar, como ya destacaba en ese momento, hay más de una organización de artesanos; pero además, qué organización y en qué medida va a manejar los recursos depende mucho del contexto institucional que es siempre fluctuante. Como he encontrado en una mayor exploración de las políticas de la Casart, estas suelen cambiar conforme cambia la dirección de esta institución.

49 NOVELO, 2015, p. 39.

50 IBARRA, 2011, p. 13.

Ahora bien, esto no hace a las organizaciones menos relevantes, sino que evidencia lo relacionadas que están con el contexto institucional. Las instituciones estatales que tratan con este sector productivo han sido centrales en la promoción de la creación y mantenimiento de las organizaciones artesanales⁵¹ que les permitan tratar solamente con una persona que actúe de intermediario, y han mantenido esta posición incluso cuando los intermediarios han aumentado debido a procesos de disputa social al interior de las comunidades⁵². Sin embargo la disputa social ha generado solamente la proliferación de asociaciones porque, como ya comentaba en mi trabajo anterior⁵³, los artesanos que no se encuentren en una asociación frecuentemente sí se encontrarán excluidos de financiamientos y espacios de comercialización, ya que estos recursos son manejados en su mayor parte a través de los presidentes de los artesanos en cada comunidad. En el caso de las ferias, no es raro que la Casart no asigne lugares a artesanos particulares sino a la comunidad o estilo de producción, por lo que las determinaciones sobre la asistencia de los artesanos a las ferias dependerán precisamente de los presidentes de los artesanos. En el mejor de los casos, el presidente buscará la mayor representatividad y equidad posible en la toma de decisiones; pero es más bien raro que sus decisiones no sean cuestionadas por los artesanos que no son elegidos para asistir en estas ocasiones y que, por lo tanto, ven sus posibilidades de ingresos económicos sumamente afectadas.

Si bien la dependencia que existe entre instituciones y organizaciones artesanales es evidente, esto no significa que el proceso entero sea de carácter inequívocamente perverso y siempre vertical. Lo cierto es que las organizaciones han permitido a los artesanos, que individualmente tendrían más bien pocos medios de poder y demanda frente al Estado, conseguir los medios para buscar una influencia mayor en las instituciones. La Unión Estatal de Artesanos del Estado de Michoacán (Uniamich) es, efectivamente, uno de los actores de mayor relevancia en el sector. Al interior de las comunidades, la Uniamich incluso llega a hacer de mediadora en conflictos entre artesanos u organizaciones de artesanos, pero tiene in-

51 La Ley de Fomento Artesanal el Estado de Michoacán de Ocampo, previa a 2015, incluso contemplaba este objetivo en su artículo 25.

52 GOUY, 1987, p. 54.

53 IBARRA, 2011, p. 18.

fluencia también en las instituciones. Un ejemplo de esto es el cambio de administración que se dio en el año 2011. El director que inició gestiones en 2009 enfrentó primeramente la oposición de los artesanos de guitarra de Paracho, quienes denunciaban la falta de atención⁵⁴. Durante 2010 la oposición se extendió a los trabajadores, que denunciaban malas condiciones de trabajo⁵⁵ y, en 2011, la Uniamich se unió a la demanda. Durante la celebración de 41 Aniversario de la creación de la CASART, la presidenta de la Uniamich expresó públicamente en su discurso el descontento que generaba en el gremio el abandono de diversas políticas de apoyo que había efectuado la administración en curso⁵⁶. Pocos meses después el director fue removido de su cargo.

6. Reflexiones finales

“Unos dicen este, que en Ocumicho si hay diablo. Como así pues... diablo en persona [...] Pero no hay pues diablo en persona. Es no más el adorno”.
Artesano de Ocumicho

Para quienes hacen artesanía en Ocumicho, el cliente más importante son las instituciones del Estado; y para las instituciones del Estado, el actor más relevante en esa interacción son también las mismas instituciones del Estado. En Ocumicho se puede observar el éxito con el que estas instituciones han creado un sistema de dependencia clientelar que, además, tiene pocas probabilidades de verdaderamente proveer de mejores condiciones de vida a las y los artesanos. Se trata de una relación en la que, si bien la Casart contribuyó sustancialmente a la continuidad de las prácticas artesanales, también ha contribuido a que estas se realicen en condiciones de precariedad que garantiza la continuación de la dependencia.

El contacto con las instituciones del Estado ha tenido un impacto profundo en la manera en la que las y los artistas de Ocumicho realizan sus actividades. No se trata solamente de que la popularidad de Marcelino en estas instituciones haya insertado un modelo de interacción que ha marcado el estilo del trabajo que se realiza en la comunidad, aunque se puede

54 ÁNGELES, 2009.

55 ZARAGOZA, 2010.

56 HERRERA, 2011.

decir que este proceso existe. Esto también ha cambiado la interacción de las artesanas de Ocumicho con los procesos de comercialización en el sector. Algunas de las investigaciones realizadas en la década de 1980 todavía reportaban la participación de Ocumicho en el circuito de fiestas tradicionales locales⁵⁷. Pero actualmente la gente de Ocumicho solo sale para concursos y ferias de carácter estatal o nacional. En lugar de una comercialización interna, ahora ésta se encuentra orientada hacia afuera del universo purhépecha. Si bien esto implica algunas modificaciones en el tipo de piezas que se realizan, la verdadera transformación está en las lógicas vitales y tiempos en los que se realiza el trabajo artesanal.

Los artesanos venden poco en el cotidiano en la comunidad de Ocumicho, dependen enormemente de estas fechas especiales en las que las posibilidades de venta se incrementan por un concurso y una feria artesanal. Las y los artesanos producen para estas fechas y, por lo tanto, arriesgan buena parte de su subsistencia en las mismas. Es por esto que hacen el esfuerzo y la inversión que les significa el transporte, y que los premios y las ventas del concurso son tan importantes: ese día no tienen que viajar. Es por esto también que soportan las condiciones de vida que enfrentan en las ferias. El tiempo en Ocumicho se gestiona para sacar provecho de unos cuantos días, mientras se mantienen los pocos clientes estables y se asiste a la plaza central en busca de las pocas personas que quieran ver diablitos.

En este mismo proceso, la centralidad de las instituciones se mantiene también a través de los compradores. Por un lado, es cierto que las instituciones y sus concursos a veces determinan modas y estilos. Pero, por el otro lado, al poner el énfasis fuera del mercado de las comunidades purhépechas, se juega en un plano del comprador mestizo promedio que será ampliamente determinado por estrategias de mercadeo de las distintas instituciones. La mayoría de los artesanos de Michoacán no tienen medios para invertir en comercialización, y los intermediarios invierten en posicionar sus propias galerías. La imagen de la artesanía michoacana depende casi enteramente de las estrategias de mercadeo de las instituciones. Estas son las encargadas de establecer estrategias que puedan resultar atractivas al mercado mestizo que se acerca a las comunidades. Se trata de una mirada de la indigeneidad para ojos mestizos, desde ojos mestizos.

57 GOUY, 1985, 1987; PASCUAL, 1985.

Y este proceso presenta muchas ambigüedades. Ya no se trata de una estrategia que busca eliminar la validez de los pueblos indígenas en favor de una identidad nacional colonial o colonizada, como en las condiciones que reflexionaba cuando hablaba de las denuncias subyacentes a los derechos culturales, sino de una proyección de lo “correcto” sobre y del universo de lo indígena. Es una proyección que, de manera general, tiende a producir al otro como exótico, a darle características especiales en un performance dirigido al comprador que puede o no estar conectado con la mirada que ese otro tiene de sí mismo⁵⁸. Ya en mi primera aproximación a Ocumicho reflexionaba sobre la percepción de “exoticidad” de la producción de Ocumicho⁵⁹. Me generaba conflicto que no todas las personas de Ocumicho estuvieran tan cómodas con la imagen del diablo, que algunas de las artesanas prefirieran imágenes de vírgenes y bodas. Lo que me tomó un poco más de reflexión fue entender que, como sucede en muchas comunidades indígenas y en México en general, en Ocumicho las personas son mayormente católicas practicantes y no es tan inesperado que les guste hacer vírgenes y que no quieran que la gente piense que en Ocumicho de hecho tienen que ver algo con el diablo, incluso se señala que los curas locales han sido cuestionados sobre la pertinencia de la práctica⁶⁰. Efectivamente, Garrido⁶¹ señala que en el universo estético de la artesanía purhépecha se puede encontrar una correspondencia entre lo feo y aquello que se considera gracioso o transgresor, usando de ejemplo precisamente las gallinas eróticas y algunas escenas de diablos, amabas producciones de Ocumicho⁶². Las obras de Ocumicho se colocan entonces en un lugar estético ambiguo pues caen en el universo de lo que las artesanas de hecho consideran feo. La autora las rescata asegurando que por estar bien hechas son “bonitas pero feas”, sin embargo, si bien los diablos de Ocumicho son pintados con colores “alegres”, que la misma autora señala como criterio de belleza estética, la temática no tiene una aceptación tan simple como se suele proyectar. Por supuesto esto no significa que todas las artesanas sufran con el tema de los diablos, en gustos se rompen géneros y las artesanas

58 Algunos trabajos relevantes en este tema se pueden encontrar en: COOMBE, 1995.

59 IBARRA, 2011, p. 21.

60 GARRIDO, 2000-2001, pp. 133.

61 GARRIDO, 2015, pp. 149-150.

62 La misma autora hace un estudio más pormenorizado de los valores estéticos de la artesanía de Ocumicho en un trabajo previo (GARRIDO, 2000-2001).

de Ocumicho tienen una variedad de gustos en el tema. Pero este punto de mi trabajo de campo me requirió mayor reflexión, quizá, porque yo misma ya había comprado la idea de los diablos; a mí me gustan como a tantos otros que somos de fuera y para quienes una gran parte de la artesanía y su composición estética está dirigida. Finalmente, hay un objetivo en común entre la Casart y las artesanas de Ocumicho: vender.

A muchos compradores nos gustan los diablos, pero en qué medida este gusto ha sido generado por las mismas instituciones es algo mucho más difícil de determinar, así como es difícil determinar si esto es evitable y si es deseable que se evite. Novelo⁶³, por ejemplo, hace referencia a las intromisiones por parte de las instituciones que se dedica al fomento artesanal y, desde lo público y lo privado, frecuentemente con poco cuidado y experiencia, buscan tener una influencia en la técnica y la estética artesanal. Este proceso, como bien indica la autora, viene desde la época de Vasconcelos y frecuentemente se encuentra sustentado en un discurso de la competitividad, como el que se difunde en Ocumicho con los concursos⁶⁴, que se preocupa más por la venta que por las características o incluso usos de los productos artesanales en su contexto cultural. La crítica está enfocada a una transformación del sector artesanal que no toma en cuenta al sector artesanal y que, desde su punto de vista, tiende a desvirtuar los productos artesanales en función del comercio. Pero sin una estrategia de posicionamiento del producto artesanal tampoco se puede garantizar que las y los artesanos tengan las mínimas condiciones de vida, menos aún continuar con una labor que preserve los patrimonios culturales. Sin embargo, hay que destacar que lo único que se está logrando es precisamente las “mínimas” condiciones de vida.

En 2015 la Casa de las Artesanías fue transformada en el Instituto del Artesano Michoacano. Este cambio de nombre tiene pocas probabilidades de significar un cambio en sí mismo, a menos que viniera con un cambio también en las personas que integran la institución y dependiendo de la nueva dirección que tomara. En el tiempo que estudié la Casart encontré que no todas las personas ahí son como el primer funcionario que entrevisté y que se refería a los artesanos como los clientes⁶⁵ de su empresa, que

63 NOVELO 2015, p. 32.

64 IBARRA, 2011, p. 17.

65 IBARRA, 2011, p. 16.

en este caso sería el Estado mismo a través de la Casart. Pero en este tiempo también ha sido evidente que la tendencia neoliberal de la Casart tiende más a solidificarse. El problema central quizá no sea que una institución dedicada al sector artesanal tenga preocupaciones eminentemente comerciales, sino precisamente que no son en favor de los artesanos sino de la institución misma. Si en un momento me pareció preocupante que los artesanos fueran clientes, es mucho más grave el hecho de que en realidad frecuentemente son proveedores mal pagados porque se les paga poco y a veces tarde; porque, como mencionaba anteriormente, los empleados de las instituciones frecuentemente regatean el precio de las compras. Al regatear, se protege el dinero de la institución y las posibilidades de ganancias en sus puntos de venta, como si no fuera una institución financiada por el Estado. La pequeña ganancia económica de las artesanas de Ocumicho se vuelve más injusta dado los beneficios que sus compradores obtienen. El discurso de una institución dedicada a la protección de la artesanía y los artesanos tiene muy poco sentido cuando la lógica que impulsa las políticas es la misma que la de cualquier galería que tiene un interés superior en sus ingresos que en el bienestar de sus proveedores.

Cinco años después de la reforma que trajo los derechos culturales de los pueblos indígenas a la constitución mexicana, autores como García y Piedras⁶⁶ insistían en que las políticas públicas implementadas por el Estado mexicano continuaban siendo creadas desde un punto de vista etnocéntrico y en que su enfoque económico contribuía a crear conflicto rompiendo la identidad comunitaria de los pueblos indígenas. Mi experiencia, y el balance con el que Victoria Novelo presenta en su texto *De eso que llamamos artesanías mexicanas*⁶⁷ indican que el panorama sigue sin ser uno de empoderamiento de los artesanos, sino más bien uno de persistencia de la dependencia de las instituciones. Efectivamente aquí se retoma la crítica del corte neoliberal que acusa a las posiciones pluralistas/multiculturalistas de trasladar las demandas de la diversidad cultural a una simple y llana ampliación de mercados que ahora incorporan a las culturas indígenas en la lógica del capitalismo global⁶⁸. Lo que se encuentra es una serie de principios pluralistas que dan un lugar relevante a las culturas indígenas

66 Véase: GARCÍA Y PIEDRAS, 2006.

67 NOVELO, 2015.

68 WALSH, 2009; ŽIŽEK, 1997.

resultan difíciles de instrumentalizar en la práctica de instituciones cuya inercia no tiende a reconocer en los mismos pueblos indígenas agentes de participación y toma de decisiones. Así, se mantienen más prácticas que promueven la dependencia de las instituciones, que prácticas que busquen entender a los pueblos como actores relevantes en las decisiones sobre el presente y futuro su cultura.

Referencias

- ÁNGELES, Ramón. Truenan artesanos contra el director de la Casa de las Artesanías de Michoacán. *Cambio de Michoacán*, 5 de septiembre, 2009. Disponible em: <<http://www.cambiodemichoacan.com.mx/vernota.php?id=112222>>.
- BARTRA, Eli. *Mujeres en el arte popular*. México: UAM, 2005.
- BURNS, Elizabeth. The Disneyland of cultural rights to intellectual property: anthropological and philosophical perspectives. In: Christoph Beat Graber Beat y Mira Burri-Nenova, Mira, eds. *Intellectual Property and Traditional Cultural Expressions in a Digital Environment*. Cheltenham: Edward Elgar, 2008. <http://dx.doi.org/10.4337/9781848443914.00010> .
- COOMBE, Rosemary J. The cultural life of things: anthropological approaches to law and society in conditions of globalization. *The American University Journal of International Law & Policy*, vol. 10, n. 2, pp. 791-835, 1995. <http://dx.doi.org/10.1215/9780822382492> .
- DE CASTRO, Benito. *Derechos económicos, sociales y culturales. Análisis a la luz de la teoría general de los derechos humanos*. España: Universidad de León, 1993.
- DOMMANN, Monika. Lost in tradition? Reconsidering the history of folklore and its legal protection since 1800. In: Christoph Beat Graber Beat y Mira Burri-Nenova, Mira, eds. *Intellectual Property and Traditional Cultural Expressions in a Digital Environment*. Cheltenham: Edward Elgar, 2008.
- GARRIDO, Eva María. Categorías del gusto en la escultura de Ocumicho un pueblo indígena. *Société suisse des Américanistes*, vol. 64-65, 2000-2001. _____ . *La artesanía como forma de expresión de tradiciones estéticas indígenas. El caso purhépecha*. In: Salvador Pérez, ed. *Artesanías y saberes tradicionales*. Zamora: El Colegio de Michoacán, 2015.

- GARCÍA, Néstor. *Culturas populares en el capitalismo*. México: Grijalbo, 2002.
- _____ y PIEDRAS, Ernesto. *Las industrias culturales y el desarrollo de México*. México: Siglo XXI, 2006.
- GONÇALVES, Guilherme Leite y COSTA, Sérgio. The global constitutionalization of human rights: Overcoming contemporary injustices or juridifying old asymmetries? *Current Sociology*, vol. 64, no. 2, 2015. <http://dx.doi.org/10.1177/0011392115614791>.
- GOUY, Cecile. El nacimiento de un arte tradicional. *Relaciones*, vol. 23, n. VI. México: El Colegio de Michoacán, 1985.
- _____. *Ocumicho y Patamban dos maneras de ser artesano*. México: Centre d'Etudes Mexicaines et Centraméricaines, 1987.
- GUERRERO, Francisco Javier. Política y patrimonio cultural. In: Jesús Antonio Machuca, et. al. *El patrimonio sitiado*. México: INAH, 1995.
- HERRERA, Silvia. *Ofrece Casart transparencia en compras, sin regateo*. El Sol de Morelia, 3 de febrero, 2011. Disponible en: <<http://www.oem.com.mx/elsoldemorelia/notas/n1951476.htm>>.
- IBARRA, Lucero. The Interaction Between Law, Economics and Indigenous Cultures: The Ocumicho Devils. *Oñati Socio-Legal Series*, vol. 1, n. 1. España: Instituto Internacional de Sociología Jurídica de Oñati, 2011. Disponible en: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1737355>.
- _____. Culture through the state: law and policy as a frame to culture. *The Journal of Social Policy Studies*, vol. 13, no. 1, 2015. Disponible en: <<https://jsps.hse.ru/en/2015-13-1/147121125.html>>.
- _____. Collective intellectual property in Michoacán: negotiating economic and cultural agendas in the artisanal field. *Oñati Socio Legal Series*, vol. 6, no. 3. España: Instituto Internacional de Sociología Jurídica de Oñati, 2016.
- KONGOLO, Tshimanga. *Unsettled international intellectual property issues*. The Netherlands: Wolters Kluwer, 2008.
- LAIRD, Tessa. *Dear Adelaida*. In: Denis O'Connor, et. al. *Empire of Dirt. Writing about Ceramics*. Auckland: Objectspace, 2015. Disponible en: <<http://www.objectspace.org.nz/Downloads/Assets/5273/Empire+of+Dirt+Writing+about+Ceramics.pdf>>.
- LEÓN, Ricardo. Vasco de Quiroga y la Utopía de Tomas Moro. In: Juan Carlos, ed. *La ruta de Don Vasco*. Madrid: Lunwerg, Gobierno del Estado de Michoacán, 2007.

- LUCAS-SCHLOETTER, Agnes. Folklore. In: Silke von Lewinski, ed. *Indigenous heritage and intellectual property. Genetic resources, traditional knowledge and folklore*. The Hague: Kluwer, 2004.
- MACPHERSON, Crawford Brough. *The rise and fall of economic justice and other essays*. Oxford: Oxford University Press, 1987.
- MIRANDA, Francisco. *Sobrevivencias de artesanías prehispánicas*. In: Verónica Oikión, ed., *Manos Michoacanas*. México: El Colegio de Michoacán, Gobierno del Estado de Michoacán, UMSNH, 1997.
- NOVELO, Victoria. *De eso que llamamos artesanías mexicanas*. In: Salvador Pérez, ed. *Artesanías y saberes tradicionales*. Zamora: El Colegio de Michoacán, 2015.
- OIKIÓN, Verónica. Manos a la obra. In: Verónica Oikión, ed., *Manos Michoacanas*. México: El Colegio de Michoacán, Gobierno del Estado de Michoacán, UMSNH, 1997.
- PASCUAL, Francisco. *Las artesanías de Ocumicho*. Cuaderno 57. México: Unidad Regional Michoacán, Dirección general de culturas Populares, Secretaria de Educación Pública, 1985.
- SÁNCHEZ, Gerardo. Vasco de Quiroga y la esperanza en el futuro. In: Juan Carlos, ed. *La ruta de Don Vasco*. Madrid: Lunwerg, Gobierno del Estado de Michoacán, 2007.
- SPEED, Shannon. *Rights in rebellion. Indigenous struggle and human rights in Chiapas*. Stanford: Stanford University Press, 2008.
- WALSH, Catherine. *Interculturalidad, Estado, Sociedad. Luchas (De)coloniales de Nuestra Época*. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, Ediciones Abya-Yala, 2009
- ZARAGOZA, Erick. *STASPE liberó la Casa de las Artesanías de Morelia*. Mi-Morelia, 3 de noviembre, 2010. Disponible en: <<http://www.mimorelia.com/noticias/morelia/staspe-libero-la-casa-de-las-artesantias-de-morelia/58741>>.
- ŽIŽEK, Slavoj. Multiculturalism, or, the Cultural Logic of Multinational Capitalism. *New Left Review*, vol. I, no. 225, 1997. Disponible en: <<https://newleftreview.org/I/225/slavoj-zizek-multiculturalism-or-the-cultural-logic-of-multinational-capitalism>>.

Recebido em 16 de maio de 2015

Aprovado em 17 de junho de 2016

A Análise do Discurso Ideológico do Direito e a Teoria do Agendamento Midiático

The Analysis of the Ideological Discourse of Law and the Agenda-Setting Theory

Marco Antonio Barbosa**

*Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas,
Brasília-DF, Brasil*

Marco Aurelio Moura dos Santos*

*Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas,
Brasília-DF, Brasil*

1. Introdução

Objetiva-se discutir a influência do agendamento midiático na formação da realidade social e da opinião pública, bem como os reflexos no discurso do Direito. Nesse sentido servirá de base a AD (Análise do Discurso), em especial a orientação da escola de linguística francesa, estruturada por Michel Pêcheux e outros (a partir do final da década de sessenta na França). A reflexão sobre a relação entre a linguística e a Teoria do Discurso vale-se

* Mestre em Direito da Sociedade da Informação pelo Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas (2015). Especialista em Direito Público pela Escola Paulista da Magistratura TJ/SP (2005). Bacharel em Direito pelo Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas (2002). Associado ao CONPEDI (Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito). Servidor da Justiça Federal de Primeiro Grau em São Paulo. Docente do Curso de Direito do Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas nas disciplinas Direito Constitucional e Administrativo. Docente do Complexo de Ensino Jurídico Andreucci Proordem na disciplina de Filosofia do Direito. E-mail: marcoaureliomoura1980@gmail.com.

** Bacharel em Direito pela Universidade de São Paulo (1976). Mestre em Direito pela Universidade de São Paulo (1993). Doutor em Direito pela Universidade de São Paulo (1999). Atualmente é professor titular do Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas e professor do Programa de Mestrado em Direito da Sociedade da Informação da mesma instituição. E-mail: mantobarbosa@gmail.com.

da articulação de três regiões do conhecimento: o Materialismo histórico que Althusser faz dos textos de Marx¹; a Linguística, como teoria dos mecanismos sintáticos dos processos de enunciação; e a Teoria do Discurso, como teoria da determinação histórica dos processos semióticos². Importa dizer que essas teorias são atravessadas por uma leitura psicanalítica da subjetividade, ou mais especificamente, pela releitura que Lacan faz dos estudos de Freud³.

Com base nessa relação da linguagem com a exterioridade, a AD (Análise do Discurso) recusa as concepções de linguagem que a reduzem ora como expressão do pensamento ora como instrumento de comunicação. A linguagem é entendida como ação, transformação, como um trabalho simbólico em que tomar a palavra é um ato social com todas as suas implicações, conflitos, reconhecimentos, relações de poder, constituição de identidade, etc.⁴. No quadro teórico da AD, a língua não é homogênea, cristalina, fechada em si mesma, capaz de transmitir informações de forma clara, precisa. É antes heterogênea, opaca, histórica, capaz de contradições, deslizamentos. É essencialmente constituída pela ideologia e considera o sujeito participante desse processo⁵.

1 *Louis Althusser* desenvolveu uma interpretação original do pensamento de Marx na perspectiva estruturalista, combatendo o humanismo marxista e o marxismo leninismo. Procurou analisar as bases teóricas do pensamento de Marx, estabelecendo diferentes etapas no desenvolvimento de sua argumentação, que caracterizou recondução do conceito de Bachelard de corte epistemológico, privilegiando sobretudo a fase madura correspondente a O capital. Buscou, assim, desenvolver a teoria marxista a partir do conceito de ciência empregado por Marx, considerando, entretanto a ciência não apenas como fenômeno de superestrutura, mas como produção de conhecimento, chegando inclusive a propor uma teoria do processo de produção do conhecimento. O materialismo dialético de Marx se caracterizaria assim como teoria filosófica, procurando Althusser investigar as bases epistemológicas dessa teoria, bem como seu papel político. *Louis Althusser in JAPIASSU e MARCONDES, 2001, p. 11.*

2 *Semiótica* é o termo usado inicialmente para indicar a ciência dos sintomas em medicina (cf. GALENO, *Op.*, ed. Kün, XIV, 689), foi proposto por Locke para indicar a doutrina dos signos, correspondente à lógica tradicional (*Ensaio*, IV, 21, 4); depois foi empregado por Lambert como título da terceira parte do seu *Novo Organon* (1764). Na filosofia contemporânea, E. Morris utilizou o conceito de S. como teoria da *semiose* (v), mais do que do signo, dividindo a S. em três partes, que correspondem às três *dimensões* da semiose: *semântica*, que considera a relação dos signos com os objetos a que se referem; *pragmática*, que considera a relação dos signos com os intérpretes; e *sintática*, que considera a relação formal dos signos entre si (*Foundations of the Theory of Signs*, 1938, II, 3). Aceita por Carnap (*Foundations of Logic and Mathematics*, 1939, I, 2), essa distinção difundiu-se amplamente em filosofia e lógica contemporâneas in SEMIOTICA. ABBAGNANO, 1998, p. 886.

3 GUERRA, 2009, pp. 5-18.

4 ORLANDI; GUIMARÃES, pp. 17-36.

5 COLARES, 2010, p. 129.

Já o discurso jurídico, tal como praticado pelos profissionais do Direito (juízes, promotores, advogados etc.), trabalha com a noção de língua representativa do mundo no sentido de explicitar de forma clara o que está sendo dito. Em princípio, não haveria lugar para ambiguidades ou “duplo sentido”. No máximo, segundo teorias hermenêuticas⁶, procura-se a “melhor interpretação”, aquela que estaria no “espírito da lei” ou para atingir a chamada “justiça”. O discurso produzido pelo Direito é puro ou permeado pelas ideologias que atravessam os sujeitos chamados “operadores do Direito”? Qual possível ideologia pode ser extraída dos discursos que circulam no Direito?

Enquanto o cidadão comum se questiona como podem os profissionais do Direito ter opiniões diversas a respeito do mesmo assunto ou questão (O que é justo ou injusto? Quem é o culpado e quem é o inocente?), a AD (Análise do Discurso) tenta desmitificar a transparência da linguagem jurídica e mostra que há como ser diferente, pois o sentido não está na literalidade da lei, mas sim no sujeito ideologicamente determinado⁷. Neste sentido cabe trazer o conceito e a ótica da AD (Análise do Discurso), sobre a influência da linguagem e da ideologia sobre o sujeito.

É interessante notar, num outro sentido, a apropriação ou influência da mídia⁸ na formação do discurso jurídico. Veja-se que cada vez mais as decisões judiciais são objeto de divulgação e comentários especializados nos meios de comunicação, em especial as que abordam temas polêmicos. Dessa forma, decisões de inúmeros assuntos são objeto de intenso debate na mídia nacional, o que leva à observância de uma reflexividade “causa efeito” entre os agendamentos noticiados pela mídia e a consequente influência no ajuizamento de demandas frente ao Poder Judiciário. Cabe a indagação se o discurso produzido pelos profissionais do Direito estaria legitimado apenas por questões sociais ou se influenciados ideologicamente pela mídia e pelos meios de comunicação.

6 Qualquer técnica de interpretação. Essa palavra foi usada para inicialmente como técnica de interpretação da Bíblia.

7 COLARES, 2010, p. 130.

8 *Mídia*: “(do ingl. Media) 1. Conjunto dos meios de informação e de comunicação (imprensa, rádio, televisão, internet etc). 2. Cada um desses meios de comunicação. 3. Cada um dos suportes de informação: livro, publicação periódica, CD-ROM, página de internet, programa de televisão ou rádio.” CARVALHO, 2009. (verbetes Mídia).

2. Análise do Discurso e ideologia

Na ótica da Análise do Discurso (AD), o sujeito é atravessado tanto pela ideologia quanto pelo inconsciente, o que produz não mais um sujeito uno, mas um sujeito cindido, clivado, descentrado, não se constituindo na fonte e origem dos processos discursivos que enuncia, uma vez que estes são determinados pela formação discursiva na qual o sujeito falante está inscrito. Contudo, esse sujeito tem a ilusão de ser a fonte, origem do seu discurso. Essas questões apontam para o fato de que, na constituição do sujeito do discurso, intervêm dois aspectos: primeiro, o sujeito é social, interpelado pela ideologia, mas se acredita livre, individual e, segundo, o sujeito é dotado de inconsciente, porém acredita estar o tempo todo consciente. Afetado por esses aspectos e assim constituído, o sujeito (re)produz o seu discurso.⁹ O discurso é conceituado como um suporte abstrato que sustenta os vários textos (concretos) que circulam em uma sociedade. Ele é responsável pela concretização, em termos de figuras e temas, de estruturas semi-narrativas. Por meio da Análise do Discurso é possível realizar uma análise interna (o que este texto diz? como ele diz?) e uma análise externa (por que este texto diz o que ele diz?).¹⁰ Ao se analisar o discurso, confronta-se de forma inevitável com a indagação: como ele irá se relacionar com a situação que o criou? Um dos resultados mais esperados da análise do discurso será a identificação da ideologia. A ideologia é um conjunto de representação de classes dominantes em uma determinada sociedade. O termo ideologia é conceituado pela literatura filosófica como:

[...] um conjunto de ideias, princípios e valores que refletem uma determinada visão de mundo, orientando uma forma de ação, sobretudo uma prática política. Ex.: ideologia fascista, ideologia de esquerda, a ideologia dos românticos etc. Marx e Engels utilizam o termo em *A ideologia alemã* (1845/1846), em um sentido crítico, para designar a concepção idealista de certos filósofos hegelianos (Feuerbach, Bauer, Stirner) que restringiam sua análise ao plano das ideias, sem atingir, portanto, a base material de onde elas se originam, isto é, as relações sociais e a estrutura econômica da sociedade. A ideologia é assim um fenômeno de superestrutura, uma forma de pensamento opaco,

9 GUERRA, 2009, pp. 5-18.

10 GREGOLIN, 1995, pp. 13-21.

que, por não revelar as causas reais de certos valores, concepções e práticas sociais que são materiais (ou seja, econômicas), contribui para sua aceitação e reprodução, representando um "mundo invertido" e servindo aos interesses da classe dominante que aparecem como se fossem interesses da sociedade como um todo (...). O termo "ideologia" é amplamente utilizado, sobretudo por influência do pensamento de Marx, na filosofia e nas ciências humanas e sociais em geral, significando o processo de racionalização — um autêntico mecanismo de defesa — dos interesses de uma classe ou grupo dominante. Tem por objetivo justificar o domínio exercido e manter coesa a sociedade, apresentando o real como homogêneo, a sociedade como indivisa, permitindo com isso evitar os conflitos e exercer a dominação.¹¹

Na Análise do Discurso (AD) é adotada abordagem que parte de Marx e Engels reformulada por Althusser, que sustenta que a sociedade é composta de várias classes, várias ideologias, que estão permanentemente em confronto entre si. A ideologia é, pois, a visão de mundo de determinada classe, a maneira como ela representa a ordem social. Althusser defende que uma ideologia existe sempre em um aparelho e em sua prática ou práticas de existência sempre material. Os sujeitos humanos só existem materialmente, suas ideias são seus atos materiais inseridos em práticas materiais, reguladas por rituais materiais¹². Estes rituais, por sua vez, são definidos pelo aparelho ideológico do Estado (AIE) de onde provêm as ideias do sujeito. A condição do sujeito resulta de um processo ideológico que dificultaria aos indivíduos concretos reconhecerem a materialidade de sua relação com o real. O sujeito (por ser sujeito) se sente capaz de representar fielmente a realidade, mas a representa, de fato, ideologicamente. É a ideologia que constitui o sujeito, portanto, toda ideologia teria como função primordial constituir indivíduos em sujeitos, definição essa encontrada em vários textos althusserianos¹³. Para Althusser a ideologia é uma “representação” da relação imaginária dos indivíduos com suas condições reais de existência¹⁴. A linguagem é entendida neste sentido como uma prática, e é determinada pela ideologia em última instância, pois não haveria rela-

11 JAPIASSU; MARCONDES, 2001, p. 99.

12 CERQUEIRA, 2014, pp. 1-4.

13 CERQUEIRA, 2014, pp. 1-4.

14 ALTHUSSER, 2013, p. 126.

ção direta entre as representações e a língua. Sobre o papel da ideologia na formação da linguagem e do discurso:

[...] Pêcheux (1990) denomina a "formação ideológica" ou "condições de produção do discurso" como a formadora da linguagem em última instância. Uma sociedade possui várias formações ideológicas, e a cada uma delas corresponde uma "formação discursiva" ("o que se pode e se deve dizer em determinada época, em determinada sociedade"). Por isso, os processos discursivos estão na fonte da produção dos sentidos e a língua é o lugar material onde se realizam os "efeitos de sentido"¹⁵.

Percebe-se nesta conceituação a identificação da ideologia como algo que leva à massificação de cultura e da sociedade; porém, a ideologia que resulta de certos discursos, aqui em especial o discurso do Direito, terá uma contribuição fundamental para a formação do poder estatal, ideológico por excelência. Para a AD, o sujeito é essencialmente ideológico e histórico, pois está inserido em determinado lugar e tempo. Com isso, ele vai posicionar o seu discurso em relação aos discursos dos outros, estando inserido num tempo e espaço socialmente situados¹⁶. Nas palavras de Althusser:

[...] a ideologia representa a relação imaginária dos indivíduos com suas relações reais da existência (...) Na ideologia da liberdade a burguesia vive assim com muita exatidão na sua relação com as suas condições de existência: isto é, a sua relação real (o direito da economia capitalista liberal) mas investida em uma relação imaginária (todos os homens são livres, inclusive os trabalhadores livres¹⁷).

Para Althusser, o entendimento da ideologia depende não somente de ideias, mas sim de práticas, ou seja, a ideologia é um processo social inscrito em estruturas materiais, estruturas estas representadas pelos chamados Aparelhos Ideológicos do Estado. Segundo o autor, reproduzir as condições de produção significa reproduzir as forças e as relações de produção existentes e nesse contexto, a força de trabalho reproduz-se acerca da divi-

15 GREGOLIN, 1995, pp. 13-21.

16 GUERRA, 2009, pp. 5-18.

17 ALTHUSSER, 1979, p. 32.

são social em seus diferentes papéis¹⁸. Isso significa dizer que os Aparelhos do Estado no regime capitalista reproduzem o próprio regime, e a ideologia deste, através do que se designa em teoria do estado de aparelhos repressivos e aparelhos ideológicos¹⁹. Os aparelhos repressivos impõem de forma impositiva esta concepção através do exército, prisões, administração pública, polícia, poder judiciário etc. Althusser entende que a ideologia invoca ou interpela os indivíduos como sujeitos concretos, pelo funcionamento da categoria a que pertence o sujeito. Nas palavras do autor:

[...] vamos sugerir que a ideologia “age” ou “funciona” de tal maneira que “recruta” sujeitos entre os indivíduos (ela os recruta todos), por essa operação muito precisa que denomino “interpelação”, e que pode ser imaginada nos moldes da mais corriqueira interpelação cotidiana da Polícia (ou de outro): “Ei, você aí!”. Presumindo-se que a cena teórica que imaginei ocorra na rua, o indivíduo chamado se voltará. Por essa mera virada física de 180 graus, ele se torna *sujeito*. Por quê? Porque reconheceu que o chamado “realmente” se dirigia a ele, e que “era *realmente* ele que estava sendo chamado” (e não outra pessoa). A experiência mostra que a comunicação prática dos chamados é tamanha que eles raramente erram seu alvo: quer se trate de uma interpelação verbal ou de um assobio, o interpelado sempre reconhece que é realmente ele quem está sendo chamado. E, no, entanto, trata-se de um fenômeno estranho, que não pode ser explicado apenas pelos “sentimentos de culpa”, a despeito do grande número dos que “têm um peso na consciência”²⁰.

O direito e a estrutura jurídica sustentada por seu discurso seria mais um Aparelho ideológico por excelência, uma vez que abarcaria tanto o caráter ideológico como o caráter repressivo. Pensar o Direito como Aparelho Ideológico de Estado significa entender o fato de que este “Direito” se dá de maneira prevalente por meio da ideologia jurídica, apoiada por ações repressoras contínuas²¹. Surge, portanto a questão do poder do discurso jurídico. O que ele pode estabelecer? Esta perspectiva parte dos

18 CERQUEIRA, 2014, pp. 1-4.

19 CERQUEIRA, 2014, pp. 1-4.

20 ALTHUSSER, 2010, pp. 133-134.

21 Para Althusser a “Lei” pertence tanto ao Aparelho (Repressivo) de Estado quanto aos sistemas dos Aparelhos Ideológicos do Estado. ALTHUSSER, In: ZIZEK, 2010, p. 142.

estudos promovidos por Michel Foucault. Nos estudos promovidos por Michel Foucault, a construção do ideológico pode ser sintetizada a partir da seguinte forma: a verdade está circularmente ligada a sistemas de poder, que a produzem e a apoiam, e, também, a efeitos de poder que ela induz e a reproduzem.²² Portanto, se existe uma relação entre verdade e poder, todos os discursos podem ser vistos funcionando como regimes de verdade. Afirma, ainda, sobre os discursos utilizados para a construção da verdade:

Cada sociedade tem seu regime de verdade, sua política geral de verdade: isto é, os tipos de discurso que aceita e faz funcionar como verdadeiros; os mecanismos e instâncias que permitem distinguir entre sentenças verdadeiras e falsas, os meios pelos quais cada um deles é sancionado; as técnicas e procedimentos valorizados na aquisição da verdade; o *status* daqueles que estão encarregados de dizer o que conta como verdadeiro.²³

Foucault entende que a verdade (organizada e convencionada por instituições) é estreitamente ligada à formação de sujeitos, bem como a sua linguagem. O saber é constituído de um conjunto de práticas discursivas e pressupõe relações que dizem respeito às instituições, acontecimentos políticos, práticas e processos econômicos, como determinantes das práticas discursivas.²⁴ Segundo o autor, o poder não é um objeto natural, mas sim uma prática social e, como tal, constituído historicamente.

[...] poder, para Foucault, é apenas a forma, variável e instável, do jogo de forças que definem as relações sociais em cada momento histórico concreto, e que se define através de práticas e discursos específicos. Só se pode apreender o tipo de poder em jogo em um determinado campo de práticas e discursos – local e temporalmente delimitados - através da descrição minuciosa, em detalhes, do funcionamento dessas práticas, nunca pela aplicação de uma teoria geral do poder “apriorística”. São as práticas que dizem o tipo de poder que as mantêm ou as desestabilizam.²⁵

22 FOUCAULT, 1973, p. 125.

23 FOUCAULT, 1973, p. 131.

24 FOUCAULT, 1973, p. 125.

25 PASSOS, 2013, p. 11.

Para Foucault, o discurso atravessa todos os elementos da experiência, pois está em todo conjunto de formas, que comunica um conteúdo, qualquer seja a linguagem à qual pertençam. Segundo ele, mais importante que o conteúdo dos discursos, é o papel que eles desempenham na ordenação do mundo: um discurso dominante tem o poder de determinar o que é aceito ou não numa sociedade, independentemente da qualidade do que ele legitima. O discurso dominante não está comprometido com uma verdade absoluta e universal. Pelo contrário, é ele que produz a verdade (logo, esta é arbitrária), que legitima certo campo de enunciados e marginaliza outros – num processo que o autor chama de partilha da verdade.

Assim sendo, partindo dessa abordagem, haverá sempre um desnível entre os discursos; ou seja, um discurso constrangerá os demais a se restringirem à verdade que ele estabelece. Logo, não importa a substância daquilo que um discurso profere, e sim o seu posicionamento nessa malha de tensões sociais. Aquilo que pode ser dito ou feito em uma sociedade é definido por critérios muito mais arbitrários que propriamente orientados por um significado maior, uma fundamentação conceitual sólida. Importa apenas o que o discurso dominante estabelece como verdade, em favor de sua manutenção.

Para Foucault, é na dispersão de textos (e não na unidade) que se constitui um discurso; a relação com as Formações Discursivas em suas diferenças é elemento fundamental que constitui o que se intitula de historicidade do texto.²⁶ O sentido sempre pode ser outro e o sujeito, (com suas intenções e objetivos) não tem o controle daquilo que está dizendo.

[...] renunciaremos, pois, a ver no discurso um fenômeno de expressão - a tradução verbal de uma síntese realizada em algum outro lugar; nele buscaremos antes um campo de regularidade para diversas posições de subjetividade. O discurso, assim concebido, não é a manifestação, majestosamente desenvolvida, de um sujeito que pensa, que conhece, e que o diz: é, ao contrário, um conjunto em que podem ser determinadas a dispersão do sujeito e sua descontinuidade em relação a si mesmo. É um espaço de exterioridade em que se desenvolve uma rede de lugares distintos.²⁷

26 FOUCAULT, 2008, p. 61.

27 FOUCAULT, 2008, p. 61.

Tais premissas levam a duas ordens de conclusão:

- a) um sujeito não produz só um discurso;
- b) um discurso não é igual a um texto.

A partir dessas conclusões, a Análise do Discurso propõe a seguinte relação: remeter o texto ao discurso é esclarecer as relações deste com as Formações Discursivas, refletindo sobre as relações destas com a ideologia. Interessa no texto não o objeto final de sua explicação, mas se há algo que nos permite ter acesso ao discurso. O discurso não pode ser concebido fora do sujeito e nem este fora da ideologia, uma vez que essa o constitui. Inevitavelmente, essa ideologia incide, também, na formação do sujeito. É com a linguagem que o sujeito se constitui e é também nela que ele deixa marcas desse processo ideológico.

O discurso é o ponto de articulação dos processos ideológicos e dos fenômenos linguísticos. E a linguagem como interação é um modo de produção social, que não é neutra nem natural, sendo o local privilegiado da manifestação da ideologia, isto é, das formações ideológicas que estão diretamente ligadas aos sujeitos.²⁸

Pode-se dizer que não se parte da ideologia para o sentido, mas procura-se compreender os efeitos de sentido a partir do fato de que é no discurso que se configura a relação da língua com a ideologia. Isso explica que a sociedade se relaciona dentro da linguagem e seus limites, mas esses limites são também os da razão, ou seja, da suposta capacidade humana de pensar. Márcia Tiburi afirma:

[...] somos seres de mediação, vivendo na “medialidade”, ou seja, vivendo em função do que falamos, fazemos e sentimos. Mas pouco temos do que falamos, fazemos e sentimos. Mas pouco temos consciência disso, porque usamos a nossa capacidade de expressar e comunicar de modo sempre imediato. Por isso, em detrimento do diálogo, tantas vezes nos tornamos vítimas dos discursos enquanto falas prontas. O vazio da linguagem é justamente o discurso.²⁹

28 GUERRA, 2009, pp. 5-18.

29 TIBURI, 2014, p. 122.

3. Manipulação do discurso jurídico em decisões do Supremo Tribunal Federal

O discurso instaura-se como o lugar em que ocorre a relação entre a língua e a ideologia, tendo essa língua a funcionalidade de produzir sentido para os sujeitos sociais que a utilizam nas mais variadas circunstâncias comunicativas, que são históricas e sociais. Há inúmeros discursos circulando na sociedade e o Direito é mais um deles e segue uma ideologia muito própria. O discurso jurídico tradicionalmente caracteriza-se pelo tecnicismo na presença da linguagem arcaica e de latinismos, que, em geral, dificultam a produção de sentido pelos interlocutores. Com efeito, desde cedo os estudantes, já no início do curso de Direito, são adestrados e perdem o vínculo com a linguagem que antes possuíam e com que se comunicavam.³⁰

Instituições como o Poder Judiciário reproduzem e criam discursos ideológicos sobre o Direito e sobre a Justiça na sociedade. Nos enunciados dos juristas que estavam presentes no julgamento do Supremo Tribunal Federal – STF em 26 de abril de 2012, que tinha como objeto o julgamento da constitucionalidade das cotas raciais, pode-se perceber algumas divergências e contradições, sobre a luta de classes e raças, instauradas ideologicamente no discurso, se utilizando de estratégias discursivas, sendo muitas delas implícitas ao leitor. Na opinião pública, os ministros do Supremo são a última instância da decisão sobre os mais polêmicos temas da sociedade, entretanto, esta instância de decisão embora legitimada como poder estatal, em questões como cotas raciais e ações afirmativas, não encontraram um consenso nas sociedades.³¹

Os ministros do Supremo Tribunal Federal, ao proferirem seus votos e decisões, seguem um padrão semelhante de discurso, de natureza essencialmente persuasiva, através de escolhas linguísticas que representam as suas convicções de representantes da Justiça, de operadores do direito e de possuidores da verdade. Sabe-se que a linguagem consiste numa forma de ação. O ato da fala, do discurso, não se separa da instituição que representa. A própria escolha lexical depende da significação e das convenções relacionadas à efetivida-

30 PESSOA; NETO, Disponível em: <http://www.amatra20.org.br/amatra/wi/artigos.wsp?tmp_codartigo=459>. Acesso em: 03/08/2015.

31 BENITES; MOURA, 2012, pp. 414-425.

de do dito em situação de discurso. Diante disso, explica-se como se opera a linguagem dos representantes da mais alta Corte do país.³²

Tomando como exemplo, cabe a menção dos discursos desenvolvidos pelas partes integrantes da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 186/DF, que tinha como objeto a constitucionalidade da adoção de cotas raciais para ingresso na Universidade de Brasília (UnB). Indira Quaresma, representante da UnB, sustentou uma política favorável à política das cotas: “A UnB tira-nos, nós negros, dos campos de concentração da exclusão e coloca-nos nas universidades [...] O Sistemas de cotas é belo, necessário, distributivo, pois objetiva repartir no presente a possibilidade de de um futuro melhor”³³. Nota-se, neste discurso, o uso do pronome “nós” para designar a classe ou grupo que pleiteia a constitucionalidade das cotas, ou seja, “os negros”. Menciona ainda “campos de concentração da exclusão” e atribui ao sistema de cotas a responsabilidade na retirada destes “campos de exclusão”. Atribui, finalmente, ao sistema o caráter “belo, necessário e distributivo” que permitirá um “futuro melhor”. Pode-se extrair desse discurso uma ideologia de exclusão social, e percebe-se que no discurso jurídico as partes que compõem os processos utilizam de argumentos formados do chamado “senso comum” de observação dos conflitos presentes numa sociedade. Porém, cabe indagar se a exclusão social está apenas baseada no critério da “raça”, uma vez que há um conteúdo histórico que pode contribuir para a elucidação da chamada exclusão social. Utilizar frases prontas e um discurso circulante na sociedade significa reiterar “verdades”, que se analisadas num trabalho acadêmico ou investigativo, nem sempre se sustentam. Porém, é tarefa do Poder Judiciário utilizar os diversos argumentos produzidos num julgamento e optar pela escolha do considerado mais justo. Nessa tarefa institucional verdades e ideologias são reforçadas, e a chamada “exclusão social” baseada no critério de raças acaba por ser mais uma vez justificada na convivência social. No mesmo sentido a UnB como ré, nos autos da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 186/DF alega ainda:

32 BENITES; MOURA, 2012, pp. 414-425.

33 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 186. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6984693>>. Acesso em 11/04/2015.

[...]o combate à discriminação por si só é uma medida insuficiente à implementação da igualdade; é fundamental conjugar a vertente repressivo-punitiva com a vertente promocional, combinando proibição da discriminação com políticas que promovam a igualdade (...) o fato de não haver lei estabelecendo o racismo no Brasil, mas, ao contrário, vedando-o, não foi suficiente para que não houvesse discriminação, apenas fez com que essa fosse velada, camuflada.³⁴

A ideologia desse discurso parece reforçar ainda mais as desigualdades presentes no tecido social, e enfatiza o papel do Estado na cristalização do que chama de “discriminação velada e camuflada”, uma vez que não estabeleceu em lei critério para determinar o que é racismo. Seria papel do Estado estabelecer em lei o que é racismo? Ou cabe apenas a ele estabelecer o racismo como conduta prejudicial? A imprecisão e a manipulação de ideias na solução de conflitos parecem ser marca principal do discurso ideológico do Direito. As afirmações contidas em ações judiciais, principalmente nessas de enorme repercussão, ajudam a fortalecer ou formar ideias ambíguas do chamado “certo-e-errado” na sociedade. A concepção de Althusser sobre aparelhos ideológicos do Estado e seu papel de materialização de poder na sociedade tem no discurso jurídico uma importante contribuição.

Ainda sobre os discursos produzidos no julgamento da ADPF 186/DF, cabe verificar a posição imprecisa do representante judicial do Governo Federal, na fala produzida pela Advocacia da União:

[...] a reserva de vagas não é medida excludente de outras com semelhantes finalidades, que podem com ela conviver. A mera existência de outros meios mais brandos de possível adoção não é argumento apto a qualificar a sistema de cotas como desnecessário ou desmedido.³⁵

O Poder Judiciário num outro sentido irá produzir um outro discurso ideológico, com outra matriz, mas ainda assim contraditório:

34 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 186. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6984693>>. Acesso em 11/04/2015.

35 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 186. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6984693>>. Acesso em 11/04/2015.

[...] Para possibilitar que a igualdade material entre as pessoas seja levada a efeito, o Estado pode lançar mão seja de políticas de cunho universalista, que abrangem um número indeterminado de indivíduos, mediante ações de natureza estrutural, seja de ações afirmativas, que atingem grupos sociais determinados, de maneira pontual, atribuindo a estes certas vantagens, por um tempo limitado, de modo a permitir-lhes a superação de desigualdades decorrentes de situações históricas particulares.³⁶

Fazendo uma análise deste discurso, percebe-se na fala do Ministro Ricardo Lewandowski que há uma atribuição de “vantagens” nas políticas “universalistas” de cotas. Há, neste sentido, confusão entre direitos e vantagens, o que pode levar a que o leitor desta decisão tenha a sensação de que os direitos têm a função de estabelecer privilégios às minorias ou aos desfavorecidos, que na fala do Ministro é algo que serve para permitir a “superação de desigualdade de situações históricas particulares”. Já o Ministro Joaquim Barbosa em seu voto afirma:

Ações afirmativas se definem como políticas públicas voltadas a concretização do princípio constitucional da igualdade material a neutralização dos efeitos perversos da discriminação racial, de gênero, de idade, de origem. [...] Essas medidas visam a combater não somente manifestações flagrantes de discriminação, mas a discriminação de fato, que é a absolutamente enraizada na sociedade e, de tão enraizada, as pessoas não a percebem.³⁷

Fica evidenciado, nesta produção discursiva do Ministro Joaquim Barbosa, que a discriminação racial não consiste em algo ocasional, mas algo presente e recorrente no cotidiano do povo brasileiro, ideologia esta que está marcada na expressão “manifestações flagrantes de discriminação”. Além disso, evidencia-se o combate em relação à ideologia de naturalização do preconceito e discriminação racial, que se traduz na falta de acesso igualitário ao ensino superior entre brancos e negros. Tal ideologia materializa-se no discurso pelas expressões “enraizada na sociedade” e “as pessoas

36 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 186. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6984693>>. Acesso em 11/04/2015.

37 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 186. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6984693>>. Acesso em 11/04/2015.

não a percebem”³⁸. E esta não percepção das pessoas é exatamente a marca ideológica de que a desigualdade é vista como algo natural, em torno da imagem de uma sociedade que não se modifica, concepção que reforça as desigualdades sociais. O referido ministro se posiciona favorável às cotas, utilizando de modo recorrente como argumentos de força os elementos discursivos que traduzem a significação do Estado democrático de direito, o que se reflete nas seguintes marcas linguísticas: “Ações afirmativas”, “políticas públicas”, “princípio constitucional da igualdade”.³⁹

É interessante notar, num outro sentido, a apropriação ou influência da mídia sobre o discurso jurídico. Veja-se que, cada vez mais, as decisões judiciais são objeto de divulgação e comentários especializados nos meios de comunicação, em especial aquelas que abordam temas polêmicos no Supremo Tribunal Federal. Dessa forma, decisões sobre aborto anencefálico, uniões homossexuais, intervenção do poder judiciário em políticas públicas, por exemplo, são objeto de intenso debate na mídia nacional o que leva à observância de uma reflexividade retroalimentada⁴⁰. Assim, a veiculação pela mídia tanto toma por objeto as decisões judiciais, como também estimula a reflexividade e a própria produção de novas decisões seguindo determinada ideologia. Para contextualizar a relação da mídia sobre o discurso jurídico produzido pelo Poder Judiciário e pelos profissionais do Direito se faz necessário abordar a Teoria da Agenda de autoria de Maxwell MacCombs.

4. Teoria da Agenda de Maxwell MacCombs

Maxwell McCombs, em seu livro *A Teoria da Agenda*, descreve os aspectos fundamentais do estudo acerca da causalidade entre mídia e opinião pública. Para McCombs, a opinião pública é pautada em geral pelo poder da mídia e pela divulgação das opiniões em diversos meios; a ideia teórica central é que os elementos proeminentes na imagem da mídia tornam-se proeminentes na imagem da audiência. Os elementos enfatizados pela agenda da mídia acabam tornando-se igualmente importantes para o público.⁴¹

38 FRANÇA; SOUSA, Disponível em <www.gelne.orb.br/site/arquivostrab/1251>. Acesso em 11/04/2015.

39 FRANÇA; SOUSA, Disponível em <www.gelne.orb.br/site/arquivostrab/1251>. Acesso em 11/04/2015.

40 PESSOA; NETO, Disponível em: <http://www.amatra20.org.br/amatra20/artigos.wsp?tmp_codartigo=459>. Acesso em: 03/08/2015.

41 McCOMBS, 2009, p. 111.

A Teoria do Agendamento, portanto, versa sobre a capacidade dos meios de comunicação em direcionar a atenção do público para acontecimentos a respeito de determinados assuntos, mas sem impor-lhes opinião implícita de forma direta. Porém, a ideologia sempre estará crivando os indivíduos e promovendo inúmeros posicionamentos políticos, sociais, comportamentais. Nesse contexto os meios de comunicação não ditam às massas como pensar, mas em que pensar, ou seja, a capacidade que os meios de comunicação possuem para evidenciar um determinado assunto. Para isso, investiga a importância da mídia como mediadora entre o indivíduo e uma realidade da qual este se encontra distante. Acredita-se que o agendamento ocorra porque a imprensa deve ser seletiva ao noticiar os fatos. Profissionais de notícias atuam como *gatekeepers* (porteiros) da informação, deixando passar algumas e barrando outras, na medida em que escolhem o que noticiar e o que ignorar. O que o público sabe e com o que se importa em dado momento é, em grande parte, um produto do *gatekeeping* (controle sobre a seleção do conteúdo exercido pela mídia e pela imprensa) midiático.

A função de agendamento é um processo de três níveis:

1. *Media Agenda* (Agenda Midiática) - questões discutidas na mídia;
2. *Public Agenda* (Agenda Pública ou da Sociedade Civil) - questões discutidas e pessoalmente relevantes para o público;
3. *Policy Agenda* (Agenda de Políticas Públicas) - questões que gestores públicos consideram importantes.⁴²

A hipótese do *agenda-setting* (agendamento) tem como principal função mostrar como a mídia age no dia-a-dia do público. Entretanto, não enfoca a influência e a manipulação, mas sim como os meios de comunicação, no caso a televisão, constroem a realidade social, ou seja, determinam os assuntos que farão parte do cotidiano e influenciarão os pensamentos e decisões dos indivíduos. Segundo Mauro Wolf:

Os noticiários televisivos desempenham um papel neste processo de *agenda setting*. Desempenham-no sobretudo em relação ao baixo perfil de agenda, isto é, não é tanto à capacidade de focar temas e assuntos precisos, delimitados, uma ordem do dia hierarquizada (efeito mais conforme com a imprensa escrita), mas à capacidade mais indiferenciada, mais igualmente importante,

42 WOLF, 2001, p. 15.

de empolar certos aspectos gerais, em detrimento de outros: aspectos competitivos e formais, de “bastidores”, versus elementos essenciais de uma estratégia política⁴³.

O aspecto relevante acerca desses dados anteriores é que, mesmo os indivíduos constituintes da categoria de nenhuma exposição à mídia têm correspondência com ela mesmo que em pelo menos ínfima parcela, o que demonstra a capacidade expansiva da informação midiática. Quer-se dizer, a insuficiência de conhecimento empírico conduz a maioria dos indivíduos à informação testemunhal da mídia, direta ou indiretamente. Esta perspectiva tem sido, contemporaneamente, bastante abordada. A multiplicação superlativa de fontes informacionais, o acesso irrestrito e a autonomia com que os indivíduos podem restringir ou ampliar os conteúdos adquiridos, tende a suprimir a homogeneização dos meios tradicionais de informação. A possibilidade de comunicação como forma organizacional independente de institucionalismos auspicia novas formas de estabelecimento de paradigmas e agendas.

Alguns observadores sociais preveem o fim do agendamento à medida que as audiências se fragmentam e virtualmente todo o mundo tem uma agenda midiática única que é um composto altamente especializado construído desta vasta riqueza de notícias e de fontes de informação.⁴⁴

Tal colocação a respeito da plurificação dos temas, a fragmentação do poder midiático em multiplicidades, dá aos pensadores, de maneira geral, uma esperança plausível acerca da constituição da cultura e dos paradigmas sociais. Esta possibilidade de o agendamento chegar a sua desconstrução parece ser alentadora. O posicionamento de McCombs, no entanto, mostra-se cético a seu respeito. Citando o exemplo da TV a cabo, na qual há vasta rede de canais, embora os telespectadores operem convergências a uns poucos, McCombs demonstra que a internet pode apenas estar gerando o otimismo causado por tantas outras invenções anteriores.⁴⁵

43 WOLF, 2001. p. 15.

44 McCOMBS, 2009, p. 224

45 McCOMBS, 2009, p.225.

O problema residiria ainda na abordagem feita pelos indivíduos no uso da internet, em que, apesar da imensa rede de informação e de fontes múltiplas, a convergência da massa populacional opera a seleção de umas poucas fontes como mais legítimas. A legitimidade dentro da rede seria, portanto, o aspecto causador desta rejeição à multiplicidade de fontes⁴⁶. De tal maneira, o domínio exercido pelas empresas comunicacionais seria apenas transferido para a rede virtual e o agendamento reincidiria sob esta nova plataforma.

Nas palavras de Lattaman-Weltman:

Além desses [mercados de divulgação de informações e de propaganda], a mídia opera num outro mercado em que versões e narrativas a respeito da realidade social e historicamente compartilhada se difundem, são omitidas, se valorizam e desvalorizam, no resultado frequentemente imprevisível das lutas políticas e ideológicas de uma sociedade complexa e diferenciada⁴⁷.

A mídia não é uma super entidade apartada da sociedade com o especial papel de guarda da liberdade e da democracia. A mídia, ainda que formada por instituições muito diversas, é um dos atores inseridos no cenário político. A mídia interage nesse conflituoso cenário, compete por espaços, sustenta interesses, opõe-se ou alinha-se a sujeitos, avança e recua em um permanente processo de construção negociada de versões dos fatos políticos.

5. Intersecções da Teoria do Agendamento e o Discurso Ideológico do Direito

A linguagem é entendida como ação, transformação, sendo considerada como um trabalho simbólico em que tomar a palavra é um ato social com todas as suas implicações, conflitos, reconhecimentos, relações de poder, constituição de identidade etc.⁴⁸ Já o discurso é conceituado como o suporte abstrato que sustenta os vários textos (concretos) que circulam em uma sociedade e responsável pela concretização, em termos de figuras e temas,

46 McCOMBS, 2009, p.225.

47 LATTMAN-WELTMAN, 2007, p. 194.

48 ORLANDI, E. P., GUIMARÃES, 1988, pp. 17-36.

de estruturas semi-narrativas⁴⁹. O Direito e toda a estrutura narrativa que envolve a argumentação formulada em torno da atividade jurídica utiliza a linguagem para formar um discurso e deste é sempre possível extrair uma ideologia.

A ideologia, tal como já mencionado ao longo deste texto, é o conjunto de representações de classes dominantes em determinada sociedade que utiliza ideias, princípios e valores que refletem determinada visão de mundo, orientando uma forma de ação, sobretudo uma prática política. A ideologia do discurso jurídico é pautada por inúmeros fatos sociais e pode ser influenciada por perspectivas históricas, políticas, econômicas, ou ainda, pela predominância de fenômenos tecnológicos no uso da informação, definida como “pós-industrial” e que pode ser designada como “sociedade da informação”.

Registre-se que a expressão "sociedade da informação" passou a ser utilizada, nos últimos anos, como substituta do conceito complexo de "sociedade pós-industrial" e como forma de transmitir o conteúdo específico do "novo paradigma técnico econômico". Nesse diapasão, entende-se que as transformações em direção à sociedade da informação, em estágio avançado nos países industrializados, constituem uma tendência dominante mesmo para economias menos industrializadas e definem um novo paradigma, o da tecnologia da informação, que expressa a presente transformação tecnológica em suas relações com a economia e a sociedade⁵⁰. Sob uma perspectiva, ainda, mais crítica, distinguindo sociedade da informação e sociedade do conhecimento, refuta-se inclusive a existência da primeira nomenclatura, afirmando que não estamos na “sociedade da informação”, na “sociedade da comunicação” ou na “sociedade do conhecimento”.

Já Edgar Morin, ainda essa ideia, afirma que se está não numa sociedade da informação, mas numa “sociedade de comunicação e de conhecimento”. Para ele se está em sociedades de informações, até do ponto de vista físico, da teoria da informação. Basta pensar nas tecnologias digitais (DVD, televisão digital, *internet*), que são aplicações da teoria da informação. Mas a informação, mesmo no sentido jornalístico da palavra, não é conhecimento, pois o conhecimento é o resultado da organização da informação. Por tudo isso, não se pode negar o fato de que todos encontram-se

49 GREGOLIN, 1995, pp. 13-21.

50 ASCENSÃO, 2001. p. 87.

mergulhados nesta nova sociedade da informação⁵¹.

Neste contexto, a mídia, e a revolução no trato da informação, ao deter o chamado “poder de agendamento”, tal como traçado por Maxwell McCombs, aponta para a capacidade dos meios de comunicação em direcionar a atenção do público para acontecimentos a respeito de determinados assuntos, mas sem impor-lhes opinião implícita de forma direta. Porém, a ideologia sempre estará crivando os indivíduos e promovendo inúmeros posicionamentos políticos, sociais, comportamentais e nisto o discurso promovido pela atividade jurídica exerce e sofre preponderante influência, quer no acesso ao ajuizamento de demandas, ora de forma individual, ora de forma coletiva, quer como reprodutor do “agendamento” promovido pela mídia, em um movimento de “retroalimentação”.

Cabe questionar o poder da mídia e seu agendamento no ativismo judicial ou na demanda por direitos, pois, nota-se a capacidade de determinados veículos midiáticos de empolar certos aspectos gerais, em detrimento de outros: aspectos competitivos e formais, de “bastidores”, versus elementos essenciais de uma estratégia política⁵². Os veículos de comunicação são mais do que simples canal de transmissão dos principais eventos do dia. A mídia constrói e apresenta ao público um pseudoambiente que significativamente condiciona como o público vê o mundo.⁵³ McCombs menciona que o medo que o crime provoca no público e as preocupações relativas ao crime, como um problema social, têm mais a ver com a agenda da mídia do que com as realidades do crime nas redondezas, na área metropolitana, ou no país em geral.⁵⁴ Já em relação à preocupação e ajuizamento de demandas sobre direitos civis nos EUA, menciona:

De 1954 a 1976, um período de 23 anos no qual ocorreu meia dezena de eleições presidenciais, a saliência do tema dos direitos civis nos Estados Unidos subiu e caiu com grande regularidade em resposta à cobertura noticiosa. A percentagem dos americanos que citaram os direitos civis como “o mais importante problema” que o país enfrenta variou de 0 a 52% em 27 pesquisas realizadas pelo Instituto Gallup conduzidas em três décadas. Quando esta

51 MORIN, 2003, p. 8

52 WOLF, 2001, p. 15.

53 McCOMBS, 2009, p. 47.

54 McCOMBS, 2009, p. 31.

mudança contínua de direitos civis na agenda pública foi comparada com a cobertura noticiosa da primeira página do *New York Times* para o mês que precedia cada uma das 27 pesquisas, o resultado foi uma correlação robusta de +0,71. Mesmo quando a influência da cobertura noticiosa nos primeiros meses é removida, a correlação permanece +0,71.⁵⁵

6. Considerações finais

A mídia promove o agendamento responsável por criar a realidade social e essa irá formar o contexto que será interpelado pelo discurso do Direito, quer no ajuizamento de demandas, quer no posicionamento político resultado de debates influenciados pela opinião pública. A ideologia do discurso jurídico sempre estará crivando os indivíduos e promovendo inúmeros posicionamentos políticos e sociais.

Nota-se a capacidade de determinados veículos midiáticos de empolar certos aspectos gerais, em detrimento de outros: aspectos competitivos e formais, de “bastidores”, versus elementos essenciais de uma estratégia política. Os veículos de comunicação são mais do que simples canais de transmissão dos principais eventos do dia. A mídia constrói e apresenta ao público um pseudoambiente que significativamente condiciona como o público vê o mundo e, conseqüentemente, promove alterações no discurso jurídico e no teor das decisões proferidas por instituições como o Judiciário. O advento da “sociedade da informação” e a *internet* intensificaram a mercantilização da informação e o seu uso agora é atravessado por inúmeras ideologias formadoras da opinião pública e do discurso do Direito.

O Direito seria legitimado não apenas por questões sociais, mas sim influenciado ideologicamente por diversos instrumentos. Questões como políticas de cotas em universidades públicas e afirmação de direitos civis são pautadas inicialmente e de forma mais intensa pela mídia. O Direito não é único protagonista das transformações sociais, mas sim mais um dos instrumentos. Conclui-se que o discurso jurídico é resultante de inúmeras ideologias, estas intensamente influenciadas pela opinião pública, que por sua vez também é determinada pelo agendamento promovido pela mídia nas mais diversas representações.

55 McCOMBS, 2009, p. 31.

Referências

- ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- ALTHUSSER, Louis. *A favor de Marx*. Rio de Janeiro: Zahar, 1979.
- ALTHUSSER, Louis. Ideologia e Aparelhos Ideológicos do Estado (notas para uma investigação) In: Zizek, Slavoj (org.). *Um Mapa da Ideologia*. Rio de Janeiro: Contraponto Editora Ltda, 2013. p. 105/141.
- ASCENSÃO, José de Oliveira *et al.* *Estudos sobre direito da internet e da sociedade da informação*. Coimbra: Almedina, 2001.
- BENITES, Marcello Riella; MOURA, Sérgio Arruda. Cotas raciais na Universidade: O Discurso dos Ministros do STF fragmentado na divulgação midiática. *Cadernos do CNLF*, Vol. XVI, nº 04, t. 1 – Anais do XVI CNLF, pp. 414-425, 2012.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADPF 186*. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6984693>>. Acesso em 11/04/2015.
- CARVALHO, Laíz Barbosa de (co-autora). *Dicionário Larousse da língua portuguesa*. São Paulo: Editora Lafonte, 2009. (verbete Mídia).
- CERQUEIRA, Guilherme Rojas. O Conceito de ideologia e a ideologia do direito em Althusser. *Revista Critica do Direito*. Numero 02, Volume 47, 2014.
- COLARES, Virgínia. *Linguagem & Direito*. Recife: UFPE, 2010.
- FOUCAULT, Michel. *A ordem do discurso*. Ijuí: Fidene, 1973.
- FRANÇA, João Irineu; SOUSA, Francinete F. *A Afirmação das Cotas Raciais nas Universidades e o Discurso Naturalizado do Preconceito: uma análise do gênero discursivo jurídico*. Disponível em <www.gelne.orb.br/site/arquivostrab/1251>. Acesso em 11/04/2015.
- GREGOLIN, Maria do Rosário Valencise. A Análise do Discurso: conceitos e aplicações. *Alfa*, São Paulo, v. 39, pp. 13-21, 1995.
- GUERRA, Vânia Maria Lescano. Uma reflexão sobre alguns conceitos da análise do discurso da linha francesa. *An. Sciencult*, v.1, n.1, Paranaíba, pp. 5-18, 2009.
- JAPIASSU, Hilton e MARCONDES, Danilo. *Dicionário Básico de Filosofia*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.
- LATTMAN-WELTMAN, Fernando. Cidadania e Audiência no Telejornalismo Comunitário. In: GOMES, Angela de Castro (coord). *Direitos e Cidadania: Justiça, Poder e Mídia*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2007.

- McCOMBS, Maxwell. *A Teoria da Agenda: A mídia e a opinião pública*. Petrópolis: Vozes, 2009.
- MORIN, Edgar. A comunicação pelo meio: teoria complexa da comunicação. *Revista da Famecos*, n. 20, pp. 7-12, abril 2003.
- ORLANDI, E. P., GUIMARÃES, E. Unidade e dispersão: uma questão do texto e do sujeito. In: ORLANDI, E. P. et al. (1988). *Sujeito e Texto, série Cadernos PUC*. São Paulo: EDUC, 1988. pp. 17-36.
- PASSOS, Izabel C. Fichte. *Poder, Normalização e violência: incursões foucaultianas para a atualidade*. Belo Horizonte: Autentica Editora, 2013.
- PESSOA, Flávia Moreira Guimarães; NETO, Dilson Cavalcanti Batista. Liberdade de religião, estado laico, autonomia universitária, princípio da igualdade: Uma análise da posição do STF no Julgamento da ADI 2806-5. *Revista Eletrônica da Amatra XX, Aracaju, n. 19, Abril/Junho 2009*. Disponível em: < http://www.amatra20.org.br/amatrawi/artigos.wsp?tmp_codartigo=459 >. Acesso em: 03/08/2015.
- TIBURI, Márcia. *Filosofia prática: ética, vida cotidiana, vida virtual*. Rio de Janeiro: Record, 2014. p. 122.
- WOLF, Mauro. *Teoria da Comunicação*. Lisboa: Editorial Presença, 2001.

Recebido em 20 de agosto de 2015

Aprovado em 11 de agosto de 2016

Cloud Computing como Instrumento de Fomento da Democracia

Cloud Computing as an Instrument for the Promotion of Democracy

Salete Oro Boff*

Faculdade Meridional, Passo Fundo-RS, Brasil

Patrícia Tavares Ferreira Kaufmann**

Universidade de Santa Cruz do Sul, Santa Cruz do Sul-RS, Brasil

1. Introdução

Os avanços das telecomunicações e da informática revolucionaram a sociedade contemporânea: criaram novos tipos de comunidades, alteraram comportamentos, redirecionaram a economia e impulsionaram, ainda mais, a globalização, gerando um fenômeno por alguns denominado “Revolução da Informação”¹. Esse processo trouxe tanto aspectos positivos quanto negativos, ambos abordados neste trabalho.

Trata-se de sair de um espaço privado para uma nova esfera pública, que desconsidera as limitações territoriais geográficas, para se lançar na

* Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade Meridional (IMED) e do Instituto Cenequista de Ensino Superior de Santo Ângelo (IESA). Pós-Doutora pela Universidade Federal de Santa Catarina (2008). Doutora em Direito pela Universidade do Vale dos Sinos (2005). Mestre em Direito pela Universidade do Vale dos Sinos (2000). Especialista em Direito Público pela Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul (1998). Graduada em Direito pela Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul (1992). E-mail: salete.oro.boff@gmail.com.

** Mestranda em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado UNISC. Pós-Graduada em Grandes Transformações dos Processos, pela UNISUL. Participante do Grupo de Estudos em Direito Industrial e Propriedade Intelectual, do PPGD – UNISC. Advogada Tributária e Consultora Tributária para América Latina na Dell Computadores do Brasil Ltda. E-mail: patyferr@gmail.com.

1 ROVER, 2002, p. 75.

globalização tecnológica, isto é, no ciberespaço, da *cloud computing*, cujo símbolo – o desenho de uma nuvem – representa o simbolismo dessa comunidade cibernética que se encontra na nuvem (internet) e sem barreiras de espaço físico.

Imperioso referir que *cloud computing*, ou computação em nuvem (denominações que serão utilizadas como sinônimos ao longo deste artigo), segundo Costa², é o modelo pelo qual o acesso aos recursos computacionais contratados pelo usuário ocorre remotamente, via internet, podendo se dar mediante o pagamento de taxa periódica com base no uso ou de forma gratuita. Trata-se de uma realidade que faz parte do cotidiano de todos os usuários da internet, embora a maioria das pessoas não se dê conta disso no seu dia-a-dia.

Nesse sentido, o presente artigo tem como finalidade trazer algumas reflexões acerca dessa abertura pública, que é transformadora, por propiciar o desenvolvimento da inteligência coletiva abordada por Lemos e Levy³, aquela sem fronteiras, que mobiliza as pessoas e pressiona os governos a terem mais diálogo e transparência. Traz, assim, uma nova roupagem para a cultura política contemporânea, para o exercício político de uma democracia mais direta e de deliberação coletiva, propiciada por meio da internet.

O estudo é de natureza bibliográfica, baseado na utilização de documentação indireta, por meio de pesquisas, fichamentos de livros, revistas e periódicos, que permitem dar suporte ao texto e suas possíveis conclusões. O método utilizado é o dedutivo, partindo da relação entre argumentos gerais (premissas maiores), para argumentos particulares (premissas menores) até se chegar a uma conclusão. Também se utilizou o método monográfico.

Dessa forma o texto se organiza em três partes. A primeira tem por escopo traçar um breve panorama a respeito do fenômeno da Globalização. Num segundo momento, analisa-se as novas facetas da democracia perante o ambiente *cloud computing*. Por fim, como último item estudado, e para concluir o objetivo pretendido pelo trabalho, adentra-se numa alternativa de democracia no cenário das novas tecnologias da informação e da comunicação, que se abre na possibilidade de uma via alternativa.

2 COSTA, 2008.

3 LEMOS E LEVY, 1998.

2. Globalização e democracia em transição

A globalização é vista como um fenômeno econômico que se contrapõe aos laços de solidariedade social existentes nos planos local e nacional⁴, e que intensifica as “relações sociais em escala mundial que ligam localidades distantes de tal maneira, que acontecimentos locais são modelados por eventos ocorrendo a muitas milhas de distância e vice-versa”⁵. Para Santos, “a globalização é, de certa forma, o ápice do processo de internacionalização do mundo capitalista”, sendo que nesse contexto há dois elementos fundamentais a serem levados em conta: “o estado das técnicas” e “o estado da política”⁶. “Os fatores que contribuem para explicar a arquitetura da globalização atual são: a unicidade da técnica, a convergência dos momentos, a cognoscibilidade do planeta e a existência de um motor único na história, representado pela mais-valia globalizada”⁷.

Nesse cenário, verifica-se que a ciência e a tecnologia são essenciais na garantia da democracia, pois influenciam diretamente as vidas dos cidadãos, contemplando um alcance ainda mais longo do que ocorria com as gerações anteriores⁸. A maneira como é utilizada a técnica, nesse processo, é o elemento diferencial para que se consiga atingir o fim a que se propõem, uma verdadeira democracia. Nesse viés, “[...] as opções políticas e democráticas serão decisivas para traçar os caminhos da humanidade”⁹.

É por este motivo que o problema da exclusão social e de todas as formas de desigualdades, que se mostram acentuadas pela face negativa da globalização, tornaram-se um ponto crucial, que urge por reformas estruturais e não reformas paliativas¹⁰. “Preocupar-se com a desigualdade, em vez de apenas com a pobreza, significa preocupar-se com a maneira como toda a sociedade é estruturada e não apenas com o seu pior aspecto”¹¹.

Levando em conta estas premissas é que se faz necessário pensar na difusão, criação/produção e acesso às novas tecnologias de acordo com as

4 VIEIRA, 2004.

5 VIEIRA, 2004, p. 73.

6 SANTOS, 2010.

7 SANTOS, 2010, p. 24.

8 GIDDENS, 1999.

9 BOFF, 2009, p. 28.

10 SANTOS, 2001.

11 THERBORN, 2001, p. 132.

necessidades dos cidadãos, para que se possa gerar o autodesenvolvimento dos indivíduos e da humanidade e também garantir-lhes a democracia nas mais variadas facetas que ela possa ser veiculada, sendo uma delas o ciberespaço. Nesse aspecto, o “mundo como pode ser – uma outra globalização”, é a “construção de um outro mundo”, uma globalização que vise ao engajamento sistêmico de todas as pessoas, ou seja, um processo globalizado mais humano¹². Que, em vez de apoiar sempre o grande capital internacional, possa também servir a interesses sociais e políticos.

Assim, é importante que o conhecimento científico e tecnológico, em qualquer de suas esferas, se volte para a garantia da qualidade de vida, da inclusão social, da redução das desigualdades e do fomento da sustentabilidade com o desenvolvimento local, objetivando a promoção e efetivação dos direitos fundamentais, não se olvidando da democracia e da redução dos efeitos da dependência tecnológica¹³.

Nesse olhar, o desenvolvimento é uma composição de elementos econômicos, sociais e culturais, envolvendo aspectos jurídicos e também políticos, acessíveis e voltados a todos, como forma de emancipação. E é nesses aspectos que a inovação combina, ou seja, na busca da “boa sociedade”, na qual os indivíduos se constituem fins em si mesmos, e não meros instrumentos para a consecução de objetivos utilitários e materiais¹⁴. Corroborando na sustentação deste entendimento, se tem o conceito de desenvolvimento trazido por Sen¹⁵, para o qual há intrínseca ligação com o conceito de liberdade, uma vez que o país só será desenvolvido se possibilitar aos seus cidadãos a liberdade de participar da sociedade, na busca de ampliar suas capacidades e melhorar os vários aspectos que envolvam o desenvolvimento: econômico, social, humano, institucional e sustentável.

Neste cenário de globalização, um aspecto que se pretende destacar na pauta das preocupações nacionais é o processo de desenvolvimento alinhado com políticas públicas de Estado para o desenvolvimento do setor empresarial em conjunto com as universidades e a respectiva proteção dos direitos de propriedade intelectual, sem deixar de promover o empoderamento do cidadão.

12 SANTOS, 2010, pp. 20-21.

13 BOFF; FIOREZE, 2013.

14 ETZIONI, 2001.

15 SEN, 2010.

Não obstante os efeitos positivos da globalização, há, também, os aspectos negativos, o da “globalização perversa”, em que a análise do fenômeno conhecido popularmente como globalização é o resultado do descaso social por ela imposto, com características extremamente dominantes para a maior parte da população mundial. Cabe à sociedade analisar os limites desse processo e verificar que as desigualdades só tendem a aumentar se a marcha do desenvolvimento continuar no ritmo em que se encontra¹⁶.

O mundo tal como se faz crer tenta parecer, aos olhos dos cidadãos, “[...] um mercado dito global capaz de homogeneizar o planeta quando, na verdade, as diferenças são aprofundadas”¹⁷. Fala-se, insistentemente, na morte do Estado. Porém, o que se vê é “[...] o seu fortalecimento para atender aos reclamos da finança e de outros interesses internacionais, em detrimento dos cuidados com as populações cuja vida se torna mais difícil”¹⁸. Ou seja, “o mundo como ele realmente é: a globalização como perversidade” é verificada por meio da fome, salário médio, desabrigo, AIDS, mortalidade infantil, analfabetismo, enfim de problemas gravíssimos e de tantas outras dificuldades sociais, aparentemente, sem solução na globalização em que se vive, infelizmente para a maior parte da humanidade¹⁹. A perversidade está na raiz desta evolução negativa da humanidade e estes processos estão diretamente ligados à globalização.

Por seu turno, o “mundo como pode ser – uma outra globalização”, é trazido por Santos como a “construção de um outro mundo”, uma globalização que se engaja sistematicamente a todas as pessoas, ou seja, um processo globalizado mais humano, voltado para a “[...] sociodiversidade, historicamente muito mais significativa do que a biodiversidade”²⁰. Que, em vez de apoiar sempre o grande capital internacional, possa servir a outros interesses sociais e políticos e não apenas econômicos, contando com a colaboração da miscigenação de povos, culturas, valores, gostos, credos em todos os quatro cantos do globo, possibilitando uma outra globalização. Um outro discurso é possível, uma nova visão de mundo, sendo necessário, urgentemente, se reaprender a ver o mundo.

16 SANTOS, 2010, p. 117.

17 SANTOS, 2010, p. 19.

18 SANTOS, 2010, p. 19.

19 SANTOS, 2010, pp. 19-20.

20 SANTOS, 2010, pp. 20-21.

Nesse sentido, também, é importante a convergência de momentos e conhecimento do planeta de forma humanizada e solidária, colocando o homem no seu lugar central²¹, pois, conforme Castels²², a “[...] habilidade ou inabilidade de as sociedades dominarem a tecnologia [...]” que são “[...] estrategicamente decisivas em cada período histórico, traça seu destino a ponto de podermos dizer que [...] a tecnologia (ou sua falta) incorpora a capacidade de transformação das sociedades”.

Verifica-se “a transição em marcha”²³ no mundo em que se vive. Sente-se a necessidade de transformar as coisas inadequadas que estão ao alcance, e não se fica mais calado com as injúrias e injustiças que acontecem. É nesse cenário que se passa a explorar os novos meios tecnológicos como a internet, onde as discussões, opiniões e manifestações se iniciam e são desenvolvidas: uma democracia no ciberespaço.

A transformação das redes e a criação da internet, o aparecimento de novos recursos de interação, comunicação, transmissão e compartilhamento de dados, informações e conteúdo possibilitaram à sociedade viver em rede²⁴, conforme um modelo de sociedade da informação que interage num espaço não presencial denominado ciberespaço, a ciberdemocracia.

Num primeiro momento, há que se referir que a sociedade da informação se constitui numa grande quantidade de informações, que se constroem instantaneamente, e que se organizam de maneira bipolarizada a partir de sistemas interativos de informação, dotados de inovação tecnológica constante, conferindo formato digital ao conteúdo gerado e assegurando a onipresença da internet²⁵.

Diferem bastante os conceitos de sociedade em rede e de sociedade da informação, uma vez que a primeira se concentra na análise das formas de organização de processos sociais e a última se detém à intensa transformação dos processos sociais²⁶. Diferentemente dos conceitos de rede, internet e *Web*, os quais têm ligação direta com a infraestrutura física, lógica e espacial para a difusão de conteúdo a partir de dados, informações e comuni-

21 SANTOS, 2010, p. 125.

22 CASTELS, 2003b, p. 44.

23 SANTOS, 2010, p. 141.

24 CASTELS, 2013.

25 MOLINARO; SARLET, 2014.

26 VAN DIJK, 2012.

cações constituintes do que se define como ciberespaço, as sociedades em rede e da informação representam modos de transformação e organização da sociedade na era da informação.

Nesse aspecto é importante se verificar o que se entende por ciberespaço, que, na construção teórica de Fiorillo²⁷, inseriu no direito ambiental brasileiro a interpretação conceitual de que a tutela jurídica do meio ambiente cultural deve ser estendida ao ciberespaço, o qual pode ser concebido como uma espécie de meio ambiente.

O espaço virtual, formado pelas redes, em especial pela internet, que compõe um conjunto de características capazes de formar uma sociedade em rede, vivenciando todos os processos complexos de uma sociedade da informação inserida em um ciberespaço, parece ser muito mais amplo do que a definição de uma espécie de meio ambiente como acima definido. Isso, sobretudo, pela amplitude, ainda desconhecida, de direitos, deveres, obrigações e responsabilidades vinculados à manifestação de novos modos de pensar, criar, expressar.

Diante disso, é relevante diferenciar conceitualmente a *internet* do *ciberespaço*. Nem todos que se conectam à internet visitam o ciberespaço. Em breve resumo, a internet é o meio através do qual o e-mail é entregue e as páginas da Web são publicadas; é o meio utilizado para fazer compras online ou assistir a vídeos. A Google está na internet, assim como o Facebook, o Twitter e outras mídias sociais²⁸. Já o ciberespaço significa algo mais, apesar de estar construído dentro da estrutura da internet. Ele proporciona uma experiência mais rica e interativa. O ciberespaço é algo como quando o usuário se vê completamente envolvido pela intimidade provocada por um conjunto de mensagens de bate-papo instantâneo ou com a complexidade dos Massively Multiple Online Games (MMOGs), jogos que possibilitam a vários participantes jogarem simultaneamente por meio da internet, estando em diferentes lugares do mundo, porém envolvidos conjuntamente pelo mesmo ambiente virtual: o ciberespaço do MMOG²⁹.

Alguns indivíduos inseridos no ciberespaço acreditam estar em uma comunidade; outros simplesmente confundem suas vidas com sua existência no ciberespaço por meio de um *avatar*. Naturalmente, nenhuma linha

27 FIORILLO, 2013.

28 LESSIG, 2006.

29 LESSIG, 2006.

nítida divide ciberespaço e internet. Há, porém, uma diferença importante na experiência com os dois. Possivelmente aqueles usuários que percebem a internet simplesmente como uma espécie de ‘páginas amarelas’ não reconhecerão o que os ‘cidadãos do ciberespaço’, como o mencionado ativista John Perry Barlow, falam e defendem. Para aqueles, o ciberespaço é algo obscuro ou simplesmente não existe³⁰.

E porque se pensa em democracia no ciberespaço? Justamente pelo fato de o ciberespaço ser esse “algo mais” dentro da internet, proporcionando a interação entre seus internautas, é que se acredita que se poderá ter mais uma faceta da democracia neste ambiente.

Assim, a computação em nuvem é um exemplo claro de transformação na sociedade, na medida em que, quanto maior for o domínio da sociedade sobre ela, maior será o seu poder de transformação e de criação de uma ciberdemocracia, local onde se possa problematizar, questionar, opinar, sugerir assuntos de pautas políticas. Aliado a isto está a importância de o Estado brasileiro investir em políticas públicas de fomento à ampliação deste ambiente tecnológico, difundindo esta ferramenta para toda a sociedade e reduzindo a desigualdade de acesso a ela nesse mundo globalizado.

Não obstante isto, nem todos os indivíduos estão inseridos nesse processo no mesmo nível técnico, pois a condição econômica, cultural e social traz distinções que se manifestam de forma nítida no acesso desses indivíduos às ferramentas da tecnologia da informação. O capitalismo precisa ser mitigado de forma a propiciar que as classes menos ricas da sociedade tenham acesso a estes novos instrumentos tecnológicos, também utilizados com fins de democracia participativa. Em resumo, almeja-se uma postura mais forte do Estado do que as fontes criadoras de diferenças e desigualdades.

Para tanto, o fomento de políticas públicas de Estado, na área das novas tecnologias da informação, em especial neste ambiente de *cloud computing*, pode mudar os rumos desta marcha, propiciando que as classes com menor poder aquisitivo também tenham acesso a essas ferramentas tecnológicas e de promoção da democracia para que se possa falar efetivamente numa ciberdemocracia.

30 LESSIG, 2006.

3. Nova faceta da democracia perante o ambiente *cloud computing*

As novas tecnologias da informação, em especial o ambiente de computação em nuvem, se revelam como instrumentos de participação, na medida em que propiciam o seu exercício. Isso é perceptível através da análise de movimentos como aquele conhecido como “Movimento 15-M”, que ocorreu em 2011 na Espanha, sendo constituído por uma série de protestos espontâneos de cidadãos, inicialmente organizados pelas redes sociais, e idealizados, num primeiro momento, pela plataforma civil e digital³¹.

O Movimento 15-M reivindica uma mudança na política e na sociedade espanhola, pois os manifestantes consideraram que os partidos políticos não os representavam nem tomavam medidas que os beneficiassem. No decorrer dos protestos, surgiu uma série de reivindicações políticas, econômicas e sociais heterogêneas, reflexo do desejo de seus participantes de mudanças profundas no modelo democrático e econômico vigente³². O movimento cresceu e se estabeleceu nas ruas de forma muito rápida, como se verifica do seguinte trecho:

Os campistas se tornaram o centro de uma cooperação e de um território coletivo. Nasceram comitês e grupos de trabalho. A vida está organizada como uma minicidade de uma reunião, agora movimento. A partir daí, eles começaram a construir a infraestrutura tecnologia dos campos, seus sites, seus espaços no Facebook e rede n- 1.cc. O perfil oficial do Twitter cresceu muito rapidamente, facilitando o fluxo de informações e interação entre as cidades e pessoas.³³ (Tradução livre das autoras)

A organização se potencializou pela estrutura em rede: “um conjunto de acampados conectados tornou-se um sistema vivo de auto-organização através de loops de feedback criado”. Uma arquitetura do todo - uma rede que permitiu o que eu chamo de participação por um “contágio tecnologicamente estruturado”, ou seja, uma arquitetura lógica, que facilitou a reprodução do movimento como uma tela no espaço da rede que corresponde a espaços físicos³⁴.

31 UNIVERSIDADE NÔMADE, 2011, p. 121.

32 UNIVERSIDADE NÔMADE, 2011, p. 142.

33 UNIVERSIDADE NÔMADE, 2011, p. 24.

34 UNIVERSIDADE NÔMADE, 2011, p. 24.

No Brasil, o movimento surgiu em junho de 2013, e se prolongou até o mês de setembro, de forma mais intensa. Foi um movimento de reivindicações que também teve seu início pelas redes sociais, sendo motivado inicialmente pelo aumento das tarifas de transporte público, ampliando-se para outros temas como a denúncia da corrupção. Nesse movimento a tecnologia da informação e comunicação foram utilizadas como processo de mobilização pelos manifestantes (*YouTube, Twitter e Facebook*).

A atualidade da expressão dos movimentos sociais com formato de redes, em que a centralização do comando dá lugar a uma estrutura de malha, envolvendo os meios de comunicação, em especial o ambiente da *cloud computing*, representam um 'contra poder' considerada a sua formação por atores sociais unidos, mas com objetivos diversos, defrontando-se de forma conjunta contra uma ordem que oprime, visando a consolidar e efetivar direitos pela participação.

Com a utilização dos recursos informáticos, aposta-se na reivindicação e na ampliação da democracia representativa, indicando-se, preliminarmente, que a garantia da liberdade de expressão na Internet dá condições a uma democracia participativa. As consequências dessa participação direta e efetiva contribuiria para diminuir as desigualdades sociais e tornaria mais transparentes as informações dos agentes públicos, pela interatividade on-line.

A internet contribui de fato para a democratização, pois se pode fazer uma analogia a uma ágora pública, onde se colocam as pessoas em contato, num determinado ambiente, para expressar suas inquietações e partilhar suas esperanças. E é nesse viés que Castels³⁵ entende que o controle dessa ágora pública, qual seja, da internet, pelo povo, talvez seja a questão política mais fundamental suscitada pelo seu desenvolvimento. Como refere o autor, no contexto de indignação emerge, em contrapartida, um sentimento de esperança, que une a sociedade em um movimento que reivindica, de maneira geral, a implementação de uma democracia real no país³⁶.

Segundo Lemos e Levy, "ciberespaço", "cibercultura" e "ciberdemocracia" são termos utilizados e elucidados, no que diz respeito ao futuro da internet, por um movimento ao encontro de "novas modalidades de emissão livre, de formas de compartilhamento de informação, de cooperação",

35 CASTELS, 2003, p. 134.

36 CASTELS, 2003, p. 134.

almejando com isso, “mudanças globais da esfera política em direção a uma ciberdemocracia”³⁷.

Desse novo cenário surge a possibilidade de um ‘novo Estado’, com o intuito de abarcar a diversidade cultural, que se destaca por meio das “novas mídias”, assim como estimular a inteligência coletiva, sendo esta última um fenômeno, frequentemente estudado e explicado por Lévy. A dinâmica social oriunda do ciberespaço contribui para a capacidade de comunicação e circulação de informações, com isso disseminando a liberdade, e, como consequência, aprimorando a inteligência coletiva, pois o “ciberespaço permite uma liberdade de expressão e de comunicação em escala planetária absolutamente sem precedente”³⁸.

Hoje se tem a interação resultante de uma conversação coletiva, fruto das novas mídias, principalmente no âmbito da internet. Uma vez que há colaboração “em rede”, surge uma aprendizagem coletiva no ciberespaço – no qual se visualiza um conjunto de práticas sociais e comunicacionais – que se pode definir como cibercultura³⁹. Nesse viés surge um indivíduo informado e informante e, pelas suas condutas nos âmbitos virtuais, tais como, *softwares* sociais, define-se o ciberespaço como esfera pública em expansão, a ponto de se intitular de modo global. O indivíduo passa a exercer sua cidadania no ciberespaço, recebendo e produzindo informação nos inúmeros instrumentos localizados na Internet.

Essa nova forma de interação da sociedade desenvolve uma governança eletrônica centrada no cidadão informado/informante, da qual se abstrai a relação de autoridade, visualizando-se uma relação de serviço. Tal fato ocorre pois o governo eletrônico propicia um exercício mais efetivo de prestação de contas, havendo assim transparência e possibilidade de controle por parte de todos que se encontram inseridos no âmbito virtual, fazendo valer a democracia direta⁴⁰.

A inserção do cidadão no ciberespaço traz contribuições para a cibercultura e para o surgimento da ciberdemocracia, não obstante existir, ainda, a exclusão digital, que é um obstáculo para o pleno desenvolvimento das expectativas desse novo contexto social e de ambiente da *cloud*

37 LEMOS; LEVY, 2010, p. 28.

38 LEMOS; LEVY, 2010, p. 52.

39 LEMOS; LEVY, 2010, p. 70.

40 LEMOS; LEVY, 2010, p. 151.

computing, moldado pelas novas tecnologias de informação e comunicação⁴¹. Por exclusão digital deve-se analisar as esferas econômicas, técnicas cognitivas e sociais, pois, conforme Levy e Lemos, a comentada exclusão significa “a falta de capacidade técnica, social, cultural, intelectual e econômica de acesso às novas tecnologias e aos desafios da sociedade da informação”⁴².

Almejando uma lei e governo planetários, Levy e Lemos⁴³ circundam suas ideias no que chamam de “globalização da visibilidade”, na qual a opinião pública torna-se cada vez mais global, por meio da potência do ciberespaço e novos instrumentos tecnológicos. A referida visibilidade propicia o monitoramento, a vigilância e o controle da opinião pública mundial com a finalidade política. Nesse aspecto, surge um possível desafio à ciberdemocracia frente à globalização: a garantia da transparência sem lesar direitos, como a liberdade individual e a vida privada.

Importante referir, ainda, a concepção de um Estado transparente, sendo uma nova noção do ente estatal, que refletirá uma inteligência coletiva, abarcando a cidadania planetária balizada pela ideia de justiça, um mercado mundial direcionado a prosperidade e a humanidade consciente de sua evolução inserida na biosfera⁴⁴. E, nesse novo contexto civilizatório, a inteligência coletiva será o meio e a finalidade da ação política⁴⁵, manifestando uma responsabilidade da humanidade, sendo relevante reflexão do denominado “Estado transparente da ciberdemocracia do futuro”⁴⁶.

O espaço da cultura e da linguagem do mundo virtual ultrapassa os limites geográficos, transpondo barreiras, criando uma identidade inserida num “corpo informacional”⁴⁷, dentro do espaço global da nuvem, fonte da potência intelectual do coletivo, espaço de deliberação coletiva, de exercício direto da democracia.

41 LEMOS; LEVY, 2010, p. 152.

42 LEMOS; LEVY, 2010, p. 153.

43 LEMOS; LEVY, 2010, pp. 158-159.

44 LEMOS; LEVY, 2010, p. 186.

45 LEMOS; LEVY, 2010, p.189.

46 LEMOS; LEVY, 2010, p. 197.

47 LEMOS; LEVY, 2010, p. 202.

4. “A terceira via” como um caminho do meio no cenário das novas tecnologias da informação e da comunicação na *cloud computing*

A “terceira via” representa um caminho entre a esquerda e a direita, já que estas não conseguem abarcar as necessidades atuais, trazendo a necessidade de novas políticas. Essa possibilidade é uma contribuição para o futuro dos princípios políticos social-democráticos. Tendo por razões a dissolução do “consenso do welfare”, que dominou os países industrializados até o final da década de 1970, o descrédito final do marxismo e as mudanças muito profundas, econômicas e tecnológicas, que contribuíram para que tudo isso ocorresse. O que deveria ser feito em resposta e se a social-democracia pode sobreviver de algum modo como filosofia política característica são muito menos óbvios⁴⁸.

A expressão “a terceira via” parece ter se originado já na virada do século, e foi popular entre grupos de direita na década de 1920. No entanto, foi usada, sobretudo, por social-democratas e socialistas. No início do período pós-guerra, os social-democratas pensavam, de maneira bastante explícita, estar encontrando um caminho distinto do capitalismo de mercado americano e do comunismo soviético. Por ocasião de sua refundação, em 1951, a Internacional Socialista falou explicitamente sobre “a terceira via” nesses moldes⁴⁹. Cerca de 20 anos depois, tal como empregado pelo economista tcheco Ota Sik, a expressão foi usada para designar o socialismo de mercado. Os socialdemocratas suecos parecem ter falado com maior frequência da “terceira via”, sendo que a última versão, no final da década de 1980, referia-se a uma importante renovação programática⁵⁰.

Giddens supõe que “a terceira via” “se refere a uma estrutura de pensamento e de prática política que visa a adaptar a socialdemocracia a um mundo que se transformou fundamentalmente ao longo das duas ou três últimas décadas. É uma terceira via no sentido de que é uma tentativa de transcender tanto a socialdemocracia do velho estilo quanto o neoliberalismo”⁵¹.

Cabe salientar que a globalização é uma complexa variedade de processos, movidos por uma mistura de influências políticas e econômicas:

48 GIDDENS, 1999, p.7.

49 GIDDENS, 1999, p. 8.

50 GIDDENS, 1999, p. 35.

51 GIDDENS, 1999, p. 36.

Ela é mais que o mero pano de fundo para políticas contemporâneas: tomada como um todo, a globalização está transformando as instituições das sociedades em que vivemos. É com certeza diretamente relevante para a ascensão do “novo individualismo” que figurou com tanto destaque em debates socialdemocráticos⁵².

Nesse aspecto, visualiza-se a “terceira via” como uma alternativa para a democracia que se exercita nesse novo ambiente tecnológico da comunicação e da informação, ou seja, da computação em nuvem.

Para Giddens, a social-democracia é uma possibilidade existente, mas que só será viável se os social-democratas estiverem dispostos a rever suas ideias preexistentes de maneira mais meticulosa do que a maioria se dispôs até agora. Eles precisam encontrar uma terceira via, que não o comunismo e nem o capitalismo puro⁵³. Para Latham, a terceira via reconhece que o interesse coletivo só pode vir a ser construído com base no que se compartilha, de forma que se busque “(...) uma economia forte e uma sociedade forte em interdependência; direitos equilibrados por responsabilidades; um governo que recompense esforços e suspenda subsídios à inatividade; um setor público originário tanto da sociedade civil como do governo central”⁵⁴.

A velha esquerda se concentrava na política industrial e na economia keynesiana, e a nova direita dirige seu olhar à desregulamentação e às liberdades do mercado. A terceira via precisa seguir um conjunto diferente de prioridades – educação, empreendedorismo e recompensas pelo esforço⁵⁵, o que parece ser uma solução para os problemas atuais. A globalização e a era da informação são vistas, para os defensores da terceira via como Latham⁵⁶, como uma oportunidade única de reunificar as disciplinas da economia e da sociedade. Isso porque a terceira via dá prioridade a um conjunto particular de políticas públicas e se sente à vontade com a primazia do mercado.

Segundo Driver e Martell, a terceira via sustenta a visão de que a globalização traz consigo maior risco e insegurança, e de que o papel da formu-

52 GIDDENS, 1999, p. 43.

53 GIDDENS, 1999, p. 7

54 LATHAM, 2007, p. 54.

55 LATHAM, 2007, p. 55.

56 LATHAM, 2007, pp. 57 e 58.

lação de políticas públicas não é proteger os indivíduos de tais coisas, e sim proporcionar o “capital social” e sistemas “proativos” de bem-estar social para que possam responder e prosperar na era global⁵⁷.

[...] E nos casos em que a globalização se atrela às novas tecnologias da comunicação e da informação digital e à “economia do conhecimento”, os indivíduos precisam da educação e do treinamento apropriados para tais condições. A política pública deve dar apoio às empresas na criação de “produtos e serviços ricos em conhecimento”, que serão a fonte do futuro crescimento econômico. Como resultado, sugere-se que as metas concorrentes do sucesso econômico e da justiça/coesão social podem ser conciliadas. O governo promove o crescimento econômico gerando condições macroeconômicas estáveis; e suas intervenções sociais do lado da oferta melhoram a oportunidade individual (a justiça social) e aumentam o crescimento não inflacionário, os quais, juntos, proporcionam maior coesão na sociedade ao reduzirem a exclusão social⁵⁸.

Hoje as ideias políticas parecem ter perdido sua capacidade de inspiração e os líderes políticos sua capacidade de liderar, sendo os únicos grupos que parecem resolutamente otimistas são os que põem sua fé na tecnologia para resolver os problemas da humanidade. Conforme Giddens, a tecnologia não pode fornecer uma base para um programa político eficaz, mas pode ser um dos mecanismos para tanto⁵⁹. “Ciência e tecnologia [...] já não podem ser deixadas de fora do âmbito da democracia, uma vez que influenciam as nossas vidas de uma maneira mais direta e de mais longo alcance do que ocorria com as gerações anteriores”⁶⁰.

A reforma do Estado e do governo deveria ser um princípio orientador básico da política da terceira via – um processo de aprofundamento e ampliação da democracia. O governo pode agir em parceria com instituições da sociedade civil para fomentar a renovação e o desenvolvimento da comunidade. A base econômica de tal parceria é o que chamarei de a nova economia mista. Essa economia só pode ser eficaz se as instituições de welfare existentes forem inteiramente modernizadas⁶¹.

57 DRIVER E MARTELL, 2007, pp. 68-69.

58 DRIVER E MARTELL, 2007, p. 69.

59 GIDDENS, 1999, p. 12.

60 GIDDENS, 1999, p. 79.

61 GIDDENS, 1999, p. 80.

Não obstante isto, “a crise da democracia vem de ela não ser suficientemente democrática. Embora, como discutido no capítulo anterior, a proporção de pessoas que expressam confiança nos políticos tenha despencado nas últimas três décadas, a fé na democracia como tal não o fez”⁶². “A questão não é mais ou menos governo, mas o reconhecimento de que a governação deve se ajustar às novas circunstâncias da era global; e de que a autoridade, inclusive a legitimidade do Estado, tem que ser ativamente renovada”⁶³.

Giddens entende que “a promoção de uma sociedade civil ativa é uma parte básica da política da terceira via. Em contraste, a velha esquerda, que tendia a desconsiderar temores sobre o declínio cívico, a nova política admite que essas ansiedades são genuínas”⁶⁴.

Corroborando nesse aspecto, há que se mencionar que

Estado e sociedade civil deveriam agir em parceria, cada um para facilitar a ação do outro, mas também para controlá-la. (...) O avanço da globalização torna um foco comunitário tanto necessário quanto possível, por causa da pressão para baixo que exerce⁶⁵.

Acrescenta-se a isto o fato de que

Do mesmo modo, o advento de uma sociedade rica em informações produziu um conjunto mais diversificado de valores e aspirações sociais. Em termos políticos, isso representa um contraste entre eleitores que se consideram parte de uma aldeia global cosmopolita e aqueles que ainda se voltam internamente a comunidades operárias inseguras.

O desafio urgente para o sistema político é responder ao modo como as pessoas, mais do que nunca, vêm trabalhando e se comunicando globalmente, e todavia votando localmente. Os governos estão achando mais difícil definir e expressar valores e prioridades públicas com apelo universal para seus cidadãos. A globalização e a revolução da informação se combinaram para impor novas pressões às responsabilidades da vida e às fontes de identidade. Interesses políticos nos níveis global, nacional, regional e local estão em atrito uns com os outros⁶⁶.

62 GIDDENS, 1999, p. 81.

63 GIDDENS, 1999, p. 82.

64 GIDDENS, 1999, p. 88.

65 GIDDENS, 1999, p. 89.

66 LATHAM, 2007, p. 63.

Verifica-se a necessidade de o Estado estar sempre propenso a adaptações, como no caso das manifestações da sociedade civil que se originam no ambiente da computação em nuvem e que tem tido cada vez mais adesão:

Algumas formas mais antigas de associação civil e engajamento cívico vem perdendo a sua influência, mas outros tipos de energia comunal as estão substituindo. O importante é aproveitá-los para fins sociais mais amplos em modos que beneficiem tanto comunidades locais como a sociedade como um todo⁶⁷.

A nova política precisa lidar mais com soluções, expressar valores universais, e não acordos seccionais. “Daí a relevância da terceira via – valores universais, soluções radicais e uma nova política de persuasão. Ela é o caminho para a democracia mais forte e uma democracia social rejuvenescida”⁶⁸.

A novidade da terceira via está na combinação entre esquerda e direita, de forma a se obter uma mistura. Não é exclusivamente da esquerda, e tampouco da direita, mas algo intermediário, de onde se buscou sintetizar o que de melhor os extremos possuem. A tecnologia da informação e os novos meios de comunicação têm auxiliado muito neste sentido. Ganham destaque ferramentas como o *Facebook*, *Twitter*, *Whatsapp*, *Messenger*, assim como outras formas de compartilhamento de informações e trabalho colaborativo. Por meio das Tecnologias da Informação e Comunicação – TICs, busca-se a terceira via pela combinação da “justiça social” com uma face mais humana da economia⁶⁹.

5. Conclusão

Os avanços das novas tecnologias da comunicação e da informação revolucionaram a sociedade contemporânea: criaram novos tipos de comunidades, de comportamentos, redirecionaram a economia e deram um impulso definitivo à globalização. Não obstante isto, há que se mencionar que esse processo globalizante também possui aspectos negativos, sendo o maior desafio a ultrapassagem das desigualdades sociais.

De tudo que fora exposto, verifica-se que as opções políticas e democráticas são decisivas para traçar os caminhos da humanidade, sendo que,

67 GIDDENS, 1999, p. 90.

68 LATHAM, 2007, p. 64.

69 SEN, 2011.

no âmbito da *cloud computing*, o desafio está em conciliar o desenvolvimento e o acesso às novas tecnologias em todas as classes sociais. Isso pode se dar tanto por meio do desenvolvimento de instrumentos de fomento de políticas públicas, como os programas de inclusão digital, quanto pelo investimento em educação de forma ampla.

“Ciberespaço” e “cibercultura” são termos da sociedade em rede, que envolvem novas formas de divulgação e compartilhamento de informação e de cooperação, almejando com isso mudanças globais da esfera política em direção a uma “ciberdemocracia”. Desse novo cenário surge a possibilidade de um ‘novo Estado’, com o intuito de abarcar a diversidade cultural, que se destaca nas “novas mídias”, assim como estimular a inteligência coletiva na capacidade de comunicação e circulação de informações, aprimorando-a, uma vez que o “ciberespaço” permite uma liberdade de expressão, de comunicação e de interação em escala planetária sem precedentes. E é por meio deste novo cenário que se tem a interação de uma conversa coletiva, emergindo uma aprendizagem coletiva, uma vez que há colaboração “em rede”, pois inserida no ciberespaço, onde se visualiza um conjunto de práticas sociais e comunicacionais, definidas por Levy e Lemos⁷⁰ como “cibercultura”.

Assim, percebe-se que o ambiente da *cloud computing* (computação em nuvem) é um importante instrumento potencializador das ações democráticas na sociedade moderna, uma vez que propicia a constituição do ciberespaço e, conseqüentemente da ciberdemocracia na *cloud computing*/internet, permitindo uma maior interação dos cidadãos. E, nesse ponto, visualiza-se a “terceira via” como um caminho mais propenso para o exercício da democracia, a fim de que se possa garanti-la nesse ambiente tecnológico da comunicação e da informação, ou seja, da computação em nuvem.

Referências

- ALDRICH, Douglas F. Dominando o mercado digital. Trad. Maria Withaker Ribeiro Nolf e Marisa do Nascimento Paro. São Paulo: Makron Books, 2000.
- BOFF, S. O. *Propriedade intelectual e desenvolvimento*. Passo Fundo: EDIMED, 2009. v. 1.

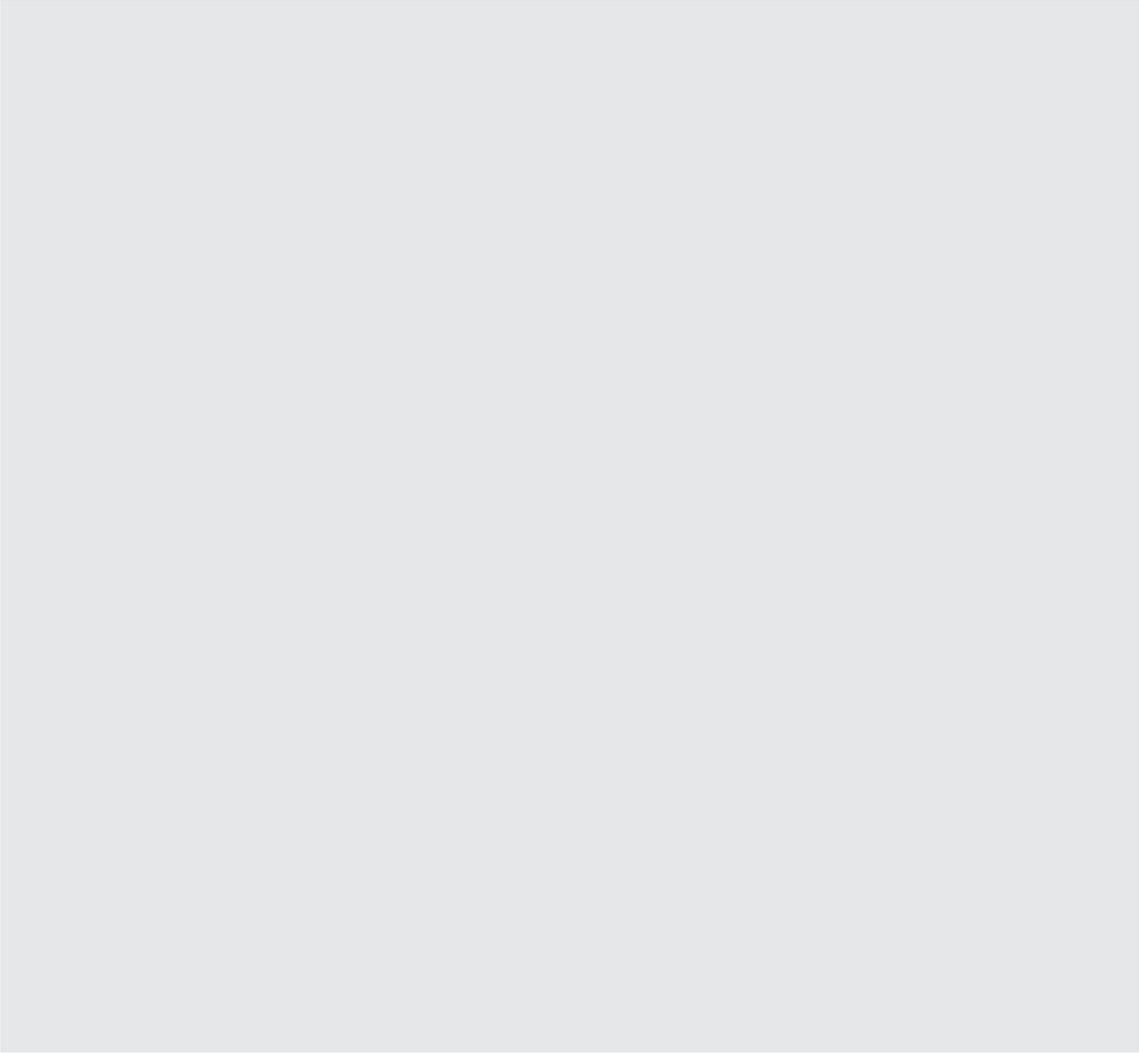
70 LEVY; LEMOS, 2010, p. 70.

- _____. FIOREZE, Renato. Políticas públicas para o processo de inovação o território: possibilidades alternativas ao desenvolvimento. In: CUSTÓDIO, André Viana; COSTA, Marli Marlene Moraes da; STAHLHÖFER, Iásin Schäffer (Orgs.). *Direitos humanos, Constituição e Políticas Públicas*. Curitiba: Multideia, 2013, p. 49-64.
- _____; FORTES, V. B. A privacidade e a proteção dos dados pessoais no ciberespaço como um direito fundamental: perspectivas de construção de um marco regulatório para o Brasil. *Sequência* (UFSC), v. 1, pp. 109-127, 2014.
- _____; REIS, J. R. (Org.); REDIN, G. (Org.). *Direito na era digital: as novas tecnologias de informação e de comunicação*. 1. ed., v. 1. PASSO FUNDO-RS: EdIMED, 2011. 168p.
- BORTOLANZA, G.; BOFF, S. O. *A propriedade intelectual na sociedade infobiotecnológica e a instrumentalização do ser humano - Incursões sobre as inovações biotecnológicas em material humano*. 1. ed., vol. 1. Curitiba-PR: Multideia, 2014. 152p.
- CASTELS, Manuel. *A galáxia da internet: reflexões sobre a internet, os negócios e a sociedade*. Rio de Janeiro: Zahar, 2003.
- _____. *A sociedade em rede*. São Paulo: Paz e Terra, 2003b.
- _____. *Redes de indignação e esperança – Movimentos sociais na era da internet*. Trad. Carlos Alberto Medeiros. São Paulo: Zahar, 2013.
- COSTA, Lígia Maura. *Direito internacional eletrônico – manual das transações on-line*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.
- DIAS, Felipe da Veiga; BOFF, S. O. O acesso à informação no campo digital: uma análise entre a sociedade da informação e a sociedade de risco. *Revista de Estudos Jurídicos da Unesp*, v. 16, pp. 329-344, 2012.
- DRIVER, Stephen; MARTELL, Luke. *A esquerda, a direita e a terceira via*. In: GIDDENS, Anthony (org.); tradução de Roger Maioli dos Santos. *O debate global sobre a terceira via*. São Paulo: UNESP, 2007, pp. 65-81.
- ETZIONI, Amitai. *La tercera vía hacia una buena sociedad: propuestas desde el comunitarismo*. Madrid: Minima Trotta, 2001.
- FIORILLO, C. A. P. *Curso de direito ambiental brasileiro*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- FIORILLO, C. A. P. Fundamentos constitucionais do meio ambiente digital na sociedade da informação. In: PAESANI, L. M. (Ed.). *O Direito na sociedade da informação III*. São Paulo: Atlas, 2013, pp. 1-22.
- GIDDENS, Anthony. *A terceira via: Reflexões sobre o impasse político atual e o futuro da social-democracia*. Rio de Janeiro: Record, 1999.

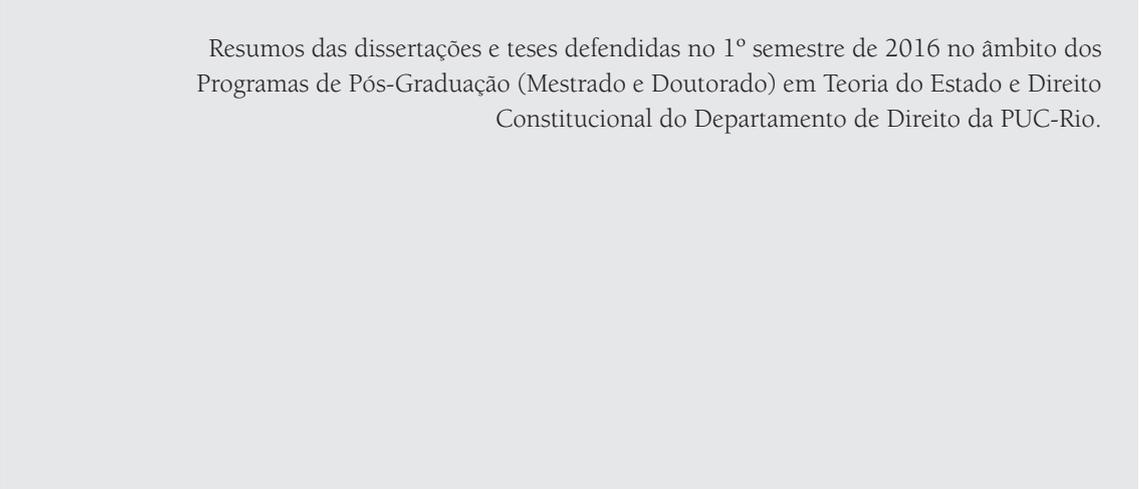
- LATHAM, Mark. A terceira via: um esboço. In: GIDDENS, Anthony (org.); tradução de Roger Maioli dos Santos. *O debate global sobre a terceira via*. São Paulo: UNESP, 2007, pp. 51-64.
- LEMONS, André; LÉVY, Pierre. *O futuro da internet: em direção a uma ciberdemocracia planetária*. São Paulo: Paulus, 2010.
- LESSIG, L. *Code*. 2. ed. New York: Basic Books, 2006.
- LÉVY, Pierre. *A inteligência coletiva: por uma antropologia do ciberespaço*. Tradução Luiz Paulo Rouanet. São Paulo: Loyola, 1998.
- MARSHALL, Thomas Humphrey. *Cidadania, classe social e status*. Rio de Janeiro: Zahar, 1967.
- MOLINARO, C. A.; SARLET, I. W. Breves notas acerca das relações entre a Sociedade em rede, a Internet e o assim chamado Estado de Vigilância. In: LEITE, G.; LEMOS, R. (Eds.). *Marco Civil da Internet*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 29-48.
- ROVER, Aires J.; WINTER, Djônata. A revolução tecnológica digital e a proteção da propriedade intelectual. In: WACHOWICZ, Marcos (coord.). *Propriedade intelectual & internet*. Curitiba: Juruá, 2002.
- SANTOS, Milton. *Por uma outra globalização: do pensamento único à consciência universal*. 19. ed. Rio de Janeiro: Record, 2010.
- SEN, Amartya. *A ideia de justiça*. Tradução Denise Bottmann, Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.
- _____. *Desenvolvimento como liberdade*. Tradução Laura Teixeira Motta; revisão técnica Ricardo Doninelli Mendes. – São Paulo: Companhia das Letras, 2010.
- THERBORN, Goran. Globalização e desigualdade: questões de conceituação e esclarecimento. *Sociologias*, Porto Alegre, ano 3, n.6, pp. 122-169, jul/dez 2001.
- UNIVERSIDAD NÓMADA. *Democracia Distribuída: miradas de la Universidad Nómada al 15 M*. Madrid, 2011. Disponível em <trasversales.net/ddun15m.pdf>.
- VAN DIJK, J. *The Network Society*. London: SAGE Publications, 2012.
- VIEIRA, Liszt. *Cidadania e Globalização*. 7. ed. Rio de Janeiro: Record, 2004.

Recebido em 19 de fevereiro de 2015

Aprovado em 17 de abril de 2016



Notícias e informações



Resumos das dissertações e teses defendidas no 1º semestre de 2016 no âmbito dos Programas de Pós-Graduação (Mestrado e Doutorado) em Teoria do Estado e Direito Constitucional do Departamento de Direito da PUC-Rio.

Aluno: Eduardo Stelmann Gamboa Junior (**Mestrado**)

Data: 07/04/2016

Banca: João Ricardo Wanderley Dornelles (orientador), Victoria-Amália de Barros Carvalho Gozdawa de Sulocki e Thula Rafaela de Oliveira Pires

Título: Pânico na Guanabara: gestão do medo e poder punitivo

Resumo: Tendo a cidade do Rio de Janeiro, entre 2013 e 2015, como objeto, o presente trabalho pretende compreender o papel do medo na atuação do poder punitivo, isto é, a relação entre o sentimento de insegurança e as políticas oriundas dos discursos jurídico – penais, em especial o populismo penal, e como tal sentimento pode ser administrado por certos agentes e setores. Através da análise da produção estética do medo pelos meios de comunicação de massa busco poder traçar paralelos com alguns pensamentos criminológicos a fim de compreender como alguns processos básicos da atuação do sistema penal se manifestam em nosso dia a dia.

Aluno: Caroline Lyrio (**Mestrado**)

Data: 08/04/2016

Banca: Thula Rafaela de Oliveira Pires (orientador); Joao Ricardo Wanderley Dornelles e Ísis Aparecida Conceição

Título: Racismo Institucional e Ditadura Militar: girando em sentido anti-horário na árvore do esquecimento

Resumo: O presente trabalho pretende analisar os mecanismos de violência estatal empregados contra a população negra no contexto da Ditadura Militar (1964- 1985) no Estado do Rio de Janeiro através da experiência daqueles que se propuseram a exercer uma atividade de resistência política e/ou cultural no período, destacando a perspectiva do narrador. Propõe-se uma reflexão, a partir do conceito de racismo institucional, da ação do Estado no período assinalado, descortinando a representação que se fazia

do negro, as ações que foram desencadeadas na desarticulação de sua resistência e a atuação das instituições de segurança na manutenção/reprodução das desigualdades raciais, além do esforço de produção de uma memória negada, fazendo uso de uma epistemologia colorida em contraponto às epistemologias hegemônicas brancas.

Aluno: Mario Antonio M de A e Oliveira (**Mestrado**)

Data: 15/04/2016

Banca: Gisele Guimaraes Cittadino; Diego Werneck Arguelhes; Fábio Carvalho Leite (orientador)

Título: À imagem e semelhança de quem? Supremacia judicial, dificuldade contramajoritária e diálogos institucionais no Brasil

Resumo: Este trabalho dedica-se a criticar a suposta relação, presente numa certa concepção dominante acerca da jurisdição constitucional no Brasil, entre supremacia judicial e interpretação constitucional. A crítica parte de uma investigação histórica. No primeiro capítulo, procuro demonstrar que ao Judiciário, notadamente ao Supremo Tribunal Federal, não foi atribuída uma posição de destaque capaz de influenciar significativamente os rumos da política nacional na história constitucional brasileira. A ascensão da jurisdição constitucional no Brasil não é produto de uma tradição, mas um fenômeno recente, cujas bases fundamentais ainda estão em construção. O segundo capítulo é dedicado a problematizar a premissa, fruto de uma tradição fundada na crença no papel contramajoritário das cortes no sistema democrático, de que ao judiciário cabe dar a última palavra sobre o sentido da constituição. Procuro demonstrar que a forma como teorias emblemáticas, mesmo as críticas, tratam o problema da última palavra deixa à margem o potencial deliberativo do sistema democrático, precisamente por engendram modelos de supremacia, judicial ou não. Alternativamente, um modelo de relação interinstitucional baseado no diálogo se capitaliza da deliberação, explorando suas virtudes, precisamente por negar modelos de supremacia institucional. No terceiro capítulo, trago a discussão de volta à realidade brasileira. Procuro identificar, a partir de

elementos empíricos, que as nossas instituições estão dispostas ao diálogo. Sobretudo, que o Supremo Tribunal Federal não é essencialmente uma instituição contramajoritária, pois, na média, sua atuação é pautada mais pela deferência do que pela agressividade.

Aluno: Marina França Santos (**Doutorado**)

Data: 27/06/2016

Banca: Marcia Nina Bernardes; Adriana Vidal de Oliveira; Thula Rafaela de Oliveira Pires; Cecilia Caballero Lois; Luiz Augusto de Souza Carneiro de Campos; Gisele Guimaraes Cittadino (orientador)

Título: A Importância da Diversidade de Gênero nos Tribunais Superiores Brasileiros: o princípio da imparcialidade forte a partir da standpoint theory

Resumo: A tese apresentada propõe a investigação do problema da baixa presença de mulheres nos tribunais superiores brasileiros. A hipótese apresentada é a de que a pequena diversidade de gênero nos altos postos do Judiciário brasileiro ocorre em detrimento do objetivo de imparcialidade sustentado por essa função estatal em sociedades democráticas. A metodologia adotada no desenvolvimento do trabalho pode ser dividida em três partes. Em um primeiro momento, é empreendida uma investigação dogmática das normas constitucionais, leis e regulamentos internos dos órgãos responsáveis pelo processo de seleção de magistrados no Brasil. Na segunda etapa, passou-se ao exame, inspirado na análise do discurso, de textos do processo de escolha dos magistrados para o Supremo Tribunal Federal. Ambos os métodos conduziram à verificação do problema da baixa presença de mulheres e dos constrangimentos de gênero existentes para se chegar até os tribunais superiores brasileiros. Permitiram, também, a compreensão da importância atual do gênero como critério de diferenciação social e, conseqüentemente, da validade desse parâmetro para a investigação proposta. Na terceira parte, empreendeu-se revisão teórico-bibliográfica interdisciplinar sobre o tema e, de forma mais ampla, sobre a desigual inclusão de grupos sociais subalternos às esferas de poder. A

análise permitiu a identificação das contribuições já trazidas à discussão e das lacunas que permanecem sem ser apuradas, tornando útil o seu desenvolvimento no trabalho. O exame também conduziu à identificação de categorias analíticas válidas para a análise a ser empreendida, por informarem a necessidade de que os sujeitos ocupem iguais posições na sociedade. Segue-se daí a proposição do marco teórico da standpoint theory e a elaboração do argumento da tese. O argumento proposto é o de que a diversidade, em especial, a inclusão das mulheres no Judiciário é requisito para a imparcialidade judicial, instituto que será analisado a partir do direito processual. Em outras palavras, propõe-se que a imparcialidade judicial depende da diversidade do Poder Judiciário. O reconhecimento da existência de perspectivas fundadas na posição social dos indivíduos e da necessidade de que elas, quando socialmente relevantes, sejam veiculadas para a construção de objetividades mais fortes, ditado pela standpoint theory, vai, ao mesmo tempo, ao encontro dos postulados democráticos, porque amplia a participação e a inclusão social em sociedades plurais, e ao encontro da garantia de imparcialidade, porque favorece a construção plural do conhecimento. Apresento, ao final, o conceito de imparcialidade forte, que é a consequência da aplicação da standpoint theory a um Poder Judiciário democrático e que justifica a necessidade de políticas públicas para a composição paritária de gênero nos tribunais superiores brasileiros.

Aluno: Andrea Moreira Streva (**Mestrado**)

Data: 08/04/2016

Banca: Bernardo Carvalho Oliveira; Tatiana Roque; Auterives Maciel Junior; Mauricio de Albuquerque Rocha (orientador).

Título: Norma, assujeitamento e subjetivação: uma leitura de Michel Foucault a partir de Gilles Deleuze

Resumo: Os processos de assujeitamento engendrados nas sociedades biopolíticas são a condição subjetiva através da qual os indivíduos são normalizados. As normas sociais e seus valores são estabelecidos em cada relação normalizante fazendo convergir nossa ação na ação incitada pelas relações

de poder dominantes. Seria possível resistir a este quadro, se estamos todos em um mesmo emaranhado de saber e de poder que condiciona nossa ação? Deleuze descobre a resistência em Foucault, que se encontrava aparentemente preso ao poder, na figura da subjetivação. É dobrando a força que podemos criar um espaço de liberdade – não fora, mas dentro do poder.

Aluno: Raphael Torres Brigeiro (Mestrado)

Data: 21/06/2016

Banca: Bethânia de Albuquerque Assy; Florian Fabian Hoffmann; Rodrigo Ribeiro Alves Neto; Ilié Antonio Pele (orientador)

Título: O Rico e o Estranho: Revolução e Totalitarismo enquanto novidades radicais do mundo moderno no pensamento Hannah Arendt

Resumo: Hannah Arendt é frequentemente lida como uma autora da crise. Tendo nascido no “curto século XX”, testemunhando e mesmo vivendo ela mesma, enquanto estava “entre os homens”, inúmeras das catástrofes que tiveram seu lugar no palco do mundo. Como pensadora, ela fez de sua sistemática reflexão acerca do fenômeno totalitário o ponto de partida para inúmeros trabalhos cujo objetivo residia na tentativa de compreender este mundo e, a partir desta compreensão, com ele reconciliar-se. Entendendo o regime totalitário como uma novidade radical, que coloca em xeque nossas categorias de pensamento, bem como nossa capacidade de agir no mundo e discursar sobre os negócios humanos, Arendt acaba por aproximar este terrível evento de outro, cuja essência mesma é a novidade: a Revolução. Compreendendo a Revolução a partir do signo da fundação de uma “Constituição da Liberdade” e de uma “Nova Ordem do Mundo”, a autora enfrenta a difícil tarefa de conciliar algo que parece inconciliável na contemporaneidade: a capacidade da ação política de começar algo inteiramente novo e a necessidade de estabilização do espaço público onde a ação deve acontecer. É na interseção desta insuperável dicotomia que o presente trabalho pretende explorar conceitos fundamentais do pensamento arendtiano, como autoridade, liberdade, ação, poder, entre outros. Com eles tentar-se-á compreender o mergulho que Arendt faz às profundezas do

passado para conferir nova dignidade ao campo da política, em um tempo onde os seres humanos cada vez menos assumem responsabilidade pelo mundo e pelas possibilidades que ele encerra.

Aluno: Virgínia Totti Guimarães (DOUTORADO)

Data: 17/06/2016

Banca: Rosangela Lunardelli Cavallazzi; José María Gómez; Henri Acselrad; Alexandre Fabiano Mendes; Adriano Pilatti (orientador)

Título: Direito à cidade, comuns urbanos e privatização de espaços públicos na Cidade do Rio De Janeiro: os casos da Marina da Glória e do Campo de Golfe Olímpico

Resumo: A tese “Direito à cidade, comuns urbanos e privatização de espaços públicos na Cidade do Rio De Janeiro: os casos da Marina da Glória e do Campo de Golfe Olímpico” trata dos espaços públicos na cidade contemporânea, enfocando aspectos relativos à dimensão não estatal de sua produção e reprodução, aproximando-os dos comuns urbanos. O comum aparece como produtos e produtores das relações sociais e, neste aspecto, não são públicos ou privados. Os espaços públicos são vistos como resultado de ações e discursos que afirmam novos usos, práticas tradicionais e apropriações espontâneas, mais democráticas, manifestando, ainda, conflito e espaço potencial de reivindicação de direitos. O potencial de politização advém de os espaços públicos serem determinados por práticas e vivências, que concedem usos e significados diversos da regulação e controle estatal, para eles pensados, quanto por ser o local de construção do político, sendo a rua e a praça as referências de manifestações e encontros para debates políticos. São espaços com potência democrática. O direito à cidade, centralizador de demandas relacionadas a direitos sociais e difusos na vida urbana, é, assim, estudado na tese com uma interpretação alargada para incluir as dimensões política e social, de modo a refletir a potencialidade dos espaços públicos como manifestações dos comuns urbanos, possibilitando a continuidade da construção social. O direito à cidade, assim, com previsão constitucional, engloba garantia de direitos sociais e difusos relacionados à vida na cidade, tais como mobilida-

de, moradia, infraestrutura urbana, serviços públicos, meio ambiente sadio, bem como o poder de definir os destinos da cidade, a partir de projetos utópicos, de desejos e das ações sociais desenvolvidas no espaço urbano. De modo a integrar melhor aquela dimensão da cidade incorporando aspectos – ou parcela deles – da teoria do comum, a tese problematiza alguns institutos do direito administrativo, como bens de uso comum do povo e interesse público, entendendo que interpretações tradicionais destes facilitam a execução de um projeto excludente de cidade. Além disso, discute as dimensões dos comuns nos bens difusos, que se diferencia de bens estatais ou privados, representando um novo grupo de interesses, vinculado diretamente à sociedade, e que prescinde da atuação do Estado para sua configuração e supera a distinção tradicional de direito público e direito privado. A tese aborda os casos da Marina da Glória e do Campo de Golfe Olímpico, com objetivo de analisar os discursos, a aplicação da legislação e o modo de atuar do Estado e agentes a ele associados, em operações que tem como resultado a privatização de espaços públicos. Os casos tratam de flexibilização da legislação ambiental e urbanística, seja por meio de alteração ou interpretação, de modo a permitir o desenvolvimento de determinado projeto. A tese discute os casos em que as normas se adaptam aos projetos.

Aluno: Leticia Garcia Ribeiro Dyniewicz (**Doutorado**)

Data: 19/02/2016

Banca: José María Gómez; Katya Kozicki; Juliana Neuenschwander Magalhães; Florian Fabian Hoffmann; Bethânia de Albuquerque Assy (orientador)

Título: Estado de exceção como ruptura: uma leitura a partir de Carl Schmitt e Walter Benjamin

Resumo: A tese tem como problema central discutir a possibilidade de ruptura da ordem constitucional por meio do estado de exceção a partir da leitura de Carl Schmitt e Walter Benjamin. Propõe-se a compreensão do estado de exceção não tanto como um conceito jurídico, mas como um momento que tem a possibilidade ou não de romper com a ordem jurídica

até então vigente. Sendo assim a hipótese desse trabalho consiste no fato de que existe um ponto cego no constitucionalismo liberal: o estado de exceção. Esse é entendido por Carl Schmitt e Walter Benjamin – autores em extremos opostos da política – como uma incapacidade do constitucionalismo liberal de tratar da possibilidade da ruptura da ordem. Ao não tratar dessa fissura a partir da qual se inicia o direito, também não discute a violência que o funda e o mantém. Em outras palavras, o constitucionalismo liberal – uma forma de pensar o direito que, em linhas gerais, garante aos indivíduos, primeiramente, a não interferência do estado nas relações privadas e, em segundo lugar, a possibilidade de participar do processo decisório – não enfrenta a exceção porque essa minaria sua própria existência e seu pressuposto. O estado de exceção pensado tanto como mecanismo garantidor da ordem como momento de ruptura abala tais pressupostos, desnudando o constitucionalismo liberal. Para corroborar tal hipótese, o trabalho será dividido em três capítulos. No primeiro deles, expõe-se um rápido quadro histórico do momento de Weimar para contextualizar o surgimento de tais teorias. Em seguida, trata de aproximar e afastar Walter Benjamin e Carl Schmitt nos pressupostos que irão levar os autores a pensar o estado de exceção: a teologia política, a social democracia e a crítica à técnica. No segundo capítulo levanta-se a hipótese de que Schmitt teme a exceção como momento de ruptura que desencadearia o caos, por isso sua defesa de uma constituição autoritária. Para tanto o capítulo divide-se em quatro partes. Na primeira, aborda-se a relação entre sujeito romântico e liberalismo. Na segunda, a tensão entre política e direito. Adiante, aborda-se soberania, política e democracia e, por último, a questão da ruptura. O último capítulo trata de pensar o direito a partir de Walter Benjamin, em especial a lei e a soberania. Primeiramente a análise centra-se na questão da soberania, para em seguida, desenvolver as concepções metodológicas e políticas de histórica que levaram Benjamin a pensar em um permanente estado de exceção.

Aluno: Carolina Altoé Velasco (**Doutorado**)

Data: 19/02/2016

Banca: Florian Fabian Hoffmann; Daniela Trejos Vargas; Bruno Rodrigues de Almeida; Letícia de Campos Velho Martel; Nádia de Araújo (orientador)

Direito, Estado e Sociedade ■ n. 48 jan/jun 2016

Título: O objeto no contrato de gestação de substituição: na fronteira das relações jurídicas patrimoniais e existenciais

Resumo: O tema central da tese é o contrato de gestação de substituição. Sua análise está delimitada aos efeitos decorrentes da consideração do seu objeto, se lícito ou ilícito, à luz das regras de direito constitucional e civil do ordenamento brasileiro. O marco teórico é delineado pelas obras de Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda – notadamente as noções acerca dos planos do negócio jurídico – e Marcel Mauss – especificamente o Ensaio sobre a dádiva – e a escola de Direito Civil Constitucional – a partir da qual se construiu a análise das categorias que permeiam todo o estudo: dignidade da pessoa humana, autonomia privada e dicotomia entre coisa e pessoa. O objetivo geral foi investigar se o objeto do contrato de gestação de substituição suportaria o conceito de licitude à luz do sistema jurídico de regras e de princípios constitucionais. Consequentemente, três objetivos específicos foram traçados. O primeiro delimitou conceitualmente os termos objeto, licitude e ilicitude na doutrina e na jurisprudência brasileira e constatou que esses conceitos carregam um conteúdo que deve ser adequado com vistas a comportar a nova categoria de contrato – que incorpora aspectos patrimoniais e extrapatrimoniais. O segundo, ao investigar se tais contratos são levados à apreciação do Poder Judiciário, constatou ser afirmativa a indagação. Entretanto, expôs-se que a avaliação feita pelo Poder Judiciário se limita ao reconhecimento ou não da filiação. O terceiro objetivo específico identificou que o Poder Judiciário tem considerado o objeto do contrato de gestação de substituição como lícito, pois se baseia nas diretrizes estabelecidas pela Resolução n. 2.121/2015 do Conselho Federal de Medicina acerca da gestação de substituição gratuita. Diante da situação fática, constatou-se a relativização de conceitos delimitados pela regra jurídica para se alcançar esta ou aquela solução para casos delicados. Nenhuma outra consideração acerca da licitude ou ilicitude do objeto contratual pôde ser estabelecida diante dos casos analisados.

Aluno: Ana Lúcia Correia da Costa (Mestrado)

Data: 06/04/2016

Banca: Noel Struchiner; Alejandro Bugallo Alvarez; Adrian Sgarbi (orientador)

Título: Na Sombra de Hart? Uma análise da relação entre o conteúdo mínimo natural e a força diretiva do direito em John Finnis.

Resumo: H. L. A. Hart dotou a teoria do direito de uma noção que desde então a transformou: o ponto de vista interno. Com ela, uma visão específica sobre o funcionamento das normas jurídicas na vida da maioria de seus destinatários correspondente à ideia de razões para a ação, esta alicerçada na noção de obrigação e oposta àquela de “ser obrigado a” mediante a ameaça de sanções. Tal funcionamento característico do fenômeno jurídico tem como fundamento o caráter instrumental do direito em relação ao fim especificamente humano, do qual se deriva a natural necessidade de incorporação, entre as normas jurídicas, de um conteúdo passível de garantir o propósito do ser humano. John Finnis, um dos mais eminentes alunos de Hart, é autor de uma teoria jurídica amplamente amparada nos conceitos teóricos hartianos. No entanto, na medida em que defende um telos humano quantitativa e qualitativamente distinto daquele de Hart, se posiciona no sentido de um conteúdo mínimo natural bastante diverso do de seu professor. Deste modo, a proposta do presente trabalho consiste na análise da teoria dos dois autores com vistas ao posicionamento sobre a seguinte questão: qual das duas teorias sobre o conteúdo mínimo natural apresenta um maior poder explanatório do funcionamento característico do direito como razões para a ação? A conclusão passa, sobretudo, pela atribuição de um caráter essencialmente normativo à teoria de John Finnis, a qual – se defende – é dirigida ao homem ideal, assim se distanciando de uma efetiva descrição do funcionamento do direito no mundo real.

Aluno: Juliana Moreira Streva (Mestrado)

Data: 13/04/2016

Banca: Bethânia de Albuquerque Assy; Thula Rafaela de Oliveira Pires; Julio Cesar de Souza Tavares; Mauricio de Albuquerque Rocha (orientador)

Título: Objetificação Colonial dos Corpos Negros: uma leitura descolonial e foucaultiana do Extermínio Negro no Brasil

Resumo: A pesquisa almeja questionar a naturalização da violência de Estado direcionada contra os corpos negros no Brasil. Para esta urgente tarefa, o trabalho engendra filosofia descolonial com a foucaultiana, dividindo-se em três capítulos. O primeiro demonstra o enraizamento desta naturalização na história do país, desde o período colonial, passando pelo império e pela república. O segundo enfrenta o auto de resistência como prática contemporânea do racismo de Estado da sociedade biopolítica, assim como da colonialidade do ser, saber e poder. Este capítulo inclui ainda relatos de resistência. Por fim, o terceiro pretende refletir sobre possibilidades de transformações descoloniais desta realidade objetificante e violenta.

Aluno: Vinícius de Souza Faggion (**Mestrado**)

Data: 13/04/2016

Banca: Fábio Perin Shecaira; Rodrigo de Souza Tavares; Noel Struchiner (orientador)

Título: O que Juízes Devem Fazer? Uma análise do papel judicial

Resumo: O papel dos juízes é tipicamente relacionado à função de respeitar e aplicar o direito. Acredita-se que há uma obrigação de fidelidade entre juízes e seus respectivos sistemas jurídicos, vinculando-os a obedecer aos ditames do direito positivo. Alguns argumentos, como o juramento, a autoridade prática do direito, a obrigação política judicial, e a contenção dos erros de julgamento, são invocados para justificar esse vínculo de fidelidade. Mas e nos casos cuja aplicação dos padrões jurídicos institucionalizados parece insatisfatória? Quando se ater ao direito implica um resultado evidentemente injusto que pode ser corrigido pelo juiz? Esses casos desafiam a obrigação de fidelidade entre juízes frente suas ordens jurídicas. Parece que o juiz nessa posição tem razões morais para ignorar as regras e atingir a solução mais justa. Mas seguir e aplicar essas razões morais é parte do papel do juiz? Ele deve fazê-lo? Outro conjunto de concepções do

papel judicial pretende responder afirmativamente a essas duas questões. De acordo com elas, o papel judicial é composto por outras funções além do dever de seguir apenas padrões legais. Minha hipótese é que uma dessas concepções está correta.

Aluno: Gabriel Cabral (Mestrado)

Data: 11/04/2016

Banca: Ivar Allan Rodriguez Hannikainen; Fabio Carvalho Leite; Rodrigo de Souza Tavares; Noel Struchiner (orientador)

Título: Intuições e instituições: novas perspectivas do paternalismo de Estado

Resumo: Quando Michael Bloomberg, ex-prefeito de Nova York, propôs o limite para o tamanho de copos de refrigerantes vendidos em lanchonetes, críticos denunciaram o flagrante desrespeito à liberdade de escolha. Apoiadores do prefeito, por sua vez, alardearam os benefícios previstos à saúde da população. Esses valores inconciliáveis, liberdade versus bem-estar, abasteceram um debate sobre os limites do paternalismo de Estado. Recentemente, porém, baseados em evidências de falhas e vieses cognitivos diagnosticados por psicólogos e economistas comportamentais, Cass Sunstein e Richard Thaler sugeriram uma terceira via, o paternalismo fraco ou libertário, que aumentaria o bem-estar das pessoas sem eliminar opções de escolha: em vez de coerção, nudges sutis em direção a melhores decisões. Se, de um lado, o paternalismo fraco teve sucesso entre governantes, o mesmo sucesso não foi acompanhado dentro da academia: Sarah Conly o considerou pouco eficiente para ser uma alternativa ao paternalismo forte e liberais o consideraram contra a liberdade, mais especificamente contra um tipo de liberdade: a autonomia. Assim, chega-se à hipótese de que a rejeição ao paternalismo forte decorre da percepção da perda da liberdade em sentido negativo, ao passo que a rejeição ao paternalismo fraco decorre da percepção de perda de liberdade em sentido positivo ou autonomia. Com o intuito de testar esta hipótese, foram feitos diversos experimentos utilizando métodos da psicologia social. Os resultados dos

experimentos corroboram com a hipótese, ao indicar a correlação entre crença em determinismo científico, que desafia a noção de autonomia e autodeterminação, e menor rejeição ao paternalismo fraco de Estado.

Aluno: Carolina Lopes de Oliveira (Mestrado)

Data: 08/04/2016

Banca: Carlos Alberto Plastino; Ronaldo Joaquim da Silveira Lobão; Gisele Guimaraes Cittadino (orientador)

Título: “MENIN_S”: novas acepções para a consciência do eu a partir do direito à intersexualidade

Resumo: O que acontece quando nasce uma criança intersex no Brasil? Para responder a este e a outros questionamentos, o presente trabalho objetiva apresentar um estudo teórico sobre a intersexualidade. Inicialmente será realizada uma análise sobre as divergências envolvendo o tema e em seguida, uma reflexão sobre os corpos para observar, através das transformações interpretativas que sofreram historicamente, se as marcas do sexo e do gênero formam um padrão binário que teria o poder de invisibilizá-los se não for atendido. Através de histórias coletadas, procura-se compreender os critérios utilizados para rotular os corpos como intersex e as experiências vividas por seus protagonistas. Uma análise das intervenções externas a que estes indivíduos foram e são submetidos ao nascer também será realizada, para entender a situação contemporânea. Neste sentido, a teoria winnicottiana será importante ferramenta para não apenas questionar o protocolo atual, mas também trazer a visão da constituição da subjetividade na infância e pensar em uma alternativa de cuidado que respeite esta construção. Os papéis exercidos pelo Direito brasileiro finalizam o estudo para investigar se o mesmo tem funcionado como obstaculizador ou garantidor dos direitos dos menores intersex. Analisa-se se há papéis sendo exercidos em consonância com as alterações internacionais, verificando em diplomas legais vigentes os empecilhos existentes e as possibilidades de pensar sobre o tema. Por fim, um caminho sob a perspectiva do Direito Civil-constitucional será projetado, buscando a admissão de existências

plurais, isto é, “novas acepções para a consciência do eu”, capazes de permitir o pleno desenvolvimento de identidades e respeitar a dignidade da pessoa humana.

Aluno: Marcelo Kokke Gomes (**Doutorado**)

Data: 26/06/2015

Banca: Thula Rafaela de Oliveira Pires; Bethânia de Albuquerque Assy; Patricia Castro Mattos; Elcio Nacur Rezende; Gisele Guimaraes Cittadino (orientador)

Título: Conflitos intergeracionais: reconhecimento e análise da sociedade

Resumo: A presente Tese de Doutorado procede à articulação da Teoria do Reconhecimento e da Teoria da Justiça como Análise da Sociedade, de Axel Honneth, como via de análise crítica de práticas sociais e instituições que estabeleçam padrões sociais de afirmação e negação do outro nas relações intersubjetivas, construídas e estendidas entre as gerações. O enfoque temático toma por objeto os conflitos intergeracionais e suas postulações de rompimento ou preservação de legados ou heranças entre as gerações passadas, as gerações presentes e as gerações futuras visando desenvolver abordagem que os situe em uma dimensão normativa ligada à teoria moral, mas não dissociada da expressão da ação social. A compreensão dos conflitos intergeracionais como lutas por reconhecimento intergeracional, perpassando igualmente conflitos situados em uma luta por reconhecimento intrageracional, com reconstrução normativa de práticas sociais e instituições, permitirá conceber a autorrealização intergeracional. A autorrealização intergeracional, interligada à definição de eticidade formal de Honneth, articula ações morais e ações sociais, além de fornecer critérios de identificação de patologias sociais e mecanismos de negação do reconhecimento nas interações sociais.

Aluno: Luisa Pressburger Portugal (**Mestrado**)

Data: 13/04/2016

Banca: Auterives Maciel Junior; Luiz Camillo Dolabella Portella Osorio de Almeida; Adriano Pilatti (orientador)

Título: Política e Estética da Política na Obra de Jacques Rancière: Duas narrativas sobre as manifestações de 2013 no Brasil

Resumo: Para Jacques Rancière, o político é um encontro de dois processos heterogêneos: a polícia, que é uma lei implícita que determina a distribuição hierárquica dos lugares e das funções dentro de uma sociedade; e a política, um processo de emancipação que consiste em uma ruptura com a lógica policial. O conflito político surge a partir da manifestação de uma nova proposta de divisão do sensível que quer redefinir aqueles que são vistos e aqueles que são invisíveis, aqueles que tem direito a palavra e aqueles que só alcançam o ruído dentro do comum. Nesse sentido, esta é uma disputa pela partilha do sensível, a estética própria da política que se manifesta nos atos de subjetivação que redefinem a organização do comum. À luz dessas ideias, o objetivo deste trabalho será analisar o que ocorreu nas manifestações de junho de 2013 no Brasil e tentar entender em que medida a política se manifestou neste processo. Duas narrativas surgem a partir destes eventos: a narrativa da mídia tradicional e a narrativa dos manifestantes. Elas representam ficções, que, na definição de Rancière, são construções do comum que determinam o dizível, o factível e o possível. Como será argumentado, a ficção da lógica policial é representada pela narrativa da mídia tradicional, enquanto a ficção política é representada pela narrativa dos manifestantes. Assim, o presente trabalho irá contrastar essas duas narrativas, explicitando como cada uma delas aponta para uma proposta específica da partilha do sensível e de que forma o processo político ocorre a partir dessa disputa.

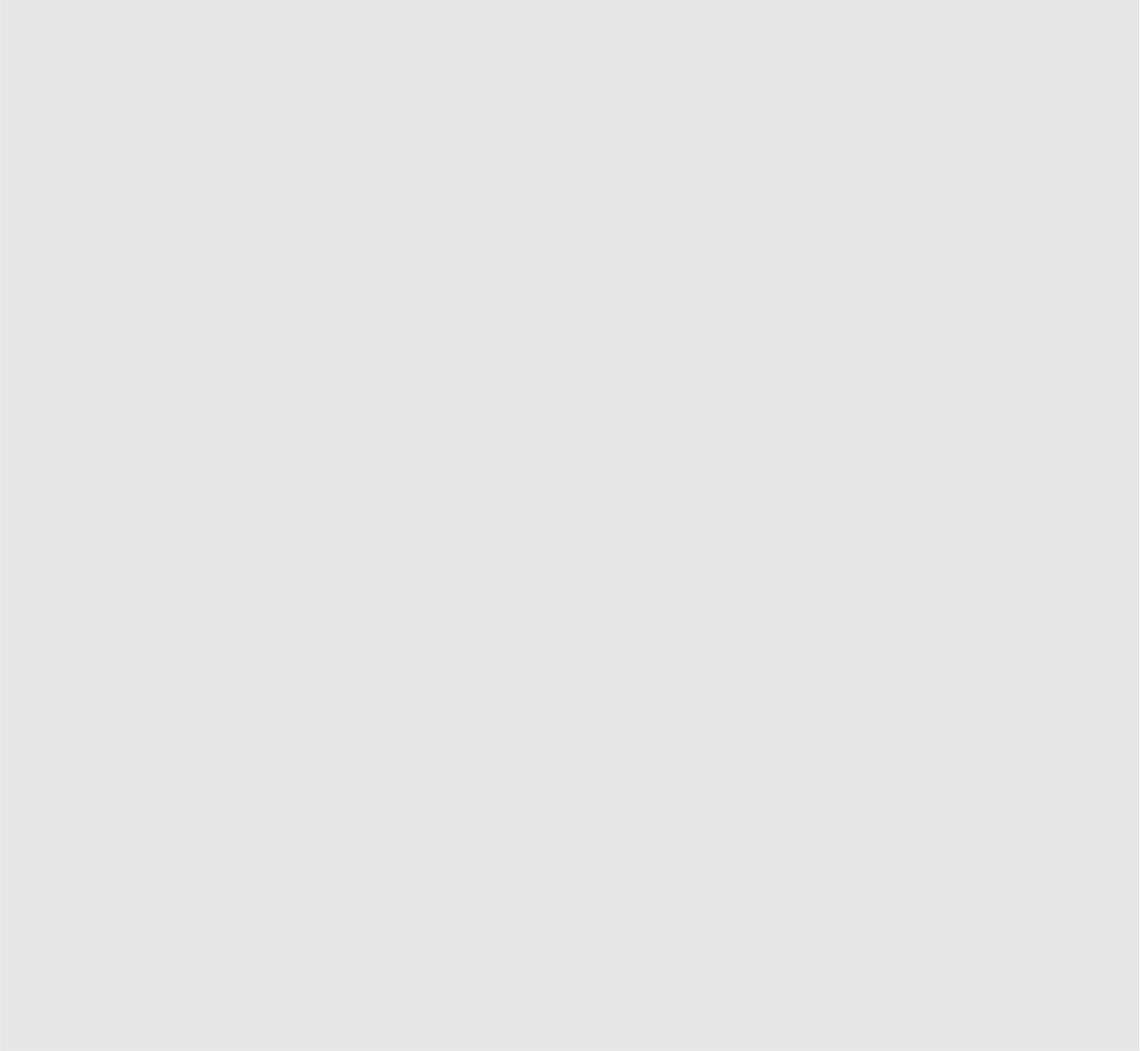
Aluno: Luiz Gustavo Levate (**Doutorado**)

Data: 04/03/2016

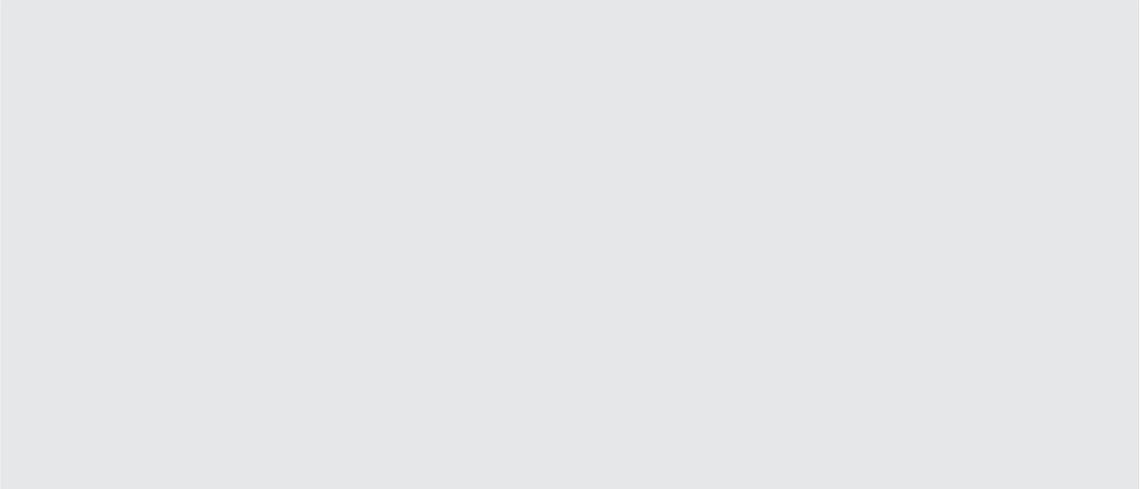
Banca: Alexandre Gustavo Melo Franco de Moraes Bahia; Caitlin Sampaio Mulholland; Marcia Nina Bernardes; Delton Ricardo Soares Meirelles; Cecilia Caballero Lois; Gisele Guimaraes Cittadino (orientador)

Título: Associações Civas e Estado Democrático de Direito: Processualização do Procedimento de Exclusão de Associado.

Resumo: As associações civis se revelam indispensáveis para o efetivo exercício da soberania popular, constituindo-se em importante fenômeno da esfera pública, da sociedade civil e do próprio Estado Democrático de Direito. Elas são elevadas à categoria de direitos fundamentais, seja em razão da espontaneidade de sua formação, seja em razão dos reflexos que projetam no livre desenvolvimento da personalidade e da dignidade humanas. Tais entidades associativas têm como uma de suas funções exercer influência sobre o núcleo do sistema político de modo que as necessidades e problemas da sociedade sejam considerados em suas tomadas de decisão. Portanto, a manifestação devontade dos afetados deve contribuir decisivamente na resolução de conflitos e na formação da opinião, tanto interna, quanto externamente, nas associações. Elas não podem se converter em altar para abusos de poder privado e discriminações, possuindo como justificativa o exercício da autonomia privada. As decisões, no paradigma atual, devem obedecer a procedimentos institucionalizados por meio do nexo interno entre soberania popular e direitos fundamentais, os quais propiciem a efetiva participação dos interessados. Em razão da importância das associações para o Estado Democrático de Direito e para o cidadão, a pretensão de sua exclusão deve observar o devido processo constitucional e, principalmente, um contraditório dinâmico, a fim de que a decisão (manifestação de vontade) seja legítima.



Resumos/*Abstracts*



Moreira, Adilson José. Cidadania Sexual: Postulado Interpretativo da Igualdade

Resumo: Este artigo desenvolve uma sistematização do conceito de cidadania sexual presente na jurisprudência brasileira sobre uniões entre pessoas do mesmo sexo. Este princípio tem sido utilizado por nossos tribunais como um parâmetro substantivo de controle de constitucionalidade, mas nunca recebeu uma formulação adequada. A ausência de uma definição clara desse postulado normativo cuja importância transcende a discussão sobre o acesso a direitos matrimoniais justifica o presente esforço intelectual. Pensamos que ele pode operar como um contraponto à atual mobilização política contrária ao tratamento igualitário de minorias sexuais, movimento que procura reverter as conquistas alcançadas por esses grupos nas últimas décadas. Este trabalho examina a noção de cidadania sexual a partir de desenvolvimentos teóricos na área de direito constitucional e da ciência política, bem como na jurisprudência de tribunais nacionais e estrangeiros sobre direitos de minorias sexuais. Mais do que um simples recurso retórico, o conceito sob análise identifica uma forma de pertencimento bastante relevante nas sociedades contemporâneas, mas cuja significação é obscurecida em função da compreensão da cidadania como um mero status jurídico e político.

Palavras-chave: Cidadania; Sexualidade; Identidade; Igualdade.

Sexual Citizenship: An Interpretive Principle of Equality

Abstract: This article provides an overview of the concept of sexual citizenship present in many Brazilian court decisions about same-sex unions. This principle has been used by our courts as a substantive parameter of judicial review, but has not yet received an adequate formulation. The absence of a clear definition of this normative parameter justifies this intellectual endeavor because its relevance transcends the discussions about access to spousal rights. We think that it can operate as a counterpoint to the current political mobilization around the legal status of sexual minorities, a movement that seeks to reverse important political victories in recent decades. This paper examines the notion of sexual citizenship based on theoretical developments in the fields of constitutional law and political

science as well as in national and international court decisions about sexual minority rights. Although its significance remains concealed because of the understanding of citizenship as a mere legal and political status, this concept identifies a very relevant way of belonging in contemporary societies.

Keywords: Citizenship; Sexuality; Identity; Equality.

Wolkmer, Antonio Carlos; Ferrazzo, Débora. Sistemas Plurais de Direito: desde Práticas Sociais e Insurgências Latino-Americanas

Resumo: Verifica-se na América Latina o reconhecimento crescente da presença do pluralismo, decorrente da grande diversidade de sistemas normativos e culturas autóctones, engendrada especialmente pelos povos originários e pelo ingresso de outros povos e culturas, fomentados no processo de colonização. Tais sistemas coexistem com o direito estatal, trazido das metrópoles pelo colonizador, de modo que tal direito, na história do continente, desenvolveu-se subordinado a interesses da tradição elitista, negligenciando as necessidades de segmentos majoritários e violentando em um nível inclusive ontológico, a diversidade cultural do latino-americana, na busca pela concretização de um projeto universalizante, que conduz a um único paradigma – o eurocêntrico. Entretanto, nas últimas décadas, foram deflagradas dinâmicas sociais transformadoras em todo o continente, em especial na região andina, culminando na edificação legítima e comunitária do poder político e nas mudanças das instituições oficiais, legadas pela cultura jurídico-política colonizadora (tradição europeia), notadamente, a Constituição e o Estado. Assim, adota-se uma opção metodológica e epistemológica pautada na bibliografia crítica, objetivando analisar estes processos e as oportunidades promissoras para um projeto descolonizador, que se impõem como fenômeno de estudo fundamental para as diversas ciências sociais, especialmente para o direito, onde o aporte crítico é tão necessário.

Palavras-chave: Colonização jurídica; Insurgência popular; Processos democráticos; Pluralismo jurídico.

Plural Legal Systems: from Social Practices and Latin American Insurgencies

Abstract: Latin-America is currently experiencing a growing acknowledgment of a wide variety of normative systems and native cultures, especially those generated by indigenous peoples and the entrance of others cultures and peoples, fomented by the colonization process. These systems coexist with State law, brought in the metropolis by the colonizer, so that such a law, in continent's history, has been developed under the interests of an elitist tradition, neglecting the needs of major segments and violating, including in ontological level, the cultural diversity of the continent. This is a consequence of the quest for achieving the goals of a universalizing project, which is based on a single paradigm – the Eurocentric. However, in recent decades, new transformative social dynamics have been triggered across the Latin American continent, especially in the Andean region. These dynamics have culminated in the construction of a legitimate political power based on communitarian values and have promoted changes in the two major official institutions originally bestowed by the legal and colonial political culture (European tradition), namely, the Constitution and the State. Therefore, this study adopts a methodological and epistemological option based on critical bibliography, aiming at to analyze these processes and the promising opportunities for the decolonization project, which imposes a fundamental study to various social sciences, especially to legal science, where the critical apparatus is so necessary.

Keywords: Legal colonization; Popular insurgency; Democratic processes; Legal pluralism.

Maués, Antonio Moreira; Magalhães, Breno Baía. A Recepção dos Tratados de Direitos Humanos pelos Tribunais Nacionais: Sentenças Paradigmáticas de Colômbia, Argentina e Brasil

Resumo: O cumprimento efetivo de tratados internacionais de direitos humanos depende de fatores que não se limitam à sua incorporação ao direito interno. Para que haja uma recepção completa do tratado, os órgãos judiciais devem ser dotados de independência (exercício de suas funções de fiscalização dos demais poderes), os tratados devem possuir efeito di-

reto (qualquer pessoa poderá utilizá-los em tribunais, independente de ação legislativa posterior) e os tribunais devem realizar uma interpretação conforme de suas disposições (compatibilização das normas internas com as internacionais, a fim de garantir o cumprimento de obrigações internacionais). Por meio do método comparado utilizado neste artigo, pode-se concluir que Argentina e Colômbia apresentam um grau maior de recepção da Convenção Americana de Direitos Humanos, não apenas porque a elevaram à categoria de norma constitucional, mas, principalmente, porque atribuem a ela efeito direto e aplicam a interpretação conforme. Apesar de atribuir efeito direto à Convenção Americana, o Supremo Tribunal Federal ainda não desenvolveu jurisprudência acerca da interpretação conforme, criando obstáculos à recepção e cumprimento efetivo do tratado.

Palavras-chave: Tratados internacionais de direitos humanos; Independência judicial; Efeito direto; Interpretação conforme.

The Reception of Human Rights Treaties by Domestic Courts: Paradigmatic Judicial Decisions from Colombia, Argentina and Brazil

Abstract: The effective implementation of international human rights treaties depends on factors that are not limited to its incorporation into domestic law. In order to have a complete reception of the treaty, courts must be provided with independency (exercise of its functions of government monitoring), treaties must have direct effect (anyone can use them in court, regardless of subsequent legislative action) and courts must perform a consistent interpretation of its provisions (internal standards in accordance with international ones, to ensure compliance with international obligations). By the comparative method used in this article, we can conclude that Argentina and Colombia show a greater reception of the American Convention on Human Rights, not only because they elevated it to the rank of constitutional law, but mainly because they give it direct effect and apply consistent interpretation. Although giving direct effect to the American Convention, the Brazilian Supreme Court has not yet developed a jurisprudence on consistent interpretation, creating obstacles to the reception and effective treaty implementation.

Keywords: International Treaties on Human Rights; Judicial Independence; Direct Effect; Consistent Interpretation.

Rudnicki, Dani; Neubüser, Marili Antunes. Direitos Humanos e Superlotação no Presídio Feminino de Porto Alegre

Resumo: Buscamos determinar, neste artigo, como vivem as mulheres obrigadas a cumprir pena restritiva de liberdade ou a trabalhar na Penitenciária Feminina Madre Pelletier. Essa pesquisa qualitativa utilizou, para tanto, metodologia baseada no estudo empírico da realidade prisional; os dados foram obtidos em 2015, com a realização de um grupo focal com cinco apenadas e a aplicação de questionário a 14 agentes penitenciárias, além da coleta de impressões em outras pesquisas dos autores, bem como na experiência de um dos pesquisadores, que trabalha há mais de cinco anos no local. Além disso, utilizamos como fonte, entre outros, registros em livros da instituição e bibliografia pertinente. Concluímos que, com o fim da superlotação, em 2012, a qualidade de vida melhorou para ambos os grupos. Isso porque na época da superlotação carcerária as relações interpessoais entre presas aconteciam com mais violência (provocada por lideranças que impunham regras). Logo, ainda que o sistema prisional continue a violar direitos humanos das presas, hoje mais direitos são respeitados do que quando existia superlotação.

Palavras-chave: Direitos humanos; Criminologia; Prisões; Penitenciária feminina Madre Pelletier; Superlotação.

Human Rights and Overcrowding in a Women's Prison in Porto Alegre

Abstract: We seek to recognize, in this paper, the conditions of the daily lives of women who have received prison sentences and those who work in the Women's Penitentiary Madre Pelletier. Therefore, this research uses a qualitative methodology based on an empirical study of the prison's reality; data were obtained in 2015, with the use of a focus group with five prisoners and questionnaire to 14 prison officers, as well as collection of prints in other studies and the experience of one of the researchers, who has been working there for more than five years. In addition, we use as a source, among others, records in the institution's books and relevant bibliography. We conclude that, with the end of overcrowding in 2012, the quality of life improved in both groups. Before, interpersonal relationships between inmates happened with more violence (caused by leaders who

imposed rules). Thus, even though the prison system continues to violate human rights of the arrested, more rights are respected today than when there was overcrowding.

Keywords: Human rights; Criminology; Prisons; Madre Pelletier Women's Prison; Overcrowding.

Leite, Fábio Carvalho; Brando, Marcelo Santini. Dispersão de Fundamentos no Supremo Tribunal Federal

Resumo: O trabalho analisa, em duas partes, o fenômeno conhecido por dispersão de fundamentos, prática decisória que por vezes marca o Supremo Tribunal Federal (STF) no controle de constitucionalidade. A primeira parte é descritiva e sugere que a dispersão de fundamentos é fenômeno que ocorre pela presença necessária da regra de maioria decisória simples (RMDS) associada à presença contingente do princípio da causa de pedir aberta e da indeterminação relativa do texto constitucional. A segunda parte é normativa e analisa criticamente os problemas resultantes da adoção da RMDS. Partindo-se do tradicional debate sobre a legitimidade do controle de constitucionalidade, porém não se alinhando a um modelo normativo em particular, o trabalho põe em xeque a proximidade do processo decisório do STF com a ideia de “resposta certa”, aborda a dificuldade de se formar jurisprudência capaz de uniformizar o tratamento de casos a respeito de um assunto e questiona a desconsideração da presunção de constitucionalidade nos casos difíceis do direito em que se verifiquem desacordos morais razoáveis. Por fim, a confiabilidade de intuições morais invocadas pelos ministros no processo decisório do STF é questionada a partir das ciências cognitivas e da psicologia moral.

Palavras-chave: Supremo Tribunal Federal; Controle de constitucionalidade; Processo decisório; Dispersão de fundamentos.

Scattered Arguments in Federal Supreme Court

Abstract: The work analyzes, in two parts, a phenomenon known as argument scatter, a decision-making practice that sometimes characterizes judicial review in the Brazilian Supreme Court (STF). The first part is de-

scriptive, and suggests that argument scatter occurs in the necessary presence of a simple majority decision-making rule (SMDMR), associated to the contingent presence of the open cause of action principle and of the relative indeterminacy of constitutional text. The second part is normative, and critically analyzes the problems that arise from the SMDMR. Taking the traditional debate about the legitimacy of judicial review as a starting point, while avoiding commitment to any particular normative model, this work calls into question the proximity of the Supreme Court's decision-making process with the idea of a "right answer", addresses the difficulty of generating clear precedents, and challenges the disregard of the presumption of constitutionality in hard cases in the law where reasonable moral disagreements emerge. Finally, on the basis of research in the cognitive sciences and moral psychology, it challenges the reliability of the moral intuitions Supreme Court Justices invoke in the decision-making process.

Keywords: Brazilian Federal Supreme Court; Judicial review; Decision-making process; Scattered arguments.

Silva, Leda Maria Messias da; Lima, Sarah Somensi. Imigração Haitiana no Brasil: os Motivos da Onda Migratória, as Propostas para a Inclusão dos Imigrantes e a sua Proteção à Dignidade Humana

Resumo: o presente artigo trata das imigrações haitianas que vêm ocorrendo no Brasil desde 2010 e das propostas de inclusão destes imigrantes. Primeiramente, avaliam-se os motivos que levaram a esse crescente fluxo de imigrações, bem como a maneira que chegaram ao país. As imigrações sempre fizeram parte da história do mundo, sendo assim, não é de hoje que esse assunto é relevante para os países. Entretanto, no Brasil, esse tema denota ultimamente ainda mais importância devido a essa onda imigratória. Em seguida, a pesquisa discorre acerca da dignidade destes imigrantes, evidenciando a reflexão e o debate sobre a importância de se garantir a dignidade aos imigrantes haitianos, destacando algumas propostas para a efetivação das garantias. Por fim, o texto apresenta as propostas que estão sendo elaboradas no Brasil para tratar sobre o assunto e outras políticas de inclusão, que poderiam amenizar o problema. Enfim, é muito importante enfatizar que todos têm direitos iguais e, principalmente, todos merecem um tratamento digno.

Palavras-chave: Imigrantes haitianos; Inclusão; Dignidade humana.

Haitian Immigration in Brazil: the Migration Wave Reasons, the Proposals for Inclusion of Immigrants and their Protection for Human Dignity

Abstract: The essay presents a conceptual scheme of the criticism made by Ronald Dworkin to legal conventionalism and its relevance for an accurate description of the law and the correct understanding of the nature of legal disagreement. After defining the concepts of convention, conventionalism and legal conventionalism it shows its connection to a positivist conception of law based on the exclusive social grounds of law. It offers shows how some paradigmatic cases of theoretical disagreements are not adequately explained by a legal theory committed with legal conventionalism. Based on these cases the text offers a general and preliminary conceptual scheme to understand Dworkin's criticism of legal conventionalism. Dworkin's approach is grounded on the analysis of the logical grammar presupposed by theoretical disagreement common in ordinary legal practice. Finally the essay points to the fact that legal conventionalism failed to cope with the Dworkinian challenge since it could not rightly take in consideration the kind of theoretical disagreements that are at stake in pivotal cases of legal practice.

Keywords: Haitian immigrants; Inclusion; Human Dignity.

Rojas, Lucero Ibaja. Políticas Culturales y Derechos Culturales a través de los Diablos de Ocumicho

Resumen: En las comunidades rurales de Michoacán, como en muchos estados de México, y especialmente en las indígenas, el sector artesanal es sumamente relevante; no solamente por ser usualmente la tercera actividad económica más importante sino también por constituir un espacio de creación íntimamente ligado con las estructuras sociales de las comunidades. Si bien el grupo de los artesanos suele tener un lugar propio en las sociedades rurales, su desarrollo y estructura actual ha dependido en gran medida de las influencias de instituciones estatales. Este artículo se enfoca en la comunidad de Ocumicho para explorar la manera en la que el contexto institucional determina las posibilidades y condiciones de ejercicio de derechos culturales. En esta interacción, entre comunidad artesanal e

instituciones, se muestran los efectos de políticas clientelares que logran determinar en gran medida el camino del arte tradicional, su auditorio y el destino de las y los creadores.

Keywords: Derechos culturales; Políticas públicas; Artesanía; Pueblos indígenas.

Políticas Culturais e Direitos Culturais através dos Diabos do Ocumicho

Resumo: Nas comunidades rurais de Michoacan, como em muitos estados do México e, especialmente nos indígenas, o sector artesanal é extremamente importante; não só como a terceira mais importante atividade econômica, mas também para proporcionar um espaço para a criação estreitamente ligado às estruturas sociais das comunidades. Enquanto o grupo de artesãos normalmente tem seu próprio lugar nas sociedades rurais, seu desenvolvimento e estrutura atual tem dependido fortemente sobre as influências das instituições do Estado. Este artigo centra-se na comunidade Ocumicho para explorar formas em que o contexto institucional determina as possibilidades e condições para o exercício dos direitos culturais. Nessa interação, entre comunidade e instituições, os efeitos das políticas clientelistas determinam o caminho da arte tradicional, a sua audiência e o destino dos criadores.

Palavras-chave: Direitos culturais. Políticas públicas. Artes. Povos indígenas.

Santos, Marco Aurelio Moura dos; Barbosa, Marco Antonio. A Análise do Discurso Ideológico do Direito e a Teoria do Agendamento Midiático

Resumo: Aborda-se a formação do discurso ideológico do Direito e a influência do agendamento promovido pela mídia na formação da opinião pública, bem como a apropriação e/ou a influência da mídia na formação do discurso jurídico. Consta-se que as decisões judiciais cada vez mais são divulgadas e comentadas por especialistas nos meios de comunicação, especialmente as mais polêmicas, o que produz reflexividade “causa-efeito” entre os agendamentos noticiados e a consequente influência no ajuiza-

mento de demandas, provocando a indagação se a legitimação do discurso dos profissionais do Direito sustenta-se apenas em fundamentos jurídicos e sociais ou se também sofre influência ideológica dos meios de comunicação. Conclui-se que o discurso jurídico é resultado de inúmeras ideologias, intensamente influenciadas pela opinião pública, que por sua vez também é determinada pelo agendamento promovido pela mídia.

Palavras-chave: Mídia; Opinião pública; Discurso ideológico do direito; Ideologia; Sociedade da informação.

The Analysis of the Ideological Discourse of Law and the Agenda-Setting Theory

Abstract: This paper deals with the formation of the ideological discourse of law and the influence that the agenda setting promoted by the media has in the formation of the public opinion, as well as with the appropriation and/or influence of the media in shaping the legal discourse. It is noted that court decisions are increasingly disclosed and commented by experts through the media, especially the most controversial, which produces a "cause and effect" reflexivity between the reported agenda and the consequent influence on the filing of demands, which causes questioning if the legitimacy of the legal practitioners' speech supports itself only on legal and social grounds or if it is also influenced by the media. It concludes that the legal discourse is the result of many ideologies, heavily influenced by public opinion, which in turn is also determined by the agenda setting promoted by the media.

Keywords: Media; Public opinion; Ideological legal speech; Ideology; Information society.

Boff, Salete Oro; Kaufmann, Patricia Tavares Ferreira. Cloud Computing como Instrumento de Fomento da Democracia

Resumo: O presente artigo tem como finalidade abordar aspectos positivos e negativos da Revolução da Informação no contexto de globalização. Para o enfrentamento desse tema, o trabalho verifica a nova faceta da democracia perante o ambiente cloud computing aliado à "terceira via" como

alternativa de democracia no cenário das novas tecnologias da informação e da comunicação. O estudo é de natureza bibliográfica, baseado na utilização de documentação indireta, que permite dar suporte ao texto e suas possíveis conclusões.

Palavras-chave: Globalização; Cloud computing; Democracia; “A terceira via”.

Cloud Computing as an Instrument for the Promotion of Democracy

Abstract: This paper has the purpose of addressing positive and negative aspects of the Information Revolution in the context of globalization. To deal with this issue, the present paper verifies the new face of democracy in relation to the cloud computing environment combined with “the third way” democracy as an alternative in the scenario of new information technologies and communication. The study is of bibliographic nature and is based on the use of indirect documentation, which makes it possible to support text and its possible conclusions.

Keywords: Globalization; Cloud computing; Democracy; “The third way”.

Normas de Publicação

1. Pré-condições: responsabilidade

Os trabalhos submetidos devem ser inéditos e originais. O conteúdo expresso é de inteira responsabilidade do autor, se furtando a revista de quaisquer responsabilidades. Se sua publicação estiver pendente em outro local, solicita-se avisar ao Comitê Editorial assim que receber a aceitação. Não serão aceitos trabalhos produzidos por pesquisadores que não tenham o título de doutor ou estejam cursando o doutorado. Mestres, mestrandos, graduados e graduandos podem publicar apenas em coautoria com doutores ou doutorandos. Podem ser aceitos mas não serão imediatamente publicados artigos de autores que tenham trabalho publicado em número imediatamente anterior da revista. Nesse caso, o Comitê Editorial entrará em contato com o autor e indagará a respeito do interesse em publicar o artigo na edição subsequente. São aceitos trabalhos em português, inglês, espanhol e francês.

2. Encaminhamento

Os trabalhos a serem submetidos ao Conselho Editorial deverão ser preferencialmente enviados pelo site <http://www.jur.puc-rio.br/revistades/> ou para a Secretaria do Departamento de Direito da PUC-Rio, na Rua Marques de São Vicente 225, Ala Frings – 6º andar – Gávea – Rio de Janeiro – RJ – 22453-900.

3. Preparação dos originais

O artigo deve conter folha de rosto com título; nomes completos dos autores; titulação acadêmica; afiliação institucional contendo o nome por extenso da instituição, cidade, estado e país; endereço de email e endereço físico para correspondência.

3.1. Apresentação

A preparação do texto deve obedecer aos seguintes parâmetros: Word for Windows, fonte Times New Roman, tamanho 12, justificado, espaçamento 1,5 entre linhas no corpo do texto, papel tamanho A4 (21cm x 29,7cm), margens esquerda e superior 3,0 cm, direita e inferior 2,0 cm e extensão total de no mínimo 15 páginas e no máximo 30, não incluídos na contagem elementos pré (folha de rosto) e pós textuais (referências bibliográficas e anexos e/ou apêndices). Imagens inseridas no texto devem estar em resolução mínima de 300dpi.

3.2. Estrutura do trabalho

Para elaboração do artigo, os autores devem obedecer à seguinte sequência:

OBS. Para textos em português, TÍTULO, RESUMO, e PALAVRAS-CHAVE devem vir com tradução em inglês e antes do corpo do texto. Para artigos em outras línguas, os elementos correspondentes devem vir na língua do texto e com subsequente tradução em português

1. Título em caixa alta e em negrito, justificado no alto da primeira página, em espaçamento simples entrelinhas.

2. Nome do autor à direita da página, duas linhas abaixo do título.

3. Texto de, no mínimo, 100 palavras e, no máximo, 200, contendo resumo do artigo, que indique seus objetivos, referencial teórico utilizado, resultados obtidos e conclusão, precedido da palavra RESUMO, em caixa alta, duas linhas abaixo do nome do autor, sem adentramento e em espaçamento simples.

4. Palavras-chave, no mínimo três e no máximo de sete, separadas por vírgula, precedidas do termo PALAVRAS-CHAVE, em caixa alta, mantendo-se o espaçamento simples, duas linhas abaixo do resumo. Para maior facilidade de localização do trabalho em consultas bibliográficas, a Comissão Editorial sugere que as palavras-chave correspondam a conceitos mais gerais da área do trabalho.

5. Na página seguinte, deve-se inserir novamente o título em negrito, justificado e sem caixa alta, bem como o nome dos autores alinhado à margem direita (um autor por linha), duas linhas abaixo do título e com asterisco remetendo a nota de rodapé para apresentação dos metadados do autor (um para cada autor). Esses metadados correspondem às seguintes informações, na ordem: instituição a que o autor está vinculado (nome por extenso e sigla); cidade; estado; país; email; indicação de qualquer financiamento relativo ao trabalho.

O corpo do texto inicia-se na sexta linha abaixo do nome do último autor, em espaçamento de um entrelinhas.

6. Subtítulos correspondentes a cada parte do trabalho, referenciados a critério do autor, devem estar justificados, em negrito, com numeração, com um espaço de um depois do texto que os precede e na linha imediatamente acima do texto que os segue, com espaçamento de um.

7. Citações: Citações, quando não excedem o número de três linhas, deverão ser feitas no corpo do

texto, com o uso de aspas, sem itálico ou negrito. Quando tiverem mais de três linhas, deverão ser destacadas do corpo do texto, com recuo de 2 cm somente na margem esquerda, na mesma fonte (Times New Roman), tamanho 11, espaçamento de um entrelinhas, sem o uso de itálico ou aspas.

As referências em nota de rodapé deverão indicar somente o sobrenome do autor em letras maiúsculas, seguido de vírgula; o ano da publicação, seguido de vírgula; e, quando for o caso, a(s) página(s) onde se encontra(m) a citação. Não serão aceitos artigos com referências bibliográficas inseridas no corpo do texto.

8. Referências bibliográficas: sob o subtítulo REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS alinhado à esquerda, duas linhas abaixo do fim do texto, em negrito e sem adentramento, devem ser mencionadas em ordem alfabética e cronológica, indicando-se as obras de autores citados no corpo do texto, consultadas ou recomendadas, separadas por espaço simples.

As referências bibliográficas no final do texto deverão ser feitas de acordo com a NBR 6023/89. A referência bibliográfica básica deverá conter: sobrenome do autor em letras maiúsculas; vírgula; nome do autor em letras minúsculas; ponto; título da obra em itálico; ponto; número da edição; ponto; local; dois pontos; editora; vírgula; ano da publicação; ponto. Link ou número do DOI; ponto. Note o uso de espaços entre cada elemento.

O DOI (digital object identifier) DEVE ser incluído sempre que disponível nas referências bibliográficas indicadas no texto E no processo de submissão (Passo 3: Inclusão de metadados). O DOI deve ser indicado quer na forma de um link ou contendo apenas o número de referência. Autores devem utilizar a página <http://search.crossref.org> para verificar a existência de DOIs para as referências citadas em seus trabalhos.

Ao citar uma publicação em jornal, capítulo em obra coletiva ou revista, deve o nome jornal, obra coletiva ou revista vir em itálico, logo após o nome do título da obra, que não deve ser italicizado.

Exemplos:

Obra completa: DAVID, René. Os grandes sistemas do direito contemporâneo. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1993.

Parte de obra coletiva (organizada, editada): BODIN DE MORAES, Maria Celina. Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. In: PEIXINHO, Manoel Messias;

GUERRA, Isabella Franco; NASCIMENTO FILHO, Firly. (Org.). Os princípios da Constituição de 1988. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001, pp. 167-190.

Artigo de periódico: SGARBI, Adrian. Textos normativos e alguns problemas de adscrição de sentido. *Direito, Estado e Sociedade*, Rio de Janeiro, n. 26, pp. 6-31, jan./jun. 2005.

CITTADINO, Gisele; DUTRA, Deo Campos. Direito Internacional Privado: o diálogo como instrumento de efetivação dos Direitos Humanos. *Seqüência: estudos jurídicos e políticos*. vol. 33, n. 64, 2012 <http://dx.doi.org/10.5007/2177-7055.2012v33n64p259>

STRUCHINER, Noel; FRIAS, Lincoln. The Cognitive Psychology of the Potentiality Argument. *The American Journal of Bioethics*. Vo. 13, Issue 1, 2013. 10.1080/15265161.2012.747021

4. Política e Diretrizes de Avaliação

Os artigos submetidos à revista *Direito, Estado e Sociedade* são inicialmente avaliados pelo Comitê Editorial nos seguintes quesitos:

- Originalidade e relevância temática;
- Pertinência temática às linhas de pesquisa do Programa de Pós-Graduação da PUC-Rio;
- Adequação às normas de formatação;
- Titulação dos autores (pelo menos um coautor com o título de doutor ou cursando o doutorado);
- Ausência de elementos no texto e no arquivo que permitam a identificação da autoria

Em seguida, os artigos submetidos à avaliação por no mínimo dois pareceristas ad hoc (avaliadores externos), com base nos quais o Comitê Editorial decidirá por aceitar, rejeitar ou solicitar alterações ao texto submetido. No caso de pareceres conflitantes, o Comitê Editorial poderá encaminhar o artigo a um terceiro avaliador externo.

O tempo médio para conclusão de uma avaliação varia de dois a três meses.

As avaliações serão feitas mediante preenchimento do formulário no sistema. Em geral, os critérios de avaliação abordam os seguintes temas:

- Pertinência do título e resumo/abstract;
- Clareza na tese central do artigo;
- Clareza e pertinência na argumentação;
- Pertinência e adequação metodológica;
- Pertinência e adequação do embasamento teórico;
- Relevância temática do artigo;
- Incorrekções de ortografia, pontuação e gramática