



PUC
RIO

Direito, Estado e Sociedade

Jul | Dez 2017
ISSN 1516-6104

51

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

Alexandre da Maia (Universidade Federal de Pernambuco – UFPE, Brasil); André-Jean Arnaud (Centre National de la Recherche Scientifique, França); Antonio Gomes Moreira Maués (Universidade Federal do Pará – UFPR); Cecília Caballero Lois (Universidade Federal do Rio de Janeiro – UFRJ, Brasil); Claudio Michelon (University of Edinburgh, Reino Unido); Costas Douzinas (Birkbeck, University of London, Reino Unido); Eduardo Rabenhorst (Universidade Federal da Paraíba – UFPB, Brasil); Giuseppe Cocco (Universidade Federal do Rio de Janeiro – UFRJ); Joaquim de Arruda Falcão (Fundação Getúlio Vargas – Rio de Janeiro – FGV-Rio, Brasil); José Afonso da Silva (Universidade de São Paulo – USP, Brasil); José Eduardo Faria (Universidade de São Paulo – USP, Brasil); Katya Kozicki (Pontifícia Universidade Católica do Paraná – PUCPR e Universidade Federal do Paraná – UFPR, Brasil); Luiz Moreira Gomes Júnior (Faculdade de Direito de Contagem – FDCON, Brasil); Marcos Faro de Castro (Universidade de Brasília – UnB, Brasil); Marilena Chaui (Universidade de São Paulo – USP, Brasil); Oscar Villhena Vieira (Fundação Getúlio Vargas - São Paulo – FGV-SP, Brasil); Pierangelo Catalano (Universidade de Roma - La Sapienza, Itália); Ronaldo Poletti (Universidade de Brasília – UnB, Brasil); Wil Waluchow (McMaster University, Canadá).

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

Noel Struchiner (Editor-Chefe); Antonio Pele (Editor-Adjunto); Guilherme da Franca Couto Fernandes de Almeida (Editor-Assistente); Mariana Albuquerque (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 e doação.

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 51 Julho-Dezembro 2017

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 | Towards a (radically) decolonial anthropology: revisiting the Iberian school of peace's encounter with (the rights of) Amerindians
Rumo a uma antropologia (radicalmente) decolonial: revisitando o encontro da escola Ibérica da paz com (os direitos d)os Ameríndios
Bethânia Assy e Florian Fabian Hoffmann
- 28 | As origens do igualitarismo
The origins of egalitarianism
Bruno Amaro Lacerda
- 53 | Democracia, eternidade e universalidade à luz do constitucionalismo: o projeto constitucional e o tempo híbrido de François Ost
Democracy, eternity, and universality in the light of constitutionalism: the constitutional project and the hybrid time of François Ost
Emerson Ademir Borges de Oliveira
- 78 | El compromiso ético y político com el derecho a la educación: entre discursos y realidades
The ethical and political commitment to the right to education: between discourses and realities
O compromisso ético e político com o direito à educação: entre discursos e realidades
Isabel Carrillo Flores
- 109 | Tabeliães e registradores nos arranjos institucionais de políticas públicas brasileiras de desjudicialização
Civil-law notaries and public registrars in the institutional arrangements of Brazilian public policy dejudicialization
Irley Carlos Siqueira Quintanilha Nascimento e Marcelo Dias Varela

- 135** | Estrutura de governança, conflito de interesses e desenvolvimento sustentável judicial
Governance structure, conflict of interest, and judicial sustainable development
Magno Federici Gomes e Bráulio Chagas Pighini
- 161** | O papel civilizatório dos direitos humanos: diálogos com Bobbio e Elias
The civilizatory role of human rights: a dialogue with Bobbio and Elias
Marcelo Weishaupt Proni e Thaïssa Rocha Proni
- 195** | O poluidor-pagador: uma nova análise de um princípio clássico
Polluter pays principle: a new analysis of a classical principle
Roberto Muhájir Rahnemay Rabbani
- 225** | Os chamados da população para a polícia: a gestão policial do território em contextos de aproximação entre polícia e população, o caso do Ronda do Quarteirão
The calls for service made to the police: the police management of territory in contexts of approximation between police and population, the case of "Ronda do Quarteirão"
Wendell de Freitas Barbosa
- 253** | **Notícias e informações/News and information**
Resumos das dissertações e teses defendidas no 2º semestre de 2017 no âmbito dos Programas de Pós-Graduação (Mestrado e Doutorado) em Teoria do Estado e Direito Constitucional do Departamento de Direito da PUC-Rio.
- 263** | **Resumos/Abstracts**

Carta do editor

É com grande satisfação que o Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro vem apresentar o número 51 da Revista Direito, Estado e Sociedade, referente ao segundo semestre de 2017. Neste volume contamos com artigos contendo pesquisas de vasta gama temática, sendo todas vinculadas às áreas de concentração do Programa. Esperamos que a leitura dos artigos publicados nesta edição seja de grande valia à comunidade acadêmica e jurídica, propiciando novos debates e discussões. Não podemos deixar de aproveitar a oportunidade para agradecer aos autores, pareceristas e leitores da *Revista de Direito, Estado e Sociedade*, que permitem que a cada número sejam publicadas novas e instigantes pesquisas. Agradecemos também à CAPES, que destinou recursos à editoração da presente edição através do edital nº 13/2016 (Processo: 88881.142079/2017-01). Lembramos que estamos sempre abertos ao envio de novos artigos, que devem ser submetidos por meio do nosso sistema editorial online em plataforma Open Journal System, diretamente na página da Revista (<http://www.jur.puc-rio.br/revistades/>).

O artigo de Bethânia Assy e Florian Hoffman, que abre este número, enfrenta a problemática envolvendo o papel da utilização da linguagem pela Escola de Salamanca no âmbito do desenvolvimento do direito internacional europeu. Para tanto, explora o encontro entre os europeus e os ameríndios no século XVI a partir de uma perspectiva decolonial. Argumenta-se que o encontro entre europeus e ameríndios era, intelectualmente, muito menos unilateral do que a recepção europeia histórica veio a reconhecer. Ao final, defende-se que o conceito de “direitos humanos”

está marcado por uma forte abertura e indeterminação semântica, o que permite ampla margem de significação, garantindo sua utilização desde o século XVI até o século XX.

A seguir, Bruno Amaro Lacerda propõe ponderações sobre as origens históricas do igualitarismo e sobre as significações que lhe foram conferidas no curso da Revolução Francesa. Opondo-o às definições lockeanas de igualdade de direitos, regressa aos primórdios da noção durante o século XVIII, sobretudo a partir da obra de Rousseau, para reiterar a importância da desigualdade econômica na formulação de tal conceito. Por fim, analisando a trajetória política e as propostas de Robespierre, Babeuf e Thomas Paine, o autor aponta como mesmo projetos não realizados quanto ao igualitarismo influenciaram de sobremaneira as teorias de justiça social do século vindouro.

O professor Emerson Ademir Borges de Oliveira, por sua vez, discute a relação entre o tempo e a forma estanque da constituição à luz da obra de François Ost. Levando em consideração o problema intergeracional e considerações a respeito da teoria democrática, o autor lança luz sobre problemas da jurisdição constitucional brasileira contemporânea.

O artigo de Isabel Carrillo investiga o significado e a efetivação do direito à educação diante de uma conjuntura de crise econômica. Explorando a distância entre a defesa discursiva do direito à educação e práticas que negam tal direito ou, quando o afirmam, o mercantilizam, a autora aponta tanto avanços quanto paradoxos desta efetivação. Para tal, parte de uma revisão de quatro estudos promovidos pela UNESCO sobre a educação na segunda metade do século XX. Conquanto indique os problemas e vulnerabilidades destes projetos, de sobremaneira no caso brasileiro, conclui com a reafirmação do direito à educação como desafio desejável e possível.

Irley Carlos Siqueira Quintanilha Nascimento e Marcelo Dias Varela oferecem um argumento a favor da utilização dos cartórios na desjudicialização, processo consistente na transferência de certas atividades do poder judiciário para outras instituições. Os autores se valem de evidências empíricas, legislativas e conceituais para afirmar que houve um relevante ganho em eficiência nas atividades transferidas a cartórios. Por conta disso, os autores sugerem que essa política deve ser intensificada.

O conflito de interesses – e as normas para evitá-lo ou solucioná-lo – é o ponto de partida da análise de Magno Gomes e Bráulio Pighini. Contrastando o paradigma das regras de governança corporativa com sua efetivação na solução dos conflitos, os autores propõem uma leitura do modelo político

brasileiro como despreparado para solução destes conflitos. Esta constatação leva a ponderações sobre a própria organização deste modelo, tanto quanto aos prejuízos à separação dos poderes quanto à sustentabilidade judicial.

Marcelo Proni e Thaíssa Proni, por sua vez, debatem o papel civilizatório dos direitos humanos a partir da perspectiva de Norberto Bobbio e Norbert Elias. Através da contraposição das ideias dos pensadores mencionados, os autores argumentam que o poder coercitivo da lei só é plenamente efetivo na regulação da conduta dos indivíduos quando reforçado por regras morais compartilhadas e uma cultura da tolerância. Finalizam destacando alguns desafios que a efetivação dos direitos humanos encontra no Brasil contemporâneo.

Ganha discussão, no artigo de Roberto Rabbani, a relevância e a aplicação do princípio do poluidor-pagador na atualidade. O princípio é analisado a partir das teorias econômicas, que tiveram um papel fundamental no seu desenvolvimento até os dias atuais – em que é considerado uma diretriz universal do direito ambiental. O tema se desenvolve por meio de um estudo comparado entre a aplicação do princípio no Brasil e na Espanha. Argumenta-se que uma releitura do princípio do poluidor-pagador se mostra necessária quando se reconhece os avanços político-sociais em matéria de proteção ambiental.

Wendell de Freitas Barbosa reporta pesquisa empírica qualitativa realizada entre os anos de 2010 e 2012 com policiais do programa "Ronda do Quarteirão", na cidade de Juazeiro do Norte, no Ceará. A pesquisa participativa serve como dado empírico para descrever uma implementação específica da polícia de proximidade e serve como ponto de partida para que o autor analise a sobreposição da dimensão simbólica à dimensão física, com a estigmatização de determinados territórios da cidade pela atividade policial.

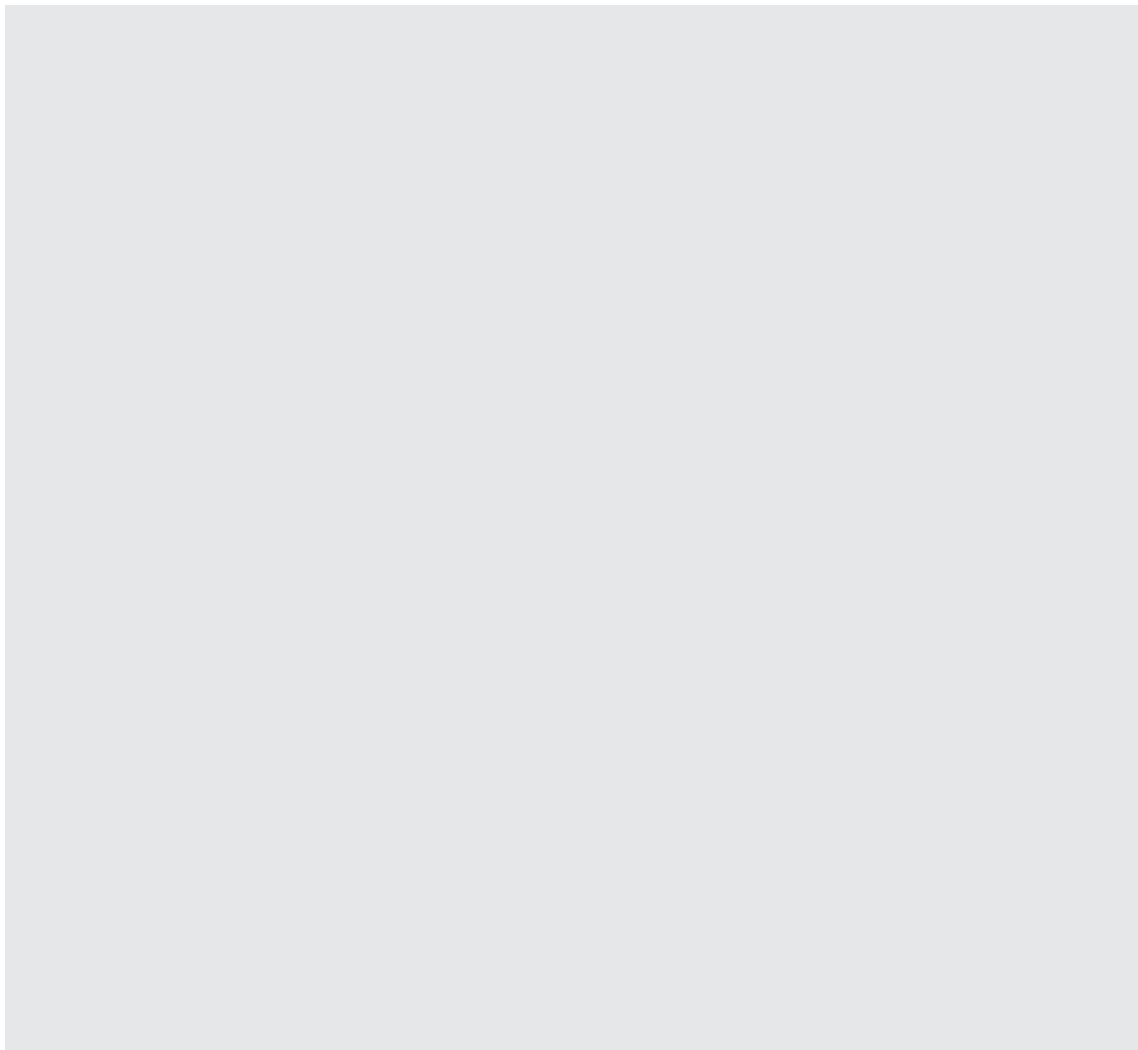
Por fim, na última seção da Revista, apresentamos os Resumos das Dissertações e Teses defendidas no segundo semestre de 2017 no âmbito do Programa de Pós-Graduação em Teoria do Estado e Direito Constitucional.

Desejamos a todos uma excelente leitura.

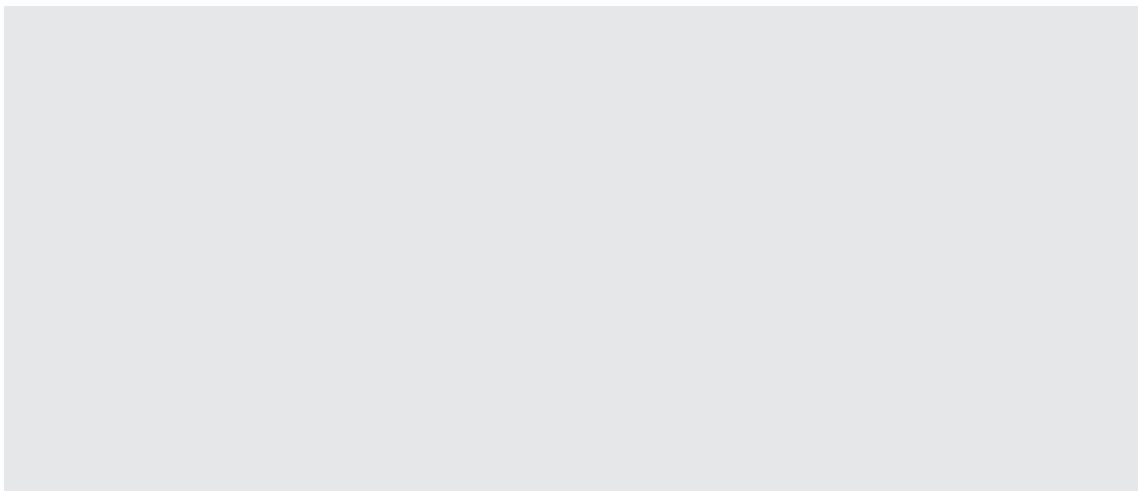
Noel Struchiner
Editor-Chefe

Antonio Pele
Editor-Adjunto





Artigos



Towards a (radically) decolonial anthropology: revisiting the Iberian school of peace's encounter with (the rights of) Amerindians

*Rumo a uma antropologia (radicalmente) decolonial:
revisitando o encontro da escola ibérica da paz com (os
direitos d)os ameríndios*

Bethânia de Albuquerque Assy*

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

Florian Fabian Hoffmann**

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

1. The decolonial turn in human rights

One of the sites of contestation of the current decolonial turn in the human and social sciences is the concept of human rights. Building, in part, on the earlier “cultural relativism” debates that brought together an epistemological critique, from within the global North, of the universalism (purportedly) inherent in human rights, and a political critique, from the global South, of their (alleged) attachment to hegemonic projects¹, the decolonial literature has sought to uncover what Walter Mignolo has termed the “logic of coloniality” that pervades the discourse of (Western) modernity, including human rights². However, the decolonial perspective goes beyond these earlier critiques in that it seeks, again in the words of Mignolo, to “shift the geography of knowledge and recast critical theory within the frame of a geo- and bio-politics of knowledge [with] the first step in the grammar of

* Professor of Law in PUC-Rio and UERJ's Law Department. E-mail: bethania.assy@gmail.com.

** Professor of Law in PUC-Rio's Law Department. E-mail: f-hoffmann@puc-rio.br.

1 See, for instance, EVANS, 1998; CAMPBELL, 2001; and HOFFMANN, 2012, pp. 81-96.

2 See MIGNOLO, 2007.

decolonization [...consisting of] learning to unlearn”³. Such unlearning calls both for a historical deconstruction of the modern narratives deriving from the concrete colonial past -and, hence, for a methodological “turn to history”-, as well as for the explicitation of the ever-present yet ever suppressed radical alterity against which modern human rights have been constructed -and which implies a parallel “turn to language”. The objective is both to expose what Makau Mutua has called, in relation to international (human rights) law, “[its uses] as a medium for the creation and perpetuation of a racialised/genderized hierarchy of [...] norms and institutions that sub-ordinate non-Europeans and Europeans alike”⁴, as well as to reverse the colonial epistemicide by which, as Ramon Grosfoguel puts it, the South has been reduced first to a place without culture, then to a place without history, then to a place without development, and, finally to a place without democracy⁵. The latter, in particular, implies the need for a turn to a new anthropology in which the (colonial) experience of the global South is resurrected from its connotation as merely “parochial wisdom [...] antiquarian traditions [...] exotic ways and means [and] above all [...] unprocessed data [...] not] sources of refined knowledge [...]but] reservoirs of raw fact”⁶. Instead, a new perspective sees that experience as the key to, as the Comaroffs put it, a “privileged insight into the workings of the world at large”⁷. It is from here, they add, “that our empirical grasp of [this world’s] lineaments, and our theory-work in accounting for them, ought to be coming...”⁸.

The point of a decolonial anthropology is, therefore, not to simply invert the modern (colonial) account of subjectivity by outlining its radical opposite, but to understand it from and through its encounter with the radical alterity inscribed in the colonial experience. Indeed, instead of focussing (only) on the unfolding of the “logic of coloniality” within a universalist Eurocentric modernity in which, epistemically, all otherness has already been absorbed and subjected, a decolonial perspective seeks to recover

3 MIGNOLO, 2007, p. 485.

4 MUTUA, 2000.

5 GROSGOUEL, 2011.

6 COMAROFF; COMAROFF, 2012. This is an agenda articulated in various strands of ‘southern theory’ such as in CONNELL, 2007; SOUSA SANTOS, 2014; or BHAMBRA, 2014.

7 COMAROFF; COMAROFF, 2012, p. 81.

8 COMAROFF; COMAROFF, 2012, p. 81.

the role which the irreducible and, in that sense, *a-colonial* alterity of non-European peoples at the moment of contact has played for the constitution of that very modernity. For, as shall be illustrated in the following, this radical alterity remains inscribed in some of the core concepts that form the vocabulary by which 'we' moderns behold our world.

The formation of international law as of the (European) sixteenth century and the resort to the language of (human) rights as an epistemic base for relations with (radical) others (such as the Amerindian populations of what would become the Americas) -rather than merely as a way of epistemically subjugating these others, as conventional critical histories of human rights tend to argue⁹- are a prime case in point to illustrate this new perspective. For it is on account of this contact that the concept of (natural) rights begins to be articulated as a transnational one by counterreformation scholastics in and around the Iberian School of Peace as a central topos in the emerging doctrine of a universal(ized) *ius gentium*. It was the experience of radical alterity and the challenge it posed to a European narrative already in flux on account of endogenous developments such as the reformation that provoked this intellectual move. For the formula that human rights necessarily derived from the concept of an international society constituted by law is not only a response to these endogenous developments, but also, and perhaps more importantly, as an attempt to grapple with Amerindian civilizations that appeared, to contemporary Europeans, at once highly sophisticated and entirely alien.

That the Iberian School¹⁰ should have resorted to the language of human rights to confront this deep epistemic challenge is, arguably, owed to their particular power of signification in moments of intellectual crisis, that is, transitionary moments in which established vocabularies are challenged by radically new experiences and cognitive horizons, such as those of post-colonial international relations. It is at such *kairoi*, that is, moments in between time, that the language of human rights has often been resorted to as a means to (re-)signify what cannot actually (yet) be signified. The

9 See, for instance, BARRETO, 2013.

10 As nomenclature varies across different regions in the Americas, the common (anthropological) denomination *Amerindian* shall be used here; and in relation to the School of Salamanca, we shall, despite the significant differences between the authors commonly counted as belonging to the School, refer to them collectively as the 'Iberians' on the basis of the assumption that there is a broad core of shared ideas that unite all of its exponents; see, inter alia, KOSKENNIEMI, 2009; KOSKENNIEMI, 2014.

Iberians' response to this crisis has, of course, become one of the most referenced moments in decolonial historiography for the role it played in the formation of international law, not least because of its re-appropriation of the language of natural rights as a means to articulate the relationship between human beings and the incipient state system. Its historiography has been highly contested, with a conventional position seeing the use of natural rights as mitigating the colonizing universality of the incipient *ius gentium*, and a revisionist position that views these same natural rights as instruments of colonial domination¹¹. Yet, this debate has mostly focussed on the impact of Iberian thought on the European history of ideas and it has tended to leave the latter's significance as a response to the experience of radical alterity vis-à-vis the Amerindian encounter underexplored. While this focus on European reception history remains crucial for understanding the deep coloniality of the international legal project, it is bound to underestimate the extent to which the Iberians' resort to rights language was *also* their particular way of coming to grips with the experience of radical alterity -in the form of Amerindia- from within their existing (scholastic) framework of reference. If seen in this light, certain aspects of Iberian natural rights theory come to the fore that highlight the power of (re-)signification that the language of human rights has had at this foundational moment.

2. Encountering the other through rights: the Iberian school of peace in Amerindia

Giuliano Gliozzi has argued in a seminal piece on the birth of anthropology as colonial ideology that sixteenth century conquest literature has tended to be simplified to a reading in which the West constructs itself and its others through stylized colonial binaries, such as good versus bad savage, civility versus barbarism, rationality versus bestiality¹². Sixteenth century conquest studies would, thus, be a case in point for the (Western) conflation of philosophy, history and anthropology, for the modern history of ideas is necessarily traversed by the historicity of the American conquest. For one of the principal aspects that characterize this period is the series of contradictions and theoretical divisions that emerge in and

11 For the first position, see ZAPATERO, 2009; and CAVALLAR, 2008.

12 See, GLIOZZI, 2000; see also TODOROV, 1999.

through the historical encounter of European metaphysics with its Amerindian other. One of this encounter's effects has been the triggering of a deep engagement with the question of how radical alterity can be dealt with from within a pre-existing cognitive framework. As shall be seen, this engagement partly crosscuts the contemporary interpretative portfolio which only allows for either straightforward (Kantian or Hegelian) universalism or for (pluricultural) relativism. What, instead, marks out the Iberian literature is a deep ambivalence flowing from the quest to render their experience of radical alterity consistent with their scholastic mindset while preserving the latter's original premise of (European) epistemic supremacy and its corollaries for the formation of international law¹³. The outcome, paradoxical as it is, can nonetheless be seen as one of the first genuine comparative ethnographic operations in early modernity¹⁴. The deep otherness of Amerindian populations and the concomitant need to engage with a radically diverse symbolic universe posed an enormous intellectual challenge to those attempting to translate indigenous categories into the scholastic rationality of contemporary Catholic Christianity¹⁵. And natural rights were one of the lines of attack the Iberians pursued in order to refute the pretense of conquest sovereignty and to deny its legitimacy. For in their struggle to square the static Aristotelian category of humanity with the historical facticity of cultural difference they observed in Amerindia, the Iberians resorted to the earlier concepts of *ius naturale* and *ius gentium* and referenced these to the long-standing discussion on the rationality of nature and of the soul¹⁶.

By contrast with secular dissident treatments of the question, such as Michel de Montaigne's *Des Cannibales*, this move locks the School clearly into a universalist-Eurocentric mindset¹⁷. However, seen in historical context, there is more to the Iberian position than merely epistemic imperialism. For not only was the secular language of Montaigne simply not available to them, but their objective was different, notably to make sense of the Amerindian universe from within the Catholic missionary setting that formed

13 See FITZPATRICK, 2014; GARCIA-SALMONES; ESLAVA, 2010.

14 GLIOZZI, supra note 12.

15 See: TOSI, 2014.

16 See PAGDEN, 1982.

17 See MONTAIGNE, 2004.

the horizon of their practical experience¹⁸. They, thus, re-appropriated the Roman law categories of *ius naturale*, *ius gentium*, and *ius civile* and grafted them onto the scholastic dichotomy between divine law and human law¹⁹. On one side was divine law, that is, the reason that was deemed to govern the whole universe and that (only) existed in the divine mind. It was, in turn, divided into natural divine law and positive divine law. The former connoted the participation of all humans in the divine law by virtue of the social and rational capacity to spontaneously comprehend common principles. The latter consisted of human law, which, even though derived from natural law, was created by humans and reflected the singularity of each community. It was, in turn, sub-divided into a *ius gentium* and a *ius civile*, with the former also deemed to derive from natural law and concerning the laws governing the peaceful coexistence of sociable subjects, and the latter incorporating the precepts of civil law. With the *ius gentium*, thus, set between divine natural law and human positive law it became a conceptual staging ground for the encounter between nature and culture in and through contact with Amerindia²⁰.

To understand the specific take the Iberians had on natural law and the *ius gentium*, an originally patristic distinction, later taken up by Thomas Aquinas, between paganism and Christianity has to be considered²¹. It presumed the pre-existence of two epochs in world history: an age of innocence (the golden age before the Fall), which the Iberians identified with the Amerindian universe and which was deemed to be governed by natural law; and an age of sin (the iron age after the Fall) governed by the law of nations (*ius gentium*). This distinction implied, of course, that the law of Amerindian populations had to be considered as originary, received prior to the law of nations, and, thus, necessarily a form of (Amerindian) *ius naturale*. As Sílvia Loureiro has shown, several conclusions derived from this premise became important conceptual tools for dealing with the Amerindian “problem”²². Firstly, the original sovereigns of the people of the New World were legitimate – they had both ownership of the land and authority of its

18 For early accounts of this see, for instance, CARLYLE, 1903; GIERKE, 1999; and TUCK, 1999.

19 See, inter alia, TUORI, 2012; and LESAFFER, 2004.

20 See: TRELLES, 1933.

21 See GLIOZZI, 2000; and LOUREIRO, 2013; see also CALAFATE; LOUREIRO, 2013.

22 See LOUREIRO, 2013, at p. 17.

people (*dominium jurisdictionis vel auctoritatis*); secondly, the enslavement of gentile peoples was incompatible with the contemporary legitimation of slavery, as it was forbidden to subject previously free and peaceful people without just cause and without any (purported) benefit to those enslaved²³. Thirdly, based on Thomas Aquinas, the doctrine of property ensured that in the state of nature all things were deemed to have been common and the possession of property (*dominium proprietatis*) was a natural right.²⁴ Hence, for the Iberians, both Amerindian *dominium jurisdictionis vel auctoritatis* and *dominium proprietatis* were rooted in natural law and natural right(s). As such, the correlation between *ius gentium* and *ius naturale* was more ambiguous than is commonly assumed and it led to a more complex and paradoxical conception of the relationship between nature and culture, for the postulate of the existence of an Amerindian *ius gentium* required the assumption that the *ius naturale* was mediated by the *ius gentium*, that is, by the natural common sense of each people and of each culture. On the basis of this construct it then became possible to see Amerindian title as an original right and, thus, as prior to the law of nations – a notion that amounts to a sort of Amerindian jusnaturalism²⁵.

One aspect of this rather peculiar conception of natural law has generated significant discussion, notably the implications it has for the idea of the innate rationality of the soul, which was, of course, a key component of the debate about the conception of humanity. Hence, in his seminal Sermon on the Fourth Sunday of Advent of 1511, Antonio de Montesinos, referring to Amerindians, asked whether they “are not men and do they not have rational souls? Are you not obliged to love them as yourselves?”²⁶. There were, of course, three possible answers to these questions: either the Amerindians were deemed to be endowed with rational souls and, therefore, as fully capable of enjoying rights; or, although human, they were deemed *amentes* (literally ‘de-mented’) and, thus, incapable of self-government; or they were deemed the equivalent brute animals devoid of reason and humanity. Thus, Mateus Nogueira, in answer to Gonçalo Álvares’s

23 The Iberians did not, notoriously, apply this logic to the enslavement of Africans, which puts the present reflection in perspective and impels a comparative approach which, however, goes beyond the confines of this text; see generally MIGNOLO, 2000; and BOHRER, 2017.

24 CALAFATE, 2012.

25 For this notion, see VELASCO GÓMEZ, 2007, pp. 67-77.

26 Cited in CALAFATE, 2015; see also CALAFATE, 2014.

query –“do those ‘barbarians’ have a soul like us?”, notoriously stated that “this is clear, for the soul has three powers, namely understanding, memory, and will, which we all have”²⁷. Likewise, Francisco de Vitória, in the first part of his *Relectio de Indis*, responded that in relation to their evident social organization, Amerindians had to be deemed to have reason because they were capable of properly ordering their lives, including the maintenance of social and affective relations, material exchanges, and religion²⁸. He, thereby, effectively disassociated indigenous ontology from the sliding scale that the presumption of their semi-rationality had established and, instead, assigned to it a historical space in which Amerindians had the same rights of intellectual change as any other human subject.²⁹ Hence, by framing intellectual capacity as linear and evolutionary, he simultaneously affirmed the irreducible culturality of Amerindians and established a civilizational progress scale on which Europeans remained superior. Likewise, Vitoria at once affirmed the superiority of the colonizers yet argued that this did not justify either the conquest of Amerindian lands or the enslavement of its population.

This ambivalence also extended to the Iberians’ conception of reason itself, for while it remained their ultimate measure for humanity, the experience of the radical alterity of Amerindia forced them to historicize and pluralize that conception in a significant departure from the abstract transcendental category that would dominate the European history of ideas; instead, reason is deemed to be evidenced by the capacity to organize all spheres of life and, as such, denotes the subject’s participation in eternal law. The crucial point is that even though universal human nature is not conceived as cultural but as deriving from *ratio*, that *ratio* is itself sculpted by culture. Thus, reason is cultural – in the Amerindian case a culture marked by, from the Iberians’ perspective, pure otherness. In addition, this culturalist (re-)reading of reason has, of course, implications for the way the human rights of Amerindians are theorized. For the attribution of rights to Amerindian populations, including in relation to their (own) political and social organization, derives from the fact that they inhabited the new world before the arrival of the *ius gentium*. For that reason, Amerindian original rights must necessarily be grounded in natural law, which,

27 CALAFATE, 2015; CALAFATE, 2014.

28 VITORIA, 1967; see also ANAYA, 2004, p.16.

29 PAGDEN, 1982, p. 99.

in turn, means both that natural law is capable of accommodating cultural diversity, and that the subsequent *ius gentium*, as a derivative of natural law, must also be premised on this diversity.

Pedro Calafate, amongst others, has drawn attention to this entanglement of universal principles with a conception of radical plurality. It represents, to him, the essence of a baroque form of thinking that is symbolized by the labyrinth which transgresses, compromises and dispenses with abstract rationality.³⁰ Indeed, the discussion around natural law did not take place around a set of purely speculative and abstract principles, but instead focused on a realist conception of natural rights founded on the consonance with 'reason' but on the backdrop of a radical openness to historical otherness³¹. Hence, the very complexity of the Iberian argument on natural rights is due to their attempt to situate it within historical time as opposed to within a (mere) abstract universality. As such, the *ius gentium* becomes effectively the historical expression of natural law, with the latter's conception of rationality being tied to the concreteness of the Amerindian experience. That experience, then, opened up, within the shell of late scholastic universalist realism, the space to think its opposite, notably a realist universalism based on the factual plurality of the human and justified not by abstract principle but by cultural particularity.

The Iberians' conception of natural law can, then, be read to amount, to use Ambrosio Gomez' expression, to a *multicultural jusnaturalism*, and it is this that demarcates, to them, the real challenge of thinking humanism³². However, and importantly, this pluralist *jusnaturalism* is not meant as a recognition of a cultural relativism that is inscribed, a posteriori, into the *ius gentium*. Rather, it expresses a shared access to the universal, which ties together the *ius naturale* and the *ius gentium*. At the heart of this reading lies the contention that the universalization of *ius naturale* on account of reason can only be thought historically and empirically, notably through the concreteness of the factual experiences of the other, which, in the case of the Iberians, came in form of the Amerindian world. If Vitoria recognized this only tentatively and reluctantly, Bartolomeu de La Casas went all the way when he directly engaged with what at the time was considered to be a primary

30 CALAFATE, 2015; CALAFATE, 2014.

31 VELASCO GÓMEZ, 2007, pp. 67-77.

32 VELASCO GÓMEZ, 2007, pp. 67-77.

sign of the radical otherness of Amerindians, namely cannibalism. In fact, not only did he mount a culturalist defense of the practice, but he sought to invert its connotation, showing it to be culturally superior to the Spanish conquistadors and thereby rendering the latter as the true barbarians³³.

As Enrique Dussel has recently argued, with this move, Las Casas, the intricacies of whose position have largely been ignored in the subsequent (European) history of ideas, makes a highly innovative contribution to at least two of the core themes of his times, namely how to deal with radical otherness and whether that otherness could, by right, be conquered³⁴. Unlike some of the more influential Iberians such as Vitoria, Las Casas was immersed in the Amerindian world and felt compelled to think about the epistemological consequences of the encounter with radical alterity from within this context, even if still in an essentially European mental frame. It, thus, represents one of the first attempts to articulate a universal demand for truth compatible with the dissent of (an)other, that is, with the material negativity of that other. For to Las Casas, Amerindians had a right to such dissent including a defense of that right through armed force. To Dussel, Las Casas had thereby brought to the fore several relevant challenges early modern philosophy has systematically ignored and neglected, notably that all human beings have reason, that that reason, however, is, by nature, plural and makes sense of the world in different ways, that this also implies the plurality of truth claims made on account of reason, and that, therefore, a relation of equivalence exists that enables the recognition of difference and dissent, and that, lastly, either side, including the Amerindian side, is, by right, free to accept or reject the propositions of the other.

Although most subsequent Aristotelian re-readings of the Second Scholastic literature have centered on either the well-known defense of natural bondage by Sepulveda or on the Iberian defense of rationality as a (mere) prerequisite for conversion, the new figure of the natural-cultural Amerindian that emerged from this debate brought out a series of contradictions in either argument.³⁵ In this vein, Anthony Pagden has argued that the Iberians, in order to avoid both Montaignean relativism and Sepulveda's denial of the humanity of Amerindians, ended up concocting a new doctrine

33 See TOSI, 2014; and SKINNER, 2004, p. 170; and LAS CASAS, 1988.

34 DUSSEL, 2002.

35 For the former debates, see classically HANKE, 1994.

on the universality of natural law³⁶. Indeed, one might even venture to go a step further and read the Iberians' pluricultural jusnaturalism in light of what Eduardo Viveiros de Castro has termed Amerindian "multinaturalism", that is, the inversion of the (Eurocentric) presumption of the plurality of culture and the universality of nature to one where culture is universal but nature(s) are plural³⁷.

From this perspectivist viewpoint, the Iberian attempt to pluralize the *ius naturale* in order to ground Amerindian *ius gentium* might amount to a (tentative) recognition of radically different Amerindian cosmologies which, in turn, implies a recognition of the plurality of reason -derivative, as it is for the Iberians, from nature - within a multinaturalist conception of natural law. This, to modern (Eurocentric) eyes, paradoxical effort to decode and defend indigenous culture without giving up the notion of natural law has a bearing on the deadlocked contemporary dispute between abstract universalism and pure cultural relativism. Seen from this perspective and despite their irreducible entanglement with colonial violence, the Iberians can be read as developing a new multinaturalistic vocabulary that does not only challenge the particular rationality of (European) modernity, but also incorporates an archaic perspectivism based on the historically contingent experience of Amerindia which, in turn, opens up a new comparative ethnography of the relationship between reason and nature³⁸.

3. Putting human rights in (decolonial) perspective: towards a radical anthropology

This Iberian 'solution' of a historically concretized pluricultural jusnaturalism is neither entirely coherent nor free from Eurocentrism, but its counterfactual genesis through a combination of late scholastic universalist realism and Amerindian multinaturalism shows that the Amerindian encounter

36 See LAS CASAS, 1988: "As Montaigne pointed out, the fact that some people turned their back as a sign of greeting and ate their parents as an act of devotion was surely sufficient to disturb any faith one might have in universally binding laws. But if the natural law was not, as most of those discussed in this book insisted it was, supra-cultural, what safeguard could there be against truly unnatural behavior –cannibalism, for instance, or human sacrifice? [...] there might, of course, exist a wide variety of local customs (the *ius gentium* or law of nations was a record of such customs); but they had all to conform to a body of meta-laws, the law of nature, the *ius naturae* itself".

37 See VIVEIROS DE CASTRO, 2011.

38 See VIVEIROS DE CASTRO, 2014; for a broader reflection of some of the repercussions of this logic on the conception of subjectivity, see ASSY, 2014; and ASSY, 2015, pp. 14-25.

was intellectually much less one-sided than its European reception history would acknowledge. Yet, this acknowledgement requires not only a (subtle) shift towards an ethnographic perspective but also a (radically) anthropological reconstruction of the historiography of human rights (law).

This optic must, however, itself resist essentialization, not least by refraining from simply inverting the progress narrative that has informed the “mainstream” narrative. If, as post/decolonial theorist Amy Allen has argued, “forward-looking progress with respect to the decolonization of the normative foundations of critical theory can take place only if we abandon the backward-looking story that positions European modernity as the outcome of a historical learning process”³⁹, then, likewise, the assimilation of non-European forms into a post-Eurocentric Eurocentrism is not the way ahead either. Instead, a fundamental openness to alterity, hybridity, and contingency as the structural determinants of “human rights in practice” is called for. Connected to this is the proposition that the insights of critical comparative law impel a new ethics of knowledge production, one based on a continuous second-order contextualization of the terms and objects of inquiry with a view to conversing with, rather than rendering, translating, or normalizing incommensurate others. Allen has framed this ethics as one in which one’s “first-order normative commitments require – in a further reflexive turn – a metanormative or second-order reflexivity about the status of [one’s] own normative horizon”⁴⁰.

In this vein, the colonization experience can be (re-)framed as being about the encounter with something outside of the established epistemic horizon, something genuinely “other”, which challenges the integrity of these horizons and which, therefore, provokes a response. This established horizon is, of course, the European mode of governmentality, a mode inherently premised on colonialism as a form not just of control over people and territory, but also and primarily of epistemic domination. It involves a particular rationality that constitutes the specific techniques of power that the ordering of people and space in what would become the Westphalian world requires, a rationality that would come to be epitomized in sovereign statehood and that is articulated by what would eventually be called

39 ALLEN, 2016.

40 ALLEN, 2016, p. 218.

international law⁴¹. The latter is much more than a set of rules devised by states to regulate relations amongst each other with a view to control access to sovereignty as the key to their hegemony. It is, in the Foucauldian sense, a discourse, that is, a specific configuration of power/knowledge that constitutes an epistemic horizon, a mental map by which people know and act in the world⁴². This map of uniform states and nationalities divided by clear-cut borders did not, of course, emerge as a representation of the world “out there” which always consisted of many and much more than the forms on the map. It was always merely a simulacrum of the world, superimposed over its raw plurality to produce a stratified order privileging those purporting to be at its top. Over time - notably in the period during which the parochial and contingent European map was forcibly imposed on everyone and everything across the globe - it merged with truth itself and became one of the mythological foundations of the modern world.

However, as with all hegemonic forms, this never went entirely unchallenged; in fact, the evolution of international law and (thus) of international human rights was driven by the sequential crises generated by the encounter with its other(s), those outside or underneath the map whose existence threatened the integrity of the myth⁴³. The latter could only be (re-)generated in light of these crises by a paradoxical mixture of absorption and rejection of the outside. Hence, international law - or rather the historical articulators of international law - would at once draw in the outside through the universalization of the inside and reaffirm the inside through a particularistic differentiation against the outside. The other is, hence, transcribed into the language and categories of the inside, yet it simultaneously serves as the indicator for an exterior that is framed as the inside's opposite. It is, arguably, this paradoxical move that characterises the specific imperialism of international law and, indeed, of modernity itself, a continuous oscillation between inclusion and exclusion, recognition and rejection, universalization and particularization.

This ambivalence and in-betweenness has come to be embodied in certain (legal) concepts such as human rights, for they at once express an abstraction from individual humans in the name of a (Eurocentrically

41 See HOFFMANN, forthcoming.

42 See, inter alia, LEMKE, 2002; RAJKOVIC; GOLDER, 2008.

43 See ORFORD, 2006.

defined) humanity and a recognition of individual dignity on account of that humanity. The Iberian resort to human rights in their effort to recognize Amerindians as (other) humans while at the same time allowing for the incorporation of their world into the European map is a case in point. For human rights are here rendered polyvalent by the application of their universalist logic to a scenario outside of it, the result being both contradictory and coherent, hegemonizing and self-relativizing. Hence, while Iberian thought is clearly woven into the colonialist fabric of what would become international law, it cannot be reduced to it, in the same vein as the idea of human rights applied to Amerindians cannot be reduced to epistemic imperialism. The complex repercussions that the Iberian position generated beyond the European debate, notably in the Americas itself, and the ways in which human rights ended up being semantically re-appropriated by different interlocutors across the (colonial) board shows that, as a discourse, they are fundamentally marked by semantic indeterminacy and openness. It is this feature that has bestowed upon human rights their extraordinary power of signification, all the way from the sixteenth century up to the twenty-first.

References

- ALLEN, Amy. *The End of Progress: Decolonizing the Normative Foundations of Critical Theory*. New York: Columbia University Press, 2016.
- ANAYA, James. *Indigenous Peoples in International Law*. 2nd ed. Oxford: Oxford University Press, 2004, p.16.
- ASSY, Bethania. Injusticia Social, Empoderamiento Político e Subjetivación. In: ROSENI PINHEIRO Tatiana et al. (Eds.). *Cultura do Cuidado e o Cuidado na cultura: dilemas, desafios e avanços para efetivação da integralidade em saúde no MERCOSUL*. Rio de Janeiro: UERJ/IMS /CEPESC/ LAPPIS/ABRASCO, 2015), pp. 14-25.
- ASSY, Bethania. Insurgent Subjectivities and the Political Empowerment of the Streets. *Revista di Pratica Filosofica e Scienza Umane*, vol. 7, pp. 118-124, 2014.
- BARRETO, Juan Manuel. *Human Rights from a Third World Perspective: Critique, History and International Law*. Newcastle: Cambridge Scholars Publishing, 2013.

- BHAMBRA, GK. *Connected Sociologies*. London: Bloomsbury, 2014. <https://doi.org/10.5040/9781472544377>.
- BOHRER, Ashley. Just wars of accumulation: the Salamanca School, race and colonial capitalism. *Race & Class*, 2017. <https://doi.org/10.1177/0306396817733384>.
- CALAFATE, Pedro. *Da Origem Popular do Poder ao Direito de Resistência: doutrinas políticas no século XVII em Portugal*. Lisboa: Esfera do Caos Editores, 2012.
- CALAFATE, Pedro; LOUREIRO, Silvia. A Escola Peninsular da Paz: a contribuição da vertente portuguesa em prol da construção de um novo direito das gentes para o século XXI. *Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos*, vol. 13, pp. 262-283, 2013.
- CALAFATE, Pedro; GUTIERREZ, R.E.M. (Eds.). *A Escola Ibérica da Paz: a consciência crítica da conquista e colonização da América - Escuela Ibérica de la Paz: la conciencia crítica de la conquista y colonización de América: 1511 – 1694*. Santánder: Editora da Universidade da Cantábria, 2014.
- CALAFATE, Pedro. (Ed.). *A Escola Ibérica da Paz nas Universidades de Coimbra e Évora (século XVI)*, Lisboa: Almedina, 2015. <https://doi.org/10.15448/1980-6736.2014.1.18283>.
- Campbell, Tom; EWING, K.D.; TOMKINS, Adam. (Eds.). *Sceptical Approaches to Human Rights*. Oxford: Oxford University Press, 2001.
- CARLYLE, Robert. *A history of Medieval Political Theory in the West* (1903).
- CAVALLAR, Georg. Vitoria, Grotius, Pufendorf, Wolff and Vattel: Accomplices of European Colonialism and Exploitation or True Cosmopolitans? *Journal of the History of International Law*, vol. 10, pp. 181–209, 2008. <https://doi.org/10.1163/157180508x359828>.
- COMAROFF, Jean; COMAROFF, John. *Theory from the South: Or, How Euro-America is Evolving Toward Africa*. Boulder: Paradigm, 2012. <https://doi.org/10.4324/9781315631639>.
- CONNEL, Raewyn. *Southern Theory: Social Science and the Global Dynamics of Knowledge*. Oxford: Polity Press, 2007.
- DUSSEL, Enrique. Modernidad y alteridad. Las Casas, Vitoria y Suárez: 1514-1617. In: *Actas del Primer Simposio Internacional del Pensamiento Iberoamericano*. Salamanca, 2002.
- EVANS, Tony. (Ed.). *Human Rights - fifty years on*. Manchester: Manchester University Press, 1998.
- FITZPATRICK, Peter. The Revolutionary Past: Decolonizing Law and Human Rights (2014) *Metodo. International Studies in Phenomenology*

- and Philosophy*, vol. 2, pp. 117-133 to 118. <https://doi.org/10.19079/metodo.2.1.117>.
- GARCIA-SALMONES, Monica; ESLAVA, Luis. Jurisdictional Colonization in the Spanish and British Empires: Some Reflections on a Global Public Order and the Sacred. In: RUIZ
- FABRI, Hélène; WOFRUM, Rüdiger; GOGOLIN, J. (Eds.). *Select Proceedings of the European Society of International Law*, Vol. 2. Oxford: Hart Publishing, 2010, pp. 53-81. <https://doi.org/10.5040/9781472565143.ch-003>.
- GIERKE, Otto. *Natural Law and the Theory of Society (1500-1800)*.
- GLIOZZI Giuliano. *Adam et le Nouveau Monde – La naissance de l'anthropologie idéologie coloniale: des genealogies bibliques aux theories raciales (1500-1700)*. Paris: Théète éditions, 2000.
- GOLDER, Ben. Foucault and the Incompletion of Law (2008) *Leiden Journal of International Law*, vol. 21, pp. 747-763, 2008. <https://doi.org/10.1017/s092215650800529>.
- Grosfoguel, Ramon. Decolonizing Post-Colonial Studies and Paradigms of Political-Economy: Transmodernity, Decolonial Thinking, and Global Coloniality. *Transmodernity: Journal of Peripheral Cultural Production of the Luso-Hispanic World*, vol. 1, 2011.
- HAAKONSEN, Knut. *Natural Law and Moral Philosophy – From Grotius to the Scottish Enlightenment*. Cambridge: Cambridge University Press, 1999. <https://doi.org/10.1017/cbo9781139172905>.
- HANKE, Lewis. *All Mankind is One: A Study of the Disputation Between Bartolomé de las Casas and Juan Ginés de Sepúlveda in 1550 on the Intellectual and Religious Capacity of the American Indians*. DeKalb: Northern Illinois University Press, 1994.
- HOFFMANN, Florian. Discourse. In: D'ASPREMONT, Jean; SINGH, Sahib. (Eds.). *Fundamental Concepts of International Law*. Cheltenham: Elgar, forthcoming.
- HOFFMANN, Florian. Foundations Beyond Law. In: C DOUZINAS, Costas; GEARTY, Connor (Eds.). *The Cambridge Companion to Human Rights Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2012, pp. 81-96. <https://doi.org/10.1017/cc09781139060875.008>.
- KOSKENNIEMI, Martti. Colonization of the 'Indies' - The Origin of International Law talk at the University of Zaragoza (available at <http://www.helsinki.fi/eci/Publications/Koskenniemi/Zaragoza-10final.pdf>), 2009

- KOSKENNIEMI, Martti. Vitoria and Us: Thoughts on Critical Histories of International Law. *Rechtsgeschichte-Legal History*, vol. 22, pp. 119-138, 2014. <https://doi.org/10.12946/rg22/119-138>.
- LAS CASAS, Bartolomeu de. *Apologia Vol 9*. A. Losada ed. Madrid, 1988.
- LEMKE, Thomas. Foucault, Governmentality, and Critique. *Rethinking Marxism*, vol. 14, pp. 49-64, 2002. <https://doi.org/10.1080/089356902101242288>.
- LESAFFER, Randall. *Peace Treaties and International Law in European History*. Cambridge: Cambridge University Press 2004) at p. 225. <https://doi.org/10.1017/cbo9780511494239>.
- LOUREIRO, Silvia. By What Right ? The Contributions of the Peninsular School of Peace for the Basis of International Law of Indigenous Peoples. *Goettingen Journal of International Law*, vol. 5, pp. 9-39, 2013.
- MIGNOLO, Walter. Delinking: The Rhetoric of Modernity, the Logic of Coloniality and the Grammar of De-Coloniality, *Cultural Studies*, vol. 21, pp. 449-514, 2007.
- MIGNOLO, Walter. The Many Faces of Cosmo-polis: Border Thinking and Critical Cosmopolitanism. *Public Culture*, vol. 12, pp. 721-748, 2000. <https://doi.org/10.1215/9780822383383-007>.
- MONTAIGNE, Michel de. *The Complete Essays* (trans MA Screech). London: Peguin, 2004.
- MUTUA, Makau. What is TWAIL? *American Society of International Law Proceedings*, vol 94, pp. 31-39, 2000.
- ORFORD, Anne (Ed.). *International Law and its Others*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006. <https://doi.org/10.1017/cbo9780511494284>.
- PAGDEN, Anthony. *The Fall of Natural Man*. Cambridge: University Press Cambridge, 1982.
- RAJKOVIC, Nicholas. 'Global Law' and Governmentality: Reconceptualizing the 'Rule of Law' as Rule 'through' law. *European Journal of International Relations*, vol. 18, pp. 29-52, 2012. <https://doi.org/10.1177/1354066110380966>.
- SKINNER, Quentin. *Foundations of Western Political Thought*. Cambridge: Cambridge University Press, 2004, at p. 170.
- SOUSA SANTOS, Boaventura de. *Epistemologies of the South: Justice Against Epistemicide*. Abingdon: Routledge, 2014. <https://doi.org/10.4324/9781315634876>.

- TODOROV, Tzvetan. *The Conquest of America - The problem of the other*. Oklahoma: University Press Oklahoma City, 1999.
- TOSI, Guisepe. Sins Against Nature as Reasons for a 'Just War': Sepúlveda, Vitoria And Las Casas. In: CULLETON, Santiago; PICH, R.H. (Eds.). *Right and Nature in the First and Second Scholasticism*. Turnhout: Brepolis Publishers, 2014, pp. 199-239. <https://doi.org/10.1484/m.rpm-eb.5.103151>.
- TRELLES, Camilo. Francisco Suarez. *Recueil des cours de l'Academie de Droit Interncional de la Hague (1548-1617)*, vol. 43, pp. 386-502, 1933, at p. 426.
- TUCK, Richard. *The Rights of War and Peace. Political Thought and the International Order from Grotius to Kant*. Oxford: Oxford University Press, 1999.
- TUORI, Kaius. The Reception of Ancient Legal Thought in Early Modern International Law. In: FASSBENDER, Bardo; PETERS, Anne (Eds.). *The Oxford Handbook of the History of International Law*. Oxford: Oxford University Press, 2012, pp. 1012-1033 at p. 1016. <https://doi.org/10.1093/law/9780199599752.003.0043>.
- VELASCO GÓMEZ, Ambrosio. Las ideas republicanas para una nación multicultural de Alonso de la Veracruz. In: PONCE HERNANDEZ, Carolina. (Ed.). *Innovación y tradición en fray Alonso de la Veracruz*. Mexico: FFyL UNAM, 2007, pp. 67-77.
- VITORIA, Francisco de *Relectio de Indis o Libertad de los Indios*. Madrid: Consejo Superior de Investigaciones Científicas, 1967.
- VIVEIROS DE CASTRO, Eduardo, *The Inconstancy of the Indian Soul: The Encounter of Catholics and Cannibals in 16th-century Brazil*. Chicago: Prickly Paradigm Press, 2011.
- VIVEIROS DE CASTRO, Eduardo. *Cannibal Metaphysics*. Minneapolis: Univocal Publishing, 2014.
- ZAPATERO, Pablo. Legal Imagination in Vitoria. *The Power of Ideas, Journal of the History of International Law*, vol. 11, pp. 221-271, 2009. <https://doi.org/10.1163/138819909x12468857001424>.

Autores Convidados.

As origens do igualitarismo

The origins of egalitarianism

Bruno Amaro Lacerda*

Universidade Federal de Juiz de Fora, Juiz de Fora-MG, Brasil

1. Introdução

Em suas reflexões sobre o problema da igualdade, Norberto Bobbio define o igualitarismo como a concepção que, não satisfeita com a isonomia ou “igualdade perante a lei”, defende a realização de uma igualdade material que elimine, ou ao menos atenuie, a desproporção de riquezas entre os homens.

Bobbio observa ainda que, ao contrário de outras doutrinas, o igualitarismo não se fundamenta em uma natureza humana comum, mas no princípio ético segundo o qual a maior igualdade possível entre as pessoas é um bem e, como tal, uma meta desejável. Este juízo de valor faz com que as teorias igualitárias se apresentem invariavelmente como propostas reformistas ou revolucionárias, buscando a transição de uma sociedade de desiguais para uma sociedade futura de iguais¹.

Ciente da complexa história do igualitarismo, que passa pelas propostas socialistas do século XIX, pelo emergir da noção de justiça social na virada do século XIX para o XX, pela socialdemocracia e, nas últimas décadas, por uma miríade de concepções que combatem a desigualdade (liberalismo igualitário, marxismo analítico, éticas da redistribuição e do reconhecimento etc.), esta investigação pretende regressar aos primórdios da noção, buscando captá-la em sua origem e em seus primeiros desenvolvimentos. O problema que a move pode ser assim enunciado: quando e por qual razão as primeiras ideias igualitárias surgiram?

* Doutor em Filosofia do Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Professor Adjunto da Universidade Federal de Juiz de Fora (UFJF), Juiz de Fora/MG, Brasil. E-mail: brunoamarolacerda@gmail.com

¹ BOBBIO, 1995, p. 35.

Justifica-se a tarefa lembrando que, nos dias atuais, a igualdade continua sendo um dos temas mais comuns, senão o mais frequente, das discussões político-jurídicas. Há quem clame por uma igualdade “real”, “de fato”, não meramente “formal”, mas também quem repudie com veemência o discurso igualitário-material, sustentando que o papel do Estado se limita à garantia das liberdades individuais pela via da isonomia. Nesse embate, as pessoas tomam posição e partido, discutem, fazem propostas e contrapropostas, mas nem sempre se preocupam em perquirir a gênese e o fundamento da visão de mundo que defendem. Desconhecer isso, no entanto, é ignorar o sentido da própria ideia. Se não se sabe quando e por que o igualitarismo surgiu, o que pretendia combater e por quais motivos, buscar sua realização social como exigência da justiça parece uma atitude pouco sensata.

Parte-se de uma hipótese que coincide com a visão liberal amplamente difundida: o igualitarismo teve origem com Rousseau (Bastiat, por exemplo, criticando as ideias do genebrino sobre a lei e a igualdade, chama-o de “suprema autoridade dos democratas”²) e sua condenação da disparidade de riquezas contida no *Discurso sobre as origens e o fundamento da desigualdade entre os homens*, obra que exerceu profunda influência sobre alguns dos expoentes da Revolução francesa, como Robespierre e Saint-Just, “montanheses” que propuseram algumas medidas práticas de combate à desigualdade.

Esta visão, como se verá, não está completamente equivocada. De fato, tanto Rousseau quanto os montanheses têm um papel de destaque nos primeiros desdobramentos do igualitarismo. A leitura dos textos do período, porém, mostra que se deve atribuir a Graco Babeuf e seus seguidores, em um período já avançado da Revolução, a elaboração do primeiro igualitarismo consciente, embrião das teorias socialistas que, no século seguinte, iriam abalar as estruturas políticas da Europa.

2. Locke e a igualdade de direitos

No *Segundo tratado sobre o governo civil* de John Locke encontra-se uma das primeiras formulações liberais, com a defesa da igualdade de direitos ou igualdade perante a lei, a qual posteriormente será rejeitada como insuficiente ou mesmo errônea pelos primeiros defensores do igualitarismo.

2 BASTIAT, 1850, p. 46.

Locke sustenta que os homens saem do estado de natureza, onde se encontram em perfeita liberdade e igualdade, ao perceberem que, devido à ausência de uma autoridade encarregada da solução dos conflitos, a fruição dos direitos naturais permaneceria sempre incerta. Por isso, abandonam o poder de fazer tudo o que julgam conveniente para a própria preservação, renunciando à execução particular da lei natural (que Locke identifica com a razão) e consentindo que o poder, doravante, seja posto a serviço da coletividade por meio de leis iguais para todos. É neste momento que a sociedade se torna, então, o árbitro de regras fixas preestabelecidas, “indiferentes e as mesmas para todas as partes”³.

A igualdade originária, vigente no estado de natureza, é substituída por uma igualdade de outra ordem, a dos direitos naturais igualmente protegidos pelas instituições sociais derivadas do pacto por segurança (o contrato social). A legitimidade do Estado, assim, reside na proteção consentida dos direitos, chamados genericamente por Locke de *propriedade*, termo que abarca a vida, a liberdade e os bens.

Diversamente das concepções dos primeiros igualitários do século XVIII, a igualdade lockeana não é, como se percebe, a igualdade de riquezas ou de bens sociais, mas simplesmente o *tratamento igual* garantido pela lei, cujo único escopo é proteger, sem distinções arbitrárias, os direitos individuais.

Sua posição, que pode ser chamada de “igualdade jurídica”, “igualdade de direitos” ou “igualdade perante a lei”, três expressões adequadas para diferenciá-la do igualitarismo, exerceu enorme influência sobre os filósofos e livres-pensadores franceses do século XVIII, que a divulgaram, reelaboraram e empregaram como mote na luta pelo fim dos privilégios da nobreza e do clero, que culminou na Revolução de 1789.

Como amostra desse período, seguem algumas passagens de Montesquieu e de outros três nomes da época: Vauvenargues, Louis de Jaucourt e Voltaire. Todos defendem a igualdade de direitos e, ao mesmo tempo, repudiam a igualação de riquezas e de condições, ideia que consideram “imaginária”, “extrema”, “quimérica” e derivada de um “espírito de fanatismo”.

3. Contra a “igualdade absoluta”

Em um escrito de 1745, Vauvenargues, moralista francês célebre por seus aforismos, observa que os antigos legisladores inutilmente tentaram eliminar

3 LOCKE, 1980, p. 46.

a desigualdade de riquezas, tarefa impossível, diz ele, pois não se pode nivelar o gênio à incapacidade, nem a prudência à temeridade. A igualdade de condições sociais, essa “igualdade imaginária”, pode ser encontrada somente entre os povos selvagens, que vivem sem leis e cujo direito equivale à força, jamais entre os povos civilizados, pois quando um homem se eleva perante outros por sua capacidade ou gênio, “a desigualdade de fortunas se introduz sobre justos fundamentos”⁴.

A existência de ricos e pobres não é algo fortuito, mas um desejo de Deus, que estabelece entre os homens uma espécie de contrapeso para que a vida na Terra seja equilibrada. Vauvenargues chega a dizer que há algo de bom na pobreza, que mantém os homens temperantes, laboriosos e modestos, contrastando neste ponto com o orgulho e a vaidade, vícios que costumam acompanhar os ricos. Deus, com isso, partilha dons: para uns dá riquezas, para alguns concede força, para outros o amor ao trabalho, dividindo o gênero humano em diferentes classes para ao fim igualar a todos pela Sua Lei. Há, portanto, uma sabedoria divina na distribuição desigual das riquezas. Ver nisto algo não-natural ou um “escândalo” é uma atitude de homens “fracos”⁵.

Em suas *Reflexões e máximas*, Vauvenargues sustenta a mesma ideia. Na máxima 227, ele assevera que “é falso que a igualdade seja uma lei da natureza”, pois a natureza “não faz nada de igual: sua lei soberana é a subordinação e a dependência”⁶. Na máxima 551, escreve que “desejaria de todo o seu coração que todas as condições fossem iguais”, pois seria ótimo se não existissem homens inferiores, mas, se em teoria a igualdade é algo nobre, não há “nada mais impraticável e mais quimérico”⁷.

Montesquieu, por sua vez, afirma em *O espírito das leis* que o amor pela democracia é “o amor pela igualdade” e que as distinções sociais existentes devem nascer deste princípio. O mesmo não ocorre, pontua, nas monarquias e nos Estados despóticos, nos quais “ninguém aspira à igualdade”, mas todos desejam a superioridade, de tal modo que “As pessoas das condições mais baixas delas desejam sair apenas para serem mestres das outras”⁸.

4 VAUVENARGUES, 1874, p. 283.

5 VAUVENARGUES, 1874, p. 287.

6 VAUVENARGUES, 1971, p. 83.

7 VAUVENARGUES, 1971, p. 158.

8 MONTESQUIEU, 1845, p. 32.

Citando um comentário de Aristóteles sobre Faleas da Calcedônia, autor antigo que havia pensado uma maneira de igualar as propriedades dos cidadãos, Montesquieu afirma que propostas similares à de Faleas são inviáveis, pois põem os cidadãos diante de condições tais que eles terminariam por odiar a própria igualdade que se tenta introduzir. E remata: “Cumpre, por vezes, que as leis não pareçam ir tão diretamente ao objetivo que se propõem”⁹.

Nessas passagens, louva-se um tipo de igualdade e rejeita-se outro. A igualdade boa, amada nas democracias, é a igualdade perante a lei, ao passo que a igualdade perniciososa é a igualação das fortunas e posições sociais, tal como proposto por Fales da Calcedônia na Antiguidade. Para Montesquieu, o papel da lei nas democracias é introduzir a primeira igualdade, impedindo que alguns cidadãos sejam considerados naturalmente superiores a outros e, nessa condição, gozem de privilégios injustificáveis. Mas a lei não pode “ir mais longe” do que isso e instituir uma igualação mais aguda, de mitigação das diferenças de riqueza e classe social. Aos olhos do autor, é esta igualdade que, ao contrário da outra, terminaria por ser odiada pelos cidadãos.

Esta interpretação pode ser comprovada por uma breve passagem do Livro VIII da mesma obra, na qual Montesquieu aborda o “espírito de igualdade extrema”. Ele diz que, “assim como o céu está afastado da terra, o verdadeiro espírito de igualdade o está do espírito de igualdade extrema”¹⁰. A verdadeira igualdade não consiste em todos comandarem ou em todos serem comandados, mas em obedecer e ser comandado por seus iguais. Não implica na ausência de senhores, mas em ter seus iguais por senhores. Em seu estado natural, é verdade, os homens nascem iguais, mas não podem permanecer em uma igualdade extrema ou absoluta. Ao pactuarem a sociedade, perdem essa igualdade originária e alcançam a igualdade civil, a dos direitos iguais regulados pela lei: “A sociedade os faz perdê-la e eles só se tornam iguais pelas leis”¹¹.

A visão de Montesquieu, dada a enorme influência de sua obra, pode ser sentida em outros autores do período. Em um dos mais conhecidos verbetes da *Enciclopédia* de Diderot e D’Alembert, Louis de Jaucourt explica

9 MONTESQUIEU, 1845, p. 33.

10 MONTESQUIEU, 1845, p. 79.

11 MONTESQUIEU, 1845, p. 79.

que a “igualdade natural” é o elo que liga todos os homens, que nascem, crescem e morrem da mesma maneira. Dessa natureza comum, princípio e fundamento da liberdade, deriva o dever de tratar os outros como seres igualmente livres. Assim, não obstante as diferenças de nobreza, condição, poder e riquezas, os que estão em posição superior devem tratar os que estão em desvantagem como iguais, evitando ultrajá-los, não lhes exigindo nada que não seja devido e exigindo o devido com humanidade. Jaucourt afirma inclusive que a escravidão é uma violação deste princípio.

Entretanto, disso não se segue a “igualdade absoluta” que somente um “espírito de fanatismo” poderia sustentar. Os homens, diz o autor nas pegadas de Montesquieu, nascem iguais, mas não podem permanecer absolutamente iguais, somente iguais perante a lei. Na vida social são necessárias certas desigualdades, tais como “condições diferentes, graus, honras, distinções, subordinações, que devem existir em todos os governos”¹² e não se opõem à igualdade natural, mas, ao contrário, tornam-na socialmente possível.

No verbete “Égalité”, contido em seu *Dicionário Filosófico*, Voltaire observa que os animais, por não possuírem deveres recíprocos entre si, não dependem de outro ser vivo para viver, ao contrário dos homens, que ao receberem de Deus a razão se tornaram escravos em quase tudo. Se a vida humana na Terra fosse uma vida de abundância e não de necessidade, o homem poderia ser tão feliz quantos os quadrúpedes, pássaros e répteis. Nesta hipótese, todos os seres humanos seriam realmente iguais, sem nenhuma subordinação e dependência perante outro.

A vida humana, porém, não é uma existência de abundância, mas de necessidade. Além disso, o homem nasce com predisposição para a dominação, para as riquezas e para a indolência, condição que o impele a buscar incessantemente a ascendência sobre os demais. Por essa razão, Voltaire julga ser impossível que os seres humanos vivam sem se dividirem em duas classes, a dos pobres e a dos ricos, “que se subdividem em mil, e estas mil têm ainda nuances diferentes”¹³.

A desigualdade, portanto, é um fato inevitável, impossível de ser eliminado diante das necessidades do mundo e da natureza do homem, pois este, embora nasça igual ao seu semelhante, está sempre empenhado em

12 JAUCOURT, 1792, p. 926.

13 VOLTAIRE, 1994, p. 240.

superá-lo e dominá-lo. Assim, usando termos similares aos empregados por Vauvenargues, Voltaire afirma: “A igualdade é, portanto, a coisa mais natural e, ao mesmo tempo, a mais quimérica”¹⁴.

Ele observa ainda que um homem tem todo o direito de se considerar igual aos outros homens, e dá o exemplo do cozinheiro turco de um cardeal, que pode dizer para si mesmo coisas como “eu nasci e morrerei como ele, temos as mesmas funções animais”, e até imaginar que, caso os turcos subjuguem Roma, a relação se inverta e ele se torne o superior e o cardeal seu subordinado. Mas, até que isso aconteça, diz Voltaire jocosamente, ele não pode ordenar ao cardeal que lhe faça o jantar, nem deixar de cumprir seus deveres, pois, neste caso, “toda a sociedade humana é pervertida”¹⁵.

4. Rousseau e a desigualdade moral ou política

Jean-Jacques Rousseau inicia seu famoso *Discurso sobre a desigualdade* distinguindo a desigualdade natural da desigualdade moral ou política. A primeira, que consiste nas diferenças de idade, saúde, talento etc., por não ser escolhida, mas imposta aos homens pela natureza, não pode ser combatida; é inevitável. A segunda, que consiste nas diferenças de poder, *status* e riqueza, é estabelecida ou consentida pelos homens e se apresenta como um resultado nefasto dos males causados pela vida social.¹⁶ Por esta razão, deve ser denunciada e eliminada.

Para provar sua tese, ele empreende uma investigação da vida animal e humana em seus estágios primitivos, mas alertando os seus leitores que, em razão das observações dos naturalistas de sua época serem ainda muito precárias, seu relato deve ser visto mais como um corpo de “raciocínios hipotéticos e convencionais” do que como verdades históricas inquestionáveis.

Em seu estado natural, diz Rousseau, os homens viviam dispersos, sem normas morais e senso de justiça. Como os animais, valiam-se somente dos instintos para alcançar sua subsistência. O homem selvagem era muito diferente do homem social: entregando-se aos impulsos, vivia de modo simples e espontâneo, tendo por padrão de conduta a própria natureza. Preocupava-se em primeiro lugar com a própria conservação, embora esta

14 VOLTAIRE, 1994, p. 241.

15 VOLTAIRE, 1994, p. 242.

16 ROUSSEAU, 1971, pp. 157-158.

estivesse conjugada com a “piedade”, um sentimento que o levava também a se importar com o sofrimento daqueles com os quais eventualmente se relacionava. Não havia espaço para a moralidade, nem para vínculos permanentes e, na ausência da justiça, os homens se guiavam por esta máxima de “bondade natural”: “Busca teu bem com o menor mal possível para o outro”¹⁷.

Porém, com o advento do estado civil, o homem se tornou fraco, medroso, debilitado e sem nenhuma coragem. Sua espontaneidade desapareceu e o culto exagerado ao amor-próprio e à razão o converteu em um “animal depravado”¹⁸. Essa passagem do estado de natureza para a sociedade deu-se, todavia, muito lentamente. À medida que o gênero humano foi se ampliando, cresceram também as necessidades e, por consequência, os trabalhos. Novas relações passaram a ser travadas e os homens tomaram gradativamente consciência do seu valor, adquirindo um senso de respeito e compromisso.

Aos poucos, deixaram de vagar pelos bosques e florestas e se fixaram, passando a viver em casas, aldeias e pequenas comunidades, nas quais foram consolidando a noção de propriedade e a importância do dever de respeitá-la. Nesse período, as vinganças eram frequentes, pois como cada homem se arvorava juiz frente às ameaças e aos danos que lhe eram causados, a bondade que existia no estado de natureza não era mais a que convinha às necessidades da sociedade nascente. Rousseau avalia positivamente essa época, que não é mais o estado natural em sua pureza, nem a sociedade corrompida do presente, situando-a em uma “posição média exata” entre o modo de vida quase animal e “a atividade petulante do nosso amor-próprio”, e qualificando-a como a mais feliz de todas. Os selvagens das Américas e da África, diz, foram encontrados nesse estado, que os povos ditos “civilizados” foram incapazes de conservar. Civilizações como a europeia, em sua visão, estão corrompidas e distantes da “verdadeira juventude do mundo”¹⁹.

O desenvolvimento contínuo da vida social, porém, trouxe consigo o agravamento do amor-próprio e o distanciamento quase total da piedade. A igualdade se rompeu e a ela se seguiu a desordem. Os homens mais

17 ROUSSEAU, 1971, p. 199.

18 ROUSSEAU, 1971, p. 168.

19 ROUSSEAU, 1971, p. 213.

poderosos foram, aos poucos, abafando a “voz ainda fraca da justiça”²⁰ e se tornaram maus e ambiciosos. Esses homens, que Rousseau chama algumas vezes simplesmente de “ricos”, ao perceberem que não eram suficientemente fortes para não temer ninguém, tiveram a ideia de empregar a seu favor as forças que lhes seriam potencialmente hostis: os homens pobres e miseráveis. Assim, estabeleceram a reunião de todos em um poder supremo, por meio de um pacto que, aos olhos de Rousseau, foi vantajoso para os fortes, mas prejudicial aos fracos, que permaneceram agrilhoados.

Esta origem da sociedade e das leis teve por consequência a eliminação irremediável da liberdade natural e sua substituição pela “lei da propriedade e da desigualdade”, por meio da qual os poderosos usurparam um direito irrevogável e sujeitaram todo o gênero humano à servidão e à miséria. A desigualdade, então, tornou-se legítima e estável, pois garantida pelas leis positivas, desfigurando as inclinações do homem e afastando-o em definitivo da natureza.

É nestes termos que Rousseau se recusa a aceitar a desigualdade política ou moral como um fato natural e, ao contrário dos seus contemporâneos, a denuncia como um desvio da verdadeira igualdade. O seu *Discurso* apresenta-se, nesse sentido, como um embrião do igualitarismo, pois embora não contenha uma proposta de revolução, traz consigo um inegável *espírito revolucionário*, muito bem expresso na frase que encerra a obra, na qual se afirma que é contrário à lei da natureza “um punhado de pessoas regurgitarem superfluidades enquanto à multidão faminta falta o necessário”²¹.

Em *Do contrato social*, porém, Rousseau não ataca tão fortemente a desigualdade de poder e de riquezas, limitando-se a apontar o pacto como garantidor dos compromissos obrigatórios e mútuos que ligam os homens à sociedade e como realizador de uma “igualdade de direito e (d)a noção de justiça que ela produz”²². Em outra passagem da mesma obra, afirma que os bens maiores, objeto de toda legislação, são a liberdade e a igualdade. Em relação a esta última, deixa claro que “não se deve entender por essa palavra que os graus de poder e de riqueza sejam absolutamente iguais”, mas tão somente que o poder deve ser exercido delimitado pelas leis e que ninguém seja tão pobre que tenha de se vender nem tão rico que possa

20 ROUSSEAU, 1971, p. 217.

21 ROUSSEAU, 1971, p. 235.

22 ROUSSEAU, 2001, p. 71.

comprar outra pessoa. A igualdade das condições econômicas, que muitos afirmam ser “uma quimera de especulação”, é aceita agora como “inevitável”, embora ele recomende, sem fornecer maiores detalhes, que seja “controlada” pela legislação²³.

Assim, se no *Discurso* a riqueza e o poder a ela adjacente são apontados como o mal supremo, em sua obra posterior Rousseau se mostra mais disposto a encará-los como fatos inescapáveis, que devem ser disciplinados juridicamente e não eliminados. A igualdade “de fato” não é, portanto, um tema relevante em *Do contrato social*. Nesta obra é a igualdade de direitos, garantida por leis que expressam a “vontade geral” (e não os desejos particulares), que se eleva ao primeiro plano.

Esse descompasso entre as duas obras foi notado por muitos autores, dentre eles Carlo Curcio²⁴, que chama as ponderações do genebrino na primeira obra de “anárquicas”, substituídas na segunda por uma igualdade convencional, mais próxima das considerações de Locke acerca da igualdade jurídica ou de direitos. De todo modo, a desigualdade moral ou política criticada por Rousseau no *Discurso* teve grande repercussão e representou um dos problemas mais difíceis que a Revolução francesa teve de enfrentar em sua incessante e controversa busca pela positivação dos direitos do homem²⁵, como se verá a seguir.

5. O igualitarismo moderado dos montanheses

Em 1793, os revolucionários que se sentavam nos degraus superiores e à esquerda na Convenção, conhecidos por isso como “montanheses”, derubaram seus adversários girondinos e, ascendendo ao poder, aumentaram suas críticas ao que chamavam de “egoísmo dos ricos”, passando a defender medidas de assistência aos menos favorecidos em detrimento da liberdade de iniciativa que havia marcado o início da Revolução. A liberdade econômica, explica Michel Vovelle, cede então espaço a um crescente “ideal igualitário”, mais adequado aos ideais dos pequenos produtores rurais independentes do que aos da burguesia defendida pela Gironda, dando à luz um “igualitarismo bem temperado” que trazia consigo esboços

23 ROUSSEAU, 2001, p. 92.

24 CURCIO, 1965, p. 515.

25 DE SANCTIS, 1993, p. 265.

das noções de fraternidade e solidariedade estatal²⁶. Falar em “esboços” justifica-se porque os montanhese não propunham um igualitarismo radical, de eliminação das riquezas, limitando-se a denunciar os males gerados pela concentração de propriedade e a sugerir como paliativo algumas medidas para a atenuação da miséria. Uma amostra desse novo espírito, certamente influenciado pela leitura de Rousseau e de autores como Mably e Morelly, pode ser encontrada nos discursos dos políticos mais influentes do trágico período que se seguiu (conhecido como “Terror”): Robespierre e Saint-Just.

Em seu discurso sobre a questão da subsistência (*Sobre a subsistência*, de dezembro de 1792), Robespierre (1758-1794) afirma que a França produz mais do que o necessário para a alimentação dos seus habitantes, fato incompatível com a penúria experimentada pela sua população no momento. Não se pode esquecer, diz, que o primeiro objetivo de qualquer sociedade é a manutenção dos direitos imprescritíveis do homem, e em primeiro lugar o “direito de existir”²⁷. Deste direito natural, que se apresenta então como “social e universal”²⁸, decorre a “primeira lei social”, à qual todas as demais se subordinam: garantir a todos os membros da coletividade os meios de sobrevivência.

A propriedade, Robespierre enfatiza, não existe como um fim em si, mas como um meio para a vida. É para viver que as pessoas têm propriedade, e, por isto, ela não pode existir em oposição à subsistência. Os alimentos necessários para a vida são tão sagrados quanto a vida mesma, e assim “tudo o que é indispensável para conservá-la é propriedade comum da sociedade inteira”²⁹.

Para garantir esse objetivo e assegurar a todos os membros da sociedade uma porção dos frutos da terra necessários à sua subsistência, Robespierre propõe medidas de intervenção estatal, como a fiscalização da produção de grãos no campo e a obrigação dos comerciantes de vendê-los no mercado, mesmo se estes preferirem, por interesse do negócio, estocá-los. Ele conclui seu discurso exortando os legisladores a refletirem sobre seu relevante papel na vida social, que não é a representação da

26 VOVELLE, 1999, pp. 52-53.

27 ROBESPIERRE, 1965, p. 53.

28 GAUTHIER, 1985, p. 286.

29 ROBESPIERRE, 1965, p. 53.

“casta privilegiada”, mas a defesa do povo, da justiça, dos direitos e das “necessidades dos fracos”³⁰.

Em outro discurso (*Sobre a nova Declaração de direitos*, de abril de 1793), Robespierre apresenta suas propostas para a redação da carta de direitos que acompanharia a nova Constituição, necessária após a queda da monarquia em agosto de 1792. O tom desse discurso, porém, é ambíguo, pois ao mesmo tempo em que ele aponta a desigualdade de riquezas como a fonte de todos os males e crimes, também afirma, em uma passagem que parece ecoar Vauvenargues e Voltaire, que “a igualdade de bens é uma quimera”³¹.

De todo modo, ele repreende a Declaração anterior (a de 1789) por assegurar a propriedade sem nenhuma reserva, limitando-se assim à proteção dos ricos. Dentre suas propostas estão: o dever da sociedade de prover a subsistência de todos os seus membros, gerando postos de trabalho ou proporcionando meios aos que não possam trabalhar; o estabelecimento de seguros para os que não tenham o necessário para a vida; a dispensa dos pobres de contribuírem com as despesas públicas; e a tributação progressiva, conforme a extensão da fortuna, para todos os demais cidadãos.

Embora nem todas as sugestões de Robespierre tenham sido acatadas, o texto da Declaração de 1793 traz a marca de algumas de suas ideias. Em seu artigo 2º, elenca a igualdade antes da liberdade e, em seu artigo 21, prescreve o dever da sociedade de garantir a subsistência de todos os cidadãos em dificuldades, propiciando trabalho ou assegurando os meios de existir aos que não possam laborar.

Assim, enquanto a Declaração de 1789 era um documento da burguesia ascendente, mais interessada na atribuição de direitos iguais e na eliminação das desigualdades de tratamento praticadas no Antigo Regime³², sua sucessora de 1793, nas palavras de Alessandra Facchi, estava inspirada por um “espírito mais igualitário”, ou igualitário-material, que começa a pensar a igualdade não como exigência de tratamento similar, mas “como um objetivo que requer um empenho público na distribuição dos recursos”, antecipando, neste sentido, a ideia de direitos sociais³³.

30 ROBESPIERRE, 1965, p. 62.

31 ROBESPIERRE, 1965, p. 117.

32 VILLEY, 1986, p. 193.

33 FACCHI, 2007, p. 58.

Nos textos de Saint-Just (1767-1794) encontram-se tanto defesas da liberdade econômica, caso do seu discurso de 1792 (anterior, portanto, à derrocada girondina) sobre o livre comércio dos grãos³⁴, quanto libelos acalorados contra a monarquia e a aristocracia burguesa que emergira com a Revolução. Em 1793, em um discurso em defesa do “governo revolucionário” dirigido à Convenção, ele faz explicações sobre a economia e enfatiza que a justiça só chegará aos franceses quando “o povo indigente” não for mais humilhado pela dependência diante dos ricos: “O pão dado pelo rico é amargo, ele compromete a liberdade: o pão pertence, por direito, ao povo, em um Estado sabiamente regulado”³⁵.

Seu *Fragmento sobre as instituições republicanas*, publicado postumamente, é ainda mais contundente. Nessa obra, Saint-Just afirma que a finalidade da sociedade não é fazer cessar o estado de guerra, como alguns teóricos afirmam, mas *dar nascimento a esse estado*, estabelecendo relações de dependência que até então (isto é, no estado de natureza) os homens não conheciam³⁶. Há aqui uma clara rejeição de Hobbes em prol do Rousseau do *Discurso*. Em outra passagem, ele prega que a opulência é uma “infâmia” que deve ser combatida, e também que “É preciso eliminar a mendicância pela distribuição dos bens nacionais aos pobres”³⁷. Portanto, como Robespierre, Saint-Just também exalta, ao lado das virtudes republicanas, uma igualdade “de fato” cuja realização compete à ação estatal, delineando um igualitarismo nítido, mas “moderado” no confronto com outras propostas que viriam no curso da Revolução, como a Conspiração de Babeuf.

6. As primeiras críticas

As ideias igualitárias dos montanheses, no entanto, encontraram oposição já em seu nascimento. Pode-se citar como exemplo Jacques Necker (1732-1804), político influente da época, que em suas *Reflexões filosóficas sobre a igualdade*, de 1793, condena o que chama de “igualdade absoluta”. Esta igualdade, em seu entender, ao multiplicar as pretensões e, por consequência, as funções e encargos públicos, não se conecta com a liberdade, mas,

34 SAINT-JUST, 1957, pp. 84-85.

35 SAINT-JUST, 1957, p. 122.

36 SAINT-JUST, 1831, p. 31.

37 SAINT-JUST, 1831, p. 53.

quando posta em prática, a ela inevitavelmente se opõe, conduzindo a sociedade a um “despotismo cego e sem freio”³⁸. Necker chega a dizer que a igualdade absoluta é pior do que a liberdade ilimitada³⁹.

Se contemplarmos o cosmos, ele afirma, veremos que sua beleza deriva das “variedades e dessemelhanças” que o compõem. “As desigualdades colocadas em harmonia”, eis a expressão que melhor define o Universo⁴⁰. Assim como a ordem dos astros é necessária para a harmonia do cosmos, a organização hierárquica o é para a liberdade e a felicidade dos indivíduos. A igualdade absoluta não aproxima os seres humanos, mas, ao contrário, eliminando a distinção entre governantes e governados, coloca-os sob uma desconfiança recíproca que termina por alimentar as rivalidades, distancian-do-os da felicidade. Retomando os filósofos iluministas, Necker explica que considerar as desigualdades sociais como “o simples produto de um sistema de injustiça e de opressão”⁴¹ é uma ideia totalmente equivocada, e a proposta de realização de uma igualdade absoluta, uma perigosa quimera, que, levada a sério, servirá apenas para enganar os homens e torná-los ainda mais injustos⁴².

Também Condorcet (1743-1794) rejeitou o igualitarismo como uma alternativa à igualdade perante a lei. Em sua obra mais relevante, data-da de 1793, ele manifesta a crença na perfectibilidade do homem e na história como um caminhar contínuo em direção ao progresso. A Revolu-ção é a prova decisiva dessa evolução histórica, que se tornou possível graças ao desenvolvimento gradual de uma razão secular que conduziu os franceses ao fim dos privilégios da nobreza e do clero e à afirmação da igualdade de direitos na *Declaração dos direitos do homem e do cidadão* de 1789.

Após descrever as diversas épocas da história humana, Condorcet chega ao último capítulo de sua obra disposto a narrar a “décima época”, o tempo dos “progressos futuros do espírito humano”. Para ele, quando se obser-va a história pode-se constatar uma distância entre os direitos que as leis estabelecem e os que são efetivamente gozados pelas pessoas, ou, em suas

38 NECKER, 1821, p. 398.

39 NECKER, 1821 p. 401.

40 NECKER, 1821, p. 397.

41 NECKER, 1821, p. 350.

42 NECKER, 1821, p. 348.

palavras, “entre a igualdade que é estabelecida pelas instituições políticas e aquela que existe entre os indivíduos”⁴³.

Esse distanciamento entre o “declarado” e o “usufruído” tem três causas principais: a desproporção de riquezas, a disparidade dos meios de subsistência e a desigualdade de instrução. Estas distorções sociais, que não se manifestam de maneira isolada, mas unidas e se sustentando mutuamente, deverão progressivamente diminuir, mas jamais desaparecer, “pois elas têm causas naturais e necessárias, que seria absurdo e perigoso pretender destruir”⁴⁴.

A época próxima, anunciada pela Revolução, será um tempo de mitigação das desigualdades e não de luta pela sua superação. Condorcet fornece exemplos das ações políticas que tem em mente: proibindo que o crédito seja uma benesse concedida apenas aos que detêm grande fortuna, atenua-se a dependência dos homens comuns perante os burgueses e, desse modo, viabiliza-se a expansão do comércio; preparando as crianças para o trabalho e fornecendo a todos uma instrução pública de qualidade, criam-se melhores condições para a prosperidade da sociedade, minorando as subordinações que tornam um homem mais propenso à miséria e à infelicidade.

Ele observa ainda que, entre os progressos futuros do espírito humano, um dos mais importantes para o alcance da felicidade geral será a eliminação dos preconceitos que conduziram à desigualdade de direitos entre os dois sexos, cujas justificações comumente oferecidas (diferenças físicas, de força, de inteligência e até morais) não têm nenhum sentido, sendo, na verdade, modos de se camuflar uma atitude de dominação, de “abuso da força”⁴⁵.

Percebe-se que, em relação à igualdade, Condorcet não se alinha aos montanheses, muitos dos quais haviam sido seus colegas no clube dos jacobinos. Embora reconheça que as desigualdades sociais são malélicas, não propõe sua correção pela eliminação da riqueza nem pela limitação da propriedade privada, mas pela via da atribuição igual de direitos pela lei. Suas esperanças para o futuro coincidem, assim, com os objetivos de 1789: garantir a igualdade perante a lei, os mesmos direitos de liberdade para todos e o fim dos privilégios do Antigo Regime.

Com efeito, ao se permitir crédito a qualquer pessoa (e não apenas à alta burguesia) e ao se garantir a instrução de qualidade para todas as

43 CONDORCET, 1998, p. 271.

44 CONDORCET, 1998, p. 272.

45 CONDORCET, 1998, p. 287.

crianças (e não somente para os filhos dos ricos), rompe-se com os vetustos favorecimentos e se afirma a igualdade de direitos, mas certamente não o igualitarismo.

Como observa Alain Pons em sua introdução à edição de 1998 da obra de Condorcet, a igualdade de direitos era para o pensador francês, bem como para os outros revolucionários de 1789, um “imperativo absoluto” que já havia sido estabelecido, “mas as desigualdades de fato, aquelas do talento e das riquezas”, eram tidas como “inevitáveis e mesmo necessárias”⁴⁶. Condorcet, portanto, à diferença de Rousseau, em nenhum momento condena a desigualdade *como tal*, ou coloca as riquezas como um desvio social a ser reparado, como fazem Robespierre e Saint-Just. A passagem supracitada, na qual ele diz que as desigualdades têm “causas naturais e necessárias”, cuja reversão seria ato “absurdo e perigoso”, é bastante significativa. O futuro não deverá trazer o desaparecimento da riqueza, mas a eliminação da distância entre a igualdade prometida e a efetivamente gozada pela atribuição dos mesmos direitos, de modo a “identificar o interesse comum de cada homem com o interesse de todos”⁴⁷.

Portanto, como observa Guido Fassò, Condorcet manifesta sua fé no progresso aberto pela Revolução, que “havia abolido as diferenças de classe, de raça e de condição econômica, assegurando a igualdade de todos os seres humanos”. Igualdade, porém, que deve ser entendida como isonomia ou igualdade perante a lei e não como igualitarismo, já que pela expressão “igualdade” os iluministas “dificilmente entendiam” algo diverso “da simples igualdade jurídica”⁴⁸.

Fassò utiliza a palavra “dificilmente” por enxergar traços de igualitarismo em pelo menos dois autores franceses do período pré-revolucionário, Mably (1709-1785) e Morelly (1717-1782). O primeiro procurou ligar os princípios do direito natural à realidade social da época, denunciando seus problemas, em especial os efeitos supostamente nefastos da propriedade. Suas propostas de supressão da desigualdade de posses, contudo, impunham-se mais como um ideal moral a ser alcançado pela educação do que como uma ação política. O segundo apontou a propriedade privada como a fonte de todos os males e propôs um modelo de legislação em consonância

46 PONS, 1998, p. 57.

47 CONDORCET, 1998, p. 286.

48 FASSÒ, 1998, p. 272.

com os intuitos da natureza, a partir do qual ninguém teria a propriedade privada de nenhum bem, com exceção do indispensável à satisfação das necessidades, dos prazeres e do trabalho cotidiano⁴⁹.

Ou seja: quando a Revolução eclode, reivindicando a realização da liberdade de todos pela introdução da igualdade jurídica e pela abolição dos privilégios, a igualdade “de fato” já vinha sendo gestada. Rousseau havia denunciado a desigualdade política como um “grilhão” do homem. Mably e Morelly rejeitaram a propriedade privada como algo contranatural. A reação de autores como Necker e Condorcet às propostas montanhesas de atenuação da pobreza era esperada, pois um novo modo de entender a igualdade estava sendo alçado ao centro das discussões. O contexto era bastante favorável para a eclosão de um igualitarismo mais agudo, trazido à luz pela Conspiração de Babeuf.

7. O igualitarismo radical de Babeuf

Com a queda dos montanheses e o fim do Terror, é promulgada em 1795 uma nova Constituição (conhecida como Constituição do ano III), que vem precedida por uma nova Declaração de direitos e, desta vez, também dos *deveres* do cidadão. Esse documento rompe por completo com a Declaração de 1793 e retoma alguns aspectos da de 1789, embora o artigo referente à condição livre e igual dos homens tenha sido rejeitado, sob a justificativa de que a proclamação da igualdade havia levado a revoltas contra a ordem estabelecida e gerado perigos à segurança geral dos cidadãos. Trata-se, portanto, de uma *reação* às propostas de matiz igualitário de dois anos antes.

O texto, porém, consagra a igualdade perante a lei ao vedar as distinções de nascimento e ao proscrever a escravidão, embora assegure direitos políticos exclusivamente aos possuidores de riquezas. Contrariando o espírito montanhês, protege a propriedade sem nenhuma reserva e proíbe qualquer reivindicação concernente à desigualdade de fortunas. Com isso, “o direito ao trabalho e o direito à assistência desaparecem, assim como toda referência à felicidade comum como objetivo da sociedade”⁵⁰.

49 FASSÒ, 1998, p. 276.

50 BERTAUD, 1989, p. 284.

Neste mesmo ano, François (Graco) Babeuf (1760-1797), cuja juventude fora marcada pelas leituras de Rousseau e Mably⁵¹, começa a elaborar um projeto de reforma social profunda, baseado na crítica à desigualdade de riquezas. Em sua concepção, a sociedade deveria ser totalmente reformulada, tarefa que se cumpriria com a eliminação da propriedade privada. Com a abolição desta, o Estado se tornaria o proprietário de todas as terras e as concederia aos agricultores por meio de usufrutos.

Os usufrutuários teriam, então, a obrigação de levar todo o resultado da colheita para os armazéns públicos, que distribuiriam os alimentos arrecadados à população de acordo com as necessidades de cada indivíduo ou família. Além disso, Babeuf tinha outras ideias, como a proibição da ociosidade, a implantação de um sistema de educação universal moralizante e, para torná-las viáveis, a criação de um partido revolucionário que tomaria o poder pela força e estabeleceria, por um curto período, uma ditadura.

Em seus escritos, ele não aceita que suas ideias sejam rotuladas de “conspiradoras”, argumentando que seus críticos, ao invocarem a “ordem”, não estão interessados no bem comum, mas somente nos seus próprios privilégios, no acúmulo de riquezas e em outras vantagens. Ao contrário do que seus detratores sustentam, é impossível que uma ordem se funde na desigualdade: “E nós chamamos isto (a sociedade da época) de desordem, porque só concebemos ordem onde todos são livres e felizes”⁵².

Com isso, ele distingue duas partes “diametralmente opostas” entre os partidários da Revolução: a primeira é a dos burgueses que desejam a aristocracia e todos os privilégios para si, e a segunda a dos que querem “para todos não somente a igualdade de direitos, a igualdade nos livros”, mas algo mais, a “garantia de todas as necessidades físicas, de todas as vantagens sociais”⁵³. Essa “guerra atroz do rico contra o pobre”⁵⁴ precisa chegar ao fim, e para tanto o povo precisa assumir “a verdadeira primeira ideia de igualdade”, traduzida nas palavras de ordem “igualdade, iguais e plebeianismo”⁵⁵.

Respondendo a uma carta de um cidadão que se apresenta apenas como “M. V.”, Babeuf aponta a riqueza individual como causa de todos os

51 OZOUF, 1989, p. 750.

52 BABEUF, 1951, p. 75.

53 BABEUF, 1951, p. 32.

54 BABEUF, 1951 p. 72.

55 BABEUF, 1951 p. 72.

males, e expõe sua concepção de que todos devem trabalhar em prol da humanidade e não simplesmente para si mesmos, buscando um estado “onde a igualdade não é uma quimera”⁵⁶.

Pode-se, com isso, dizer que Babeuf propõe o primeiro igualitarismo bem delineado e consciente, antecipando em grande medida o socialismo do século seguinte. Diferentemente dos montanheses que o precederam, ele não se contenta em atenuar os males da desigualdade de riquezas, mas almeja algo bem mais radical: a abolição da propriedade privada e a entrega de todo o seu controle ao Estado. Como observa Bertaud, “é uma mutação brusca em relação à ideologia jacobina ou às aspirações dos *sans-culottes* ligados à propriedade fundada sobre o trabalho”⁵⁷.

Em fins de 1795 e começo de 1796, Babeuf põe em ação seu projeto, difundindo cada vez mais suas ideias no jornal *Tribun du peuple* e, com o auxílio de Darthé, Buonarroti e Sylvain Maréchal, organizando um movimento que, devido ao seu igualitarismo radical, passou à posteridade como a “Conjuração dos Iguais”.

No *Manifesto dos Iguais*, escrito por Maréchal, lê-se que, durante séculos, o povo francês foi escravo, e dessa escravidão começou a libertar-se há apenas seis anos. Há séculos também se clama por igualdade e, justamente no momento histórico em que esse clamor se faz ouvir com mais força, os poderosos dizem ao povo que a igualdade não passa de uma “bela e estéril ficção da lei” ou uma “quimera” e lhe recomendam que se contente com a “igualdade condicional”⁵⁸. Os *Iguais*, porém, contestam: se todos os homens são livres, é preciso almejar a igualdade plena. E deixam claro que não aspiram apenas à igualdade de direitos, já parcialmente alcançada em 1789, mas à “igualdade real”⁵⁹, a partir da qual não existirá mais nenhuma diferença entre os seres humanos além das de idade e sexo. Se um único sol e o mesmo ar são suficientes para todos, diz o documento, porque alguns precisam de mais posses do que outros?

Observa-se, por essas passagens, que Babeuf e seus seguidores se opõem expressamente às visões positivas da desigualdade material presentes na literatura filosófica francesa daquele século. A igualdade plena,

56 BABEUF, 1828, p. 218.

57 BERTAUD, 1989, p. 292.

58 ADVIELLE, 1884, p. 193.

59 ADVIELLE, 1884., p. 198.

de riquezas e de condições sociais, não é para eles uma quimera ou ficção como para Montesquieu, Vauvenargues e Voltaire, mas a meta final da Revolução. Rousseau havia denunciado a desigualdade como efeito indesejado do desenvolvimento da sociedade, e Robespierre e Saint-Just, no período mais agudo da Revolução, apresentaram propostas para a atenuação da pobreza. Babeuf, contudo, vai além, pretendendo substituir a igualdade de direitos, a “igualdade dos livros”, pela igualdade de fato, vista como a única verdadeira e aceitável, em troca da qual se pode exigir até o sacrifício da própria vida. Como resume Antonio Truyol y Serra: “Para Babeuf e seus seguidores, a igualdade jurídica devia traduzir-se em igualdade econômica, e aparece a distinção entre igualdade formal (‘bela e estéril ficção da lei’) e a ‘igualdade real’”⁶⁰.

Mas o radicalismo do movimento, expresso publicamente no *Manifesto*, acelerou uma reação que terminou por desmantelá-lo, com Babeuf e seus partidários sendo denunciados por um infiltrado no grupo. Em 1797, ele e Darthé foram condenados à morte pela Alta Corte de Justiça de Vendôme e posteriormente executados. Suas ideias, porém, não desapareceram, já que alguns dos seus partidários, como Buonarroti, conseguiram escapar à execução e, nos anos seguintes, dedicaram-se a transmiti-las àqueles que, no começo do século XIX, seriam conhecidos como os primeiros socialistas⁶¹.

8. A justiça agrária de Paine

Como alternativa ao igualitarismo de Babeuf, fracassado e desacreditado àquela altura, Thomas Paine (1737-1809) apresentou ao Diretório, em 1797, uma proposta destinada a “melhorar a condição de todos os homens”. A ideia, consolidada em um opúsculo intitulado *A justiça agrária* (pouco conhecido hoje se comparado com outras obras do autor, como *Senso comum* e *Os direitos do homem*), consiste em uma tentativa de salvação da ideia igualitário-material, sem, no entanto, aderir ao radicalismo babeuvista.

A escolha por encerrar esta investigação recordando Paine deve-se ao fato de que sua proposta marca uma das saídas que o igualitarismo nascente terá no século seguinte: se a ideia de Babeuf vai alimentar o socialismo e sua busca por uma igualdade total, a de Paine abrirá uma via para

60 TRUYOL Y SERRA, 1975, p. 284.

61 BERTAUD, 1989, p. 293.

o igualitarismo moderado e sua pretensão de harmonizar a propriedade privada com as necessidades sociais, antecipando a ideia de justiça social.

No começo da obra, Paine ressalta que, embora esteja encaminhando sua proposta à França, nação que teve a felicidade recente de, com a Revolução, “unir a liberdade à igualdade”, sua justiça agrária é um princípio geral, válido para qualquer sociedade razoavelmente desenvolvida.

Assim, ele afirma que todo homem ao nascer tem direito natural a um determinado gênero de propriedade, ou, na impossibilidade disto, a uma indenização equivalente. Isto se dá porque, em seu estado natural, destituídos de agricultura e sem manufaturas, artes e ciências, os homens não são ricos nem pobres, não vivem na opulência nem na miséria. Basta, porém, que ingressem na civilização para que a pobreza e a riqueza surjam e a desigualdade se instale. Como não é possível regressar ao estado de natureza, os legisladores devem se concentrar em minorar os inconvenientes da vida social, buscando um estado no qual a situação dos indivíduos não seja pior do que a natural.

Sua proposta é que os homens franceses acima de 21 anos recebam 15 libras esterlinas anuais como indenização pela distribuição desigual das terras que, no estado de natureza, seriam de uso e propriedade comum (e 10 libras para os que já passaram de 50 anos). Mas não somente os pobres devem receber tal quantia. Paine é enfático ao dizer que ricos e pobres têm direito ao mesmo valor, de modo a evitar “toda odiosa distinção”.⁶² Assim, ao contrário de Babeuf, ele rejeita o igualitarismo radical e sua luta pela eliminação das fortunas e dos títulos de propriedade, não vendo problema algum na riqueza, desde que esta não esteja fundada sobre a miséria alheia⁶³.

A Revolução só triunfará verdadeiramente, diz Paine, quando as distorções que a motivaram forem totalmente corrigidas, quando a sociedade do Antigo Regime, injusta em seus princípios e odiosa em seus efeitos, houver desaparecido por completo. E isso só acontecerá quando a cada homem for assegurada uma renda suficiente para que escape da miséria⁶⁴.

A justificativa apresentada é o mais significativo em sua proposta. Para ele, as ações beneficentes de ajuda aos pobres são belas e louváveis, mas insuficientes, pois ao dependerem da boa vontade e da disposição

62 PAINE, 1787, p. 21.

63 PAINE, 1787, pp. 30-31.

64 PAINE, 1787, p. 41.

dos particulares acabam não produzindo grandes efeitos. Mas, quando se organiza a sociedade sobre novos princípios, “nós poderemos destruir a miséria geral de um só golpe”⁶⁵. A justiça agrária, portanto, não é uma institucionalização da caridade, mas uma nova compreensão da justiça: “é a justiça e não a caridade que forma o princípio do meu plano”⁶⁶.

O autor inaugura, como dito, uma nova rota de pensamento para a igualdade: a supressão das necessidades do homem é algo *devido* pela sociedade. Antecipa-se, desse modo, a noção de justiça social que surgirá no século XIX e a de direitos sociais do século XX. Paine, em última análise, é igualitário quando enxerga a pobreza como um mal e aponta o dever da sociedade de repará-la, mas, diversamente de Babeuf, não vê um mal intrínseco na propriedade e na riqueza, fatos sociais que não devem ser eliminados, mas postos a serviço das necessidades do homem.

9. Conclusão

Considerando o problema proposto, pode-se concluir que o igualitarismo surgiu na segunda metade do século XVIII, nos momentos que antecederam e nos que se seguiram à Revolução francesa. É possível afirmar que o *Discurso* de Rousseau, com sua denúncia da desigualdade política como um desvio social, e a política montanhesa, com sua ação política reformista, foram etapas importantes para o nascimento da ideia. Mas, com Babeuf, o igualitarismo ganha contornos mais definidos, apresentando-se como uma proposta mais consciente de si e ousada o suficiente para apostar na igualdade total dos bens como o desenlace final da Revolução. Mesmo mal-sucedida, sua Conspiração deixou um legado que viria a ser absorvido e reelaborado pelo socialismo do século XIX. Thomas Paine, com sua justiça agrária, também contribuiu para a maturação da noção, trazendo à tona um igualitarismo mais moderado e, em seu entender, adequado aos direitos do homem, já que dotado de uma pretensão universalista (renda anual igual *para todos*), abrindo assim uma alternativa reformista ao radicalismo babeuvista de cunho revolucionário.

A razão pela qual o igualitarismo surgiu e se desenvolveu a partir daquele período foi, em um primeiro momento, o inconformismo dos

65 PAINE, 1787, p. 31.

66 PAINE, 1787, p. 32.

homens da época com a sociedade estratificada, cindida em injustos “estados” ou “estamentos”. Esses homens tomaram consciência da liberdade de todos e buscaram realizá-la pela via revolucionária da igualdade de direitos. Mas nem todos aceitaram que os entraves à felicidade dos seres humanos decorriam *apenas* dos direitos desiguais; para alguns, o problema real era outro, oriundo mais da desproporção de riquezas que da desigualdade de oportunidades. Rousseau, Robespierre e Babeuf são os exemplos mais relevantes desse segundo grupo. A partir deles, e até os dias atuais, a questão da desigualdade econômica e de sua possível injustiça nunca mais deixaria o palco das discussões político-jurídicas. Pobreza, miséria, distribuição de recursos e limites da ação estatal na realização de uma igualdade “de fato” são questões que hoje ninguém pode ignorar. Regressar às origens do igualitarismo, como proposto aqui, pode servir como passo inicial para a compreensão daquilo que está em jogo desde o século XVIII, e também para pensar possíveis soluções para esse já longo debate.

Referências

- ADVIELLE, Victor. *Histoire de Gracchus Babeuf et du babouvisme*. Paris: Lauteur, 1884. Disponível em: <<http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt-6k65396715.r=%22Histoire%20de%20Gracchus%20Babeuf%20et%20du%20babouvisme%22?rk=42918;4>>. Acesso em 30.08.2016.
- BABEUF, François. *Textes choisis*. Paris: Éditions Sociales, 1951.
- BASTIAT, Frédéric. *La loi*. Paris: Guillaumin, 1850.
- BERTAUD, Jean-Paul. *Initiation à la révolution française*. Paris: Perrin, 1989.
- BOBBIO, Norberto. *Eguaglianza e libertà*. Torino: Einaudi, 1995.
- BUONARROTI, Filippo. *Conspiration pour l'égalité dite de Babeuf*. Bruxelles: Librairie Romantique, 1828. Disponível em: <https://books.google.com.br/books?id=5=6-JLBdVl8AC&printsec=frontcover&hl=pt-BR&source-gbs_ge_summary_r&cad=0#v=onepage&q&f=false>. Acesso em 13.09.2016.
- CONDORCET, Marquês de (Jean-Antoine-Nicolas Caritat). *Esquisse d'un tableau historique des progrès de l'esprit humain*. Introduction, chronologie et bibliographie par Alain Pons. Paris: GF Flammarion, 1998.
- CURCIO, Carlo. Eguaglianza (dottrine generali). In: *Enciclopedia del Diritto*, v. XIV. Milano: Giuffrè, 1965, pp. 510-519.

- DE SANCTIS, Francesco. Eguaglianza. In: BERTI, Enrico; CAMPANINI, Giorgio (Coord.) *Dizionario delle idee politiche*. Roma: AVE, 1993, pp. 258-270.
- FACCHI, Alessandra. *Breve storia dei diritti umani*. Bologna: Il Mulino, 2007.
- FASSÒ, Guido. *Storia della filosofia del diritto*. v. II. 4. ed. Roma; Bari: Laterza, 2008.
- GAUTHIER, Florence. De Mably a Robespierre: un programme économique égalitaire (1775-1793). *Annales historiques de la Révolution française*, v. 261, 1985, pp. 265-289.
- JAUCOURT, Louis de. Egalité naturelle. In: DIDEROT; D'ALEMBERT. *Encyclopédie*, ou Dictionnaire raisonné des sciences, des arts et de métiers, par une société de gens de lettres. Tome VIII. Lousanne; Berne: Sociétés Typographiques, 1782, pp. 926-927. Disponível em: <https://books.google.com.br/books?id=6-Tla_mkBS4C&redir_esc=y>. Acesso em 14.06.2016.
- LOCKE, John. *Second Treatise of Government*. Indianapolis: Hackett Publishing Company, 1980.
- MONTESQUIEU (Charles Louis de Secondat). *Lesprit des lois*. Paris: Lavigne, 1845.
- NECKER, Jacques. Réflexions philosophiques sur l'égalité. *Oeuvres complètes de M. Necker*. Tome X. Paris: Treuttel et Würtz, 1821, pp. 341-500.
- OZOUF, Mona. Igualdade. In: FURET, François. *Dicionário crítico da Revolução francesa*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1989, pp. 738-753.
- PAINE, Thomas. *La justice agraire opposée a la loi et aux privilèges agraires*. Paris, 1797. Disponível em: <<http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k5475203c.r=thomas%20paine?rk=321890;0>>. Acesso em 22.08.2016.
- PONS, Alain. Introduction. In: CONDORCET, Marquês de (Jean-Antoine-Nicolas Caritat). *Esquisse d'un tableau historique des progrès de l'esprit humain*. Paris: GF Flammarion, 1998.
- ROBESPIERRE. *Discours et rapports a la Convention*. Paris: Union Générale d'Éditions, 1965.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Discours sur les sciences et les arts. Discours sur l'origine de l'inégalité*. Paris: GF Flammarion, 1971.
- _____. *Du contrat social*. Paris: GF Flammarion, 2001.
- SAINT-JUST. *Discours et rapports*. Introduction et notes pour Albert Soboul. Paris: Éditions Sociales, 1957.
- _____. *Fragmens sur les institutions républicaines*. Paris: Techener, 1831. Disponível em: <<http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k5487365q.r=saint%20just%20institutions?rk=21459;2>>. Acesso em 19.09.16.

- TRUYOL Y SERRA, Antonio. *Historia de la filosofia del derecho y del Estado*. Del Renacimiento a Kant. Madrid: Revista de Occidente, 1975.
- VAUVENARGUES, Marquês de (Luc de Clapiers). Discours sur l'inégalité des richesses. In: *Oeuvres morales de Vauvenargues*. Tome premier. Paris: Plon, 1874, pp. 279-298.
- _____. *Réflexions et maximes*. Paris: Gallimard et Librairie Générale Française, 1971.
- VILLEY, Michel. Lidéologie egalitariste et les droits de l'homme. In: *L'Egalité*. Actes du Colloque de Mai 1985. Caen: Centre de Publications de l'Université de Caen, 1986, pp. 193-198.
- VOLTAIRE. *Dictionnaire philosophique*. Édition présentée et annotée par Alain Pons. Paris: Gallimard, 1994.
- VOVELLE, Michel. *Les jacobins*. De Robespierre à Chevènement. Paris: La Découverte, 1999.

Recebido em 27 de setembro de 2016.

Aprovado em 21 de novembro de 2017.

Democracia, eternidade e universalidade à luz do constitucionalismo: o projeto constitucional e o tempo híbrido de François Ost

*Democracy, eternity and universality in the light of
constitutionalism: the constitutional project and the hybrid
time of François Ost*

Emerson Ademir Borges de Oliveira*
Universidade de Marília, Marília-SP, Brasil

1. Introdução

O projeto constitucional carrega em si um desafio do tempo constante. Mais do que lidar com a história do Estado, entre aquilo que se anseia e aquilo que se repudia, bem como atender às vontades do tempo presente, a Constituição precisa lidar com o espirituoso futuro. Como durar e se alterar ao mesmo tempo, mas não a ponto de as mudanças desdizerem as bases?

A ligação entre o passado e o futuro, entre o projetado e a materialidade do projeto em um Estado Democrático traz à lume a discussão acerca da própria democracia. Se a Constituição nasce como democrática e se suas promessas são fruto justamente deste ambiente plural, a sua efetivação torna-se a própria implementação da democracia. De outro lado, se tida como mera promessa, sem nenhum dever de solução, o projeto constitucional fora idealizado apenas para atender finalidades escusas que não guardam relação com a necessidade da efetivação.

Nesta dicotomia, surge o Judiciário atual, com propósitos não muitas vezes nítido, mas que, por ocasião, faz da Constituição ora letra morta, ora

* Mestre e Doutor em Direito Constitucional pela Universidade de São Paulo. Pós-doutorado em Democracia e Direitos Humanos pela Universidade de Coimbra. Professor Assistente nos cursos de graduação, especialização, mestrado e doutorado em Direito na Universidade de Marília. Vice coordenador do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito da Universidade de Marília. Advogado. E-mail: emerson@unimar.br.

letra mais do que viva. E tanto quando a mata, quanto quando a ressuscita, corre o risco de fazê-lo além de suas propriedades.

Na mitologia grega, Prometeu, filho de Jápeto, em acirrada defesa dos homens, furta o fogo de Zeus e o entrega aos mortais. Pelo crime, Zeus o deixa amarrado a uma rocha durante a eternidade, tendo seu fígado devorado diariamente por uma águia, vindo a reestabelecer-se durante a noite.

A transgressão heroica de Prometeu, ao colocar o homem em pé, deixa a humanidade em marcha a partir de um ato de negação e revolução. Ensinando, Prometeu instrui e institui, com vistas a conferir, pela promessa, a duração.

Epimeteu, ao contrário do gênio avançado de Prometeu, sempre chega atrasado. Como conciliar a ideia que circunda entre aquele que se avança demais e aquele que se inscreve em um passado eterno?¹

François Ost trabalha a “promessa de ligar o futuro” como uma forma das gerações presentes cuidarem das futuras a partir de determinadas diretrizes, não paralisando o efeito transformador da realidade sobre o texto – já que o inverso não se efetiva -, mas permitindo que os juízes do futuro possam partir de certos pressupostos.

O problema de uma Constituição é sempre identificar em seu contexto qual parte visa proteger e paralisar o momento, como advém da ideia das cláusulas pétreas, e qual parte é de fato prospectiva, com vistas a proteger o homem do próprio homem futuro.

Até porque é difícil imaginar uma Constituição que não seja, em parte, uma fotografia da realidade presente, identificando os problemas, as inquietudes e as inconstâncias de um determinado Estado, e, em outra parte, os anseios da conquista de certos direitos e a tentativa de sua eternização. Sobre isso, há até princípio: não retrocesso social, ou como prefere a doutrina francesa, *effet cliquet*, a limitar o próprio Poder Constituinte Originário.

Contudo, daí decorre uma nova problemática. Mesmo os anseios e as promessas para ensejos futuros não se furtam à obviedade de que são construídos sob a ótica do tempo presente. Novamente, mesmo quando se pensa em efeitos prospectivos, tem-se uma fotografia atual. Assim, no dia de amanhã, provavelmente, as promessas não sejam mais as mesmas, exatamente no mesmo momento em que aquelas idealizadas no passado começam a se tornar realidade.

1 OST, 2005, pp. 191-192.

Afinal, qual a marcha que faz se mover o projeto constitucional e qual o papel do Judiciário neste movimento?

2. O problema da intermitência das Constituições

O roubo do fogo por parte de Prometeu, o prudente, em oposição a seu irmão Epimeteu, o irrefletido, faz nascer a questão sobre como conciliar o antigo e o novo, a constância e a ruptura².

Ost aponta que nós andamos mesmo rapidamente e a isso dá o nome de utopia. A utopia faz com que os homens passem a crer que em um dia podem modificar um universo de direitos e elaborar uma nova Constituição recheada de preceitos fundamentais até então inexistentes, como no Brasil. A utopia é a marca da impaciência que negligencia as transições. Ela marca a ausência de raízes e facilita uma história inexistente³.

A utopia se confunde, nesse meio tempo, com o desejar sem saber se poderá chegar. Estimulada muitas vezes pelas bruscas mudanças conceituais, a sociedade se vê diante do tudo querer. E querendo, do tudo prometer. De fato, novos cenários políticos que se ergam em curtos espaços de tempo carregam em si o germe das grandes alterações. Alterar para não voltar.

Mas a sociedade sabe se revigora no seu sofrimento e se recupera, como o fígado de Prometeu, durante a noite, nos refluxos do direito, inscrevendo seu projeto no tempo para ser provado, muito mais do que o precipitando na utopia⁴.

Os mortais homens, no entanto, devem saber trapacear o tempo para conseguir trabalhar simultaneamente operando a brecha do tempo ou organizando sua longa duração, conjugando a emancipação dos homens com o estabelecimento da lei. Esse tempo híbrido, infinito, porém móvel, coloca de um lado a mortalidade dos homens e de outro a infinitude de suas aspirações e solidariedades confiantes, *metamórfico*, que “se transforma sem desaparecer jamais”, *dialético*, que “progride sem se renegar”, encontrando o “justo equilíbrio entre estabilidade e mudança”, entre o fundamento de suas instituições e o futuro⁵.

2 OST, 2005, p. 192.

3 OST, 2005, p. 192.

4 OST, 2005, p. 192.

5 OST, 2005, pp. 192-194.

Assim é a promessa, que não possui sentido se não for “enraizada numa socialidade prévia e relacionada com a regra de fidelidade”⁶. Somente na confiança a promessa pode se propor a se tornar um laço social.

São promessas sem enraizamento, inscrições que se operam sem dialética política, utopias que negligenciam as transições, as marcas das Constituições que se propõem a prometer sem saber cumprir. Daí derivarem espécimes como as Constituições álibis, formas de manipulação ou ilusão do tempo presente, propostas a imunizar “o sistema político contra outras alternativas, desempenhando uma função ‘ideológica’”⁷. Mas o bem-estar dura somente o tempo de expectativa razoável da promessa.

De um lado opera o descontínuo ou o instantâneo, uma vontade pretensamente soberana, com efeitos imediatos, obrigatórios, que deve durar enquanto outra ordem não lhe substitua. Esse é o modo positivista de analisar o direito, que nega as transições e isola o direito do social, escancarando essa velha inimizade. A norma vige enquanto outra não lhe revogue. O direito não é encadeamento, mas apenas instantes sucessivos numa escala de tempo. É *estática* porque se afasta da realidade social e transforma a letra da lei em última palavra. É *dinâmica* porque qualquer nova lei pode lhe substituir, não havendo preocupação com a mutabilidade constante das normas jurídicas. A preocupação é somente com o fato de a mutação se operar com atendimento às formalidades necessárias⁸.

De outro lado opera o contínuo, o *tempo híbrido* que ensina o direito a trapeçar: móvel e estabilizado ao mesmo tempo, instituinte e instituído. Preocupa-se com as transições, não lhe sendo crível nem as mudanças instantâneas e nem as instituições permanentes. Vinculado ao elemento social, o direito relativiza as pretensões soberanas. Por um lado, prega a segurança jurídica contra a mutação constante das leis, para fazer durar o laço social. Por outro lado, lembra aos juízes que a letra da lei deve estar atenta à questão social e deve ser revista sob pena de se tornar injusta, pela observância da boa-fé dos acordos. É preciso revisar para durar. O direito é, assim, *nem nunca, nem sempre*⁹.

Esse direito faz rolar no primeiro plano a velocidade das mutações enquanto organiza, ao fundo, o duradouro. Atrás do povo atual - o homem

6 OST, 2005, p. 194.

7 NEVES, 2007, pp. 39-40.

8 OST, 2005, pp. 194-195.

9 OST, 2005, p. 195.

mortal -, ele lembra as promessas do povo perpétuo - as infinitudes das aspirações humanas. Não se projeta no futuro esquecendo do passado¹⁰.

A “temporalidade que se absolutiza é perigosa”. A “fixação exclusiva no passado da memória também”. O simples rumo ao futuro é suspeito. Esse futuro simples, ansioso em se livrar do passado, subtrair as rupturas do presente e preservar-se dos questionamentos é um futuro sem perspectiva, “sem futuro”, estéril¹¹.

Não se trata simplesmente de fugir do tempo positivista, “instantâneo e perenizado”, que “coloca a regra fora do tempo”. Visa-se, além disso, posicionar-se frente aos constituintes e legisladores que pretendem retirar da norma a ação do tempo, inscrevendo-a numa eternidade intocável¹². Ou, diríamos, a “Constituição Âmbar”, eternizada, tal qual edificada e protegida por um escudo de indisponibilidade evolutiva.

Nesse sentido salutar lembrar o artigo 2º da Constituição de 1852 de Luis Napoleão Bonaparte: “Fica proibida qualquer discussão que tenha por objeto a modificação da Constituição, publicada ou reproduzida, pela imprensa ou por cartazes”.

Sabe-se bem o que resulta geralmente destes textos: recusando-se a fazer do tempo um aliado, são, logo, vítimas dele. Congelando o direito em seus estados de estabilidade, são levados em suas fases de turbulência, por não terem sabido administrar um lugar para a mudança¹³.

Noutros casos, o legislador, para manter o sentido de sua obra, reserva-se à “exclusividade de sua interpretação” em caso de dúvidas. Assim era nas Constituições de Justiniano. E noutras vezes também os particulares são tentados pelo sonho de eternidade em “rendas perpétuas”, compromissos para toda a vida, “cláusula de não concorrência ou exclusividade ilimitadas no tempo”. É a “filosofia temporal” que se esforça em impedir essa alienação definitiva do futuro¹⁴.

10 OST, 2005, p. 195.

11 OST, 2005, p. 298.

12 OST, 2005, p. 299.

13 OST, 2005, pp. 299.

14 OST, 2005, pp. 299-300.

Qual a medida que se impõe diante das Constituições para que o legislador nem se renda ao *canto das sereias da Odisséia*¹⁵, nem impeça as gerações futuras prendendo-as ao mastro sob o astuto argumento de que existem cláusulas eternas?

Em entrevista concedida ao Jornal A Cidade, de Ribeirão Preto, o professor Rubens Beçak, Livre-Docente pela Universidade de São Paulo, tratando de discussões futuras sobre uma nova constituinte, ressaltou: “Não acho que uma Constituição precisa ser eterna. Porque, na prática, é a tentativa de uma geração de engessar o futuro. E o mundo muda”¹⁶.

É preciso lembrar, não obstante, que cada ato de proposta de uma nova Constituição é ao mesmo tempo *desconstituente* da anterior e *reconstituente* da novel. Mas é fato que nos dias atuais tornou-se mais insustentável afirmar que as novas ordens constitucionais derivam de um poder constituinte originário que tudo pode¹⁷.

John Locke, em seu *Segundo Tratado sobre o Governo Civil*, trouxe a ideia, aqui pertinente, de que, a despeito da possibilidade dos homens estabelecerem os governos como bem lhes pareça, não poderiam “obrigar por contrato seus filhos ou sua posteridade”, conclusão retomada, posteriormente, por Rousseau¹⁸.

Ainda na França revolucionária, é conhecida a passagem constante do artigo 28 da Declaração dos Direitos Humanos e do Cidadão, de 1793, segundo a qual “um povo tem sempre o direito de rever, de reformar, e de

15 ELSTER, 1993, p. 93 e ss.

16 BEÇAK, 2011.

17 “Cl. Klein tem razão ao sublinhar: é preciso ‘desdramatizar’ o poder constituinte e deixar de concebê-lo como uma autoridade extra-jurídica portadora de um direito definido tabula rasa: sua ação, por mais revolucionária que seja, não escapa ao confronto das ‘ideias de direito’ prevalecentes no corpo social. Com a revolução, sem dúvida, impôs-se a concepção da Constituição como ordem, ato jurídico unilateral, norma imperativa. Mas esta norma procede ela mesma do pacto social: longe de cair do céu, ela resulta do acordo que se estabeleceu inicialmente entre o povo, o povo e os dirigentes em sequência, do que resulta a confiança, sem a qual nenhum texto pode pretender impor-se duradouramente. Privadas desta referência à promessa social fundadora, as constituições não surgem senão como a expressão de um direito descontínuo, aleatório e, resumindo, tão inexplicável quanto insensato. Ora, nossas análises precedentes da promessa mostraram-nos que não há nenhuma promessa que se mantenha fora de um quadro constitucional e de um campo de valores (fidelidade, lealdade, boa-fé...) previamente estabelecidos. Estas primeiras observações deveriam colocar-nos em alerta: não nos livramos tão facilmente da dialética constitucional: atrás da ordem imperativa não deixam de se fazer valer o pacto e os valores que o cimentam: para além da inversão revolucionária perfila-se a vontade de estabelecer uma ordem duradoura... de sorte que temos base para pensar que através da Constituição-ato de vontade, nunca se deixou de fazer ouvir a Constituição-produto da história”. OST, 2005, pp. 254-255.

18 Cf. OST, 2005, p. 259.

mudar a Constituição. Uma geração não tem o direito de sujeitar às suas leis as gerações futuras”.

Entre os americanos, é célebre a afirmação de Thomas Paine durante o processo de independência norte-americano: “querer governar do além-túmulo é a mais ridícula e a mais insolente das tiranias [...] A democracia é legítima somente graças ao consentimento dos vivos”¹⁹.

Longe, no entanto, de se afirmar que a intermitência das Constituições seja um “problema”, no sentido de empecilho, para o Direito e sociedade, tem-se, na presente, uma verdadeira questão de objeção científica.

Vê-se, pois, quais as questões que impedem, ou ao menos recomendam, que uma Constituição seja dotada de caráter eternizador, assim como não pode estar imbuída de normas altamente instáveis, direcionam a perspectiva para o modo de proceder diante da alteração das pretensões jurídicas.

Vale dizer, se as Constituições realmente não são eternas, dadas as configurações sociais e os anseios jurídicos que daí decorrem, como o intérprete do Direito deve responder a esse quadro? Uma interpretação extremamente evolutiva traz os riscos de afirmar aquilo que nem de longe está previsto na Constituição. Uma interpretação refreada pelo medo da evolução, por sua via, pode acabar se distanciando dos ideais políticos pretendidos por aquela sociedade.

A busca do equilíbrio é o desafio constante de um Judiciário considerado “ativista”. E quanto ao projeto democrático a questão é muito mais contundente, conforme será visto mais adiante.

3. Alteração das Constituições, decisão política fundamental e manutenção do projeto democrático

Partindo do pressuposto anteriormente construído, as alterações das Constituições – seja em parte, seja no todo – mostram-se inevitáveis, ainda que tais mudanças não signifiquem reconstrução textual. Neste ponto, aliás, a doutrina costumou valer-se da possibilidade das alcunhadas “mutações constitucionais”.

O fato é que, diante de textos e entendimentos que não são eternos, apresenta-se a necessidade de rever ou reler as Constituições, trazendo novas conclusões sobre o tema. O ex-Chief Justice Hughes, quando governador de

19 MANENT, 1986, pp. 46 e 49.

Nova York, proferiu a famosa expressão: “Vivemos sob uma Constituição, mas a Constituição é o que os juízes dizem que ela é”²⁰.

A Constituição dos Estados Unidos da América, por sinal, constitui maravilhoso exemplo de mutação constitucional, dado seu texto construído na Convenção da Filadélfia em 1787 e emendado apenas 27 vezes em mais de 200 anos de existência.

Nessa linha, cogita-se se a mutação constitucional (*Verfassungswandlungen*) apresentar-se-ia como uma possível solução para o problema da intermitência das Constituições, dadas as diferenças entre as pretensões sociais e a realidade histórica no exercício do poder constituinte originário e no momento de aplicação do texto.

A leitura e a manutenção do texto constitucional é sempre uma questão a ser desafiada pelo tempo, colocando em embate o poder constituinte originário e suas pretensões e o poder de revisão e a nova conjectura social-histórica.

François Ost, nessa linha, expõe com maestria:

Assim, a questão dos limites da revisão constitucional é simultaneamente um desafio central para a filosofia do direito e para a filosofia do tempo, no que ela opõe de modo frontal os positivistas jurídicos, sustentadores de uma soberania sempre atual, aos partidários da instituição mais ciosos de constância na sua duração²¹.

Para a frente positivista, evidentemente, o poder revisional possui caráter formal, isto é, apenas regras procedimentais podem limitá-lo. Entre nós, por exemplo, vide o artigo 60 da Constituição Federal, com regras diferenciadas para proposição e aprovação, bem como limitações circunstanciais e materiais, visando resguardar um núcleo essencial do projeto constituinte. O problema, logo de início, de um pensamento como este – positivista – é a possibilidade de uma *dupla revisão*, na teoria de Jorge Miranda²², alterando o artigo 60 para, então, emendar qualquer parcela do texto constitucional – agora, sem limites²³.

20 BORGES DE OLIVEIRA, 2015, p.100.

21 OST, 2005, p. 256.

22 MIRANDA, 2011, p. 277.

23 OST, 2011, pp. 283-284.

Por outra via, as limitações são acusadas pelos positivistas como oriundas do jusnaturalismo, providas de um interpretacionismo divinatório de caráter supraconstitucional.

Não se negue a possibilidade de uma revisão total da Constituição, mas sempre que isso decorra de uma alteração do espírito constitucional de tal grandeza, a ser caracterizada mesmo pelo seu ideal revolucionário, e não de uma fraude ou desvio de poder propugnada a partir do inocente direito positivo.

Vê-se, pois, os perigos inerentes a um modelo que se limite a respeitar as questões meramente formais da Constituição. A Constituição de Weimar, de 1919, a despeito de sua substancialidade democrática e republicana, nunca conseguiu garantir estabilidade a tal regime. Diante de uma possibilidade revisional legislativa ampla, acabou abrindo caminhos para o *Reichstag* transferir amplos poderes ao Chanceler. Os resultados drásticos conduziram a uma reformulação no pós-Guerra, com a seguinte previsão na Lei Fundamental de Bonn, de 1949: “Eine Änderung dieses Grundgesetzes, durch welche die Gliederung des Bundes in Länder, die grundsätzliche Mitwirkung der Länder bei der Gesetzgebung oder die in den Artikeln 1 und 20 niedergelegten Grundsätze berührt werden, ist unzulässig”²⁴.

Ordinariamente, parece difícil conceber um modelo por meio do qual se possa inscrever a necessidade da atualização da leitura das Constituições, precipuamente por meio da jurisprudência superior e da doutrina constitucionalista, sem que isso afete a intangibilidade desenhada fundamentalmente por um poder constituinte originário atemporal.

O *Chief-Justice Stone*, no famoso *United States v. Classic*, 313 U. S. 299, partilhou da mesma preocupação de se manter a fundação institucional do projeto constitucional sempre viva:

Lemos suas palavras (da Constituição) não como as de códigos legislativos sujeitos a contínua revisão em face da mudança dos acontecimentos, mas como a revelação dos grandes propósitos que se pretenderam alcançar através da Constituição, como instrumento continuado de governo.

24 No vernáculo: “São inadmissíveis as emendas à Lei Fundamental que afetem a divisão da Federação em *Länder*, o princípio da participação dos *Länder* na legislação ou os princípios estabelecidos nos artigos 1 e 20 (liberdades públicas)”.

Parece, pois, que a interpretação evolutiva, para que não afete o sentido de existência das normas e das estruturas do Estado, necessita de parcimônia das Cortes Constitucionais. É nesse sentido extremamente importante que os Tribunais tenham composição múltipla, pluralista e suas decisões sejam muito bem fundamentadas, tanto no aspecto jurídico, quanto nos aspectos sociais e políticos – sem conotação partidária.

E mais do que isso: é imprescindível que as Cortes tenham os olhos voltados para a relação entre direito e cotidiano e sejam abertas à população, de modo a conferir legitimidade às suas interpretações. Nesse ponto, sobrelevam-se as audiências públicas e os amigos da Corte – *amici curiae* –, entre nós práticas que têm se tornado bastante difundidas após a Constituição de 1988.

Em visita recente ao Brasil, o notável constitucionalista alemão Peter Häberle, afirmou que “todos os cidadãos devem acreditar na Constituição, contanto que esta seja boa, como o são as do Brasil, da Alemanha e da Espanha”. Ainda, ressaltou que nas “universidades, é importante iniciar-se o ensino de Direito Constitucional como uma introdução genérica às leis fundamentais, em seus aspectos históricos”. Por fim, o renomado professor ainda destacou a atuação do STF, como “um dos melhores tribunais constitucionais da América Latina e ampliou, sobretudo, os instrumentos do Direito Constitucional Processual com a criação de audiências públicas e a introdução da figura do *amicus curiae*”²⁵.

É importante sempre frisar que a Constituição retrata os aspectos axiológicos e históricos de cada povo, conforme pensamento predominante na maioria das concepções constitucionais (historicista, sociológica, marxista, institucionalista, filosofia dos valores e estruturalista²⁶), vertendo-se em primado orientador da conduta não apenas dos Tribunais, mas dos próprios cidadãos. Hodiernamente, o povo debate, nos ambientes públicos, as decisões das Cortes Constitucionais em países como o Brasil, seja para agraciá-las, seja para criticá-las. E, no inverso, as Cortes Excelsas aceitam a participação do povo no processo decisório, principalmente quando, em temas de grande relevo, convoca audiências públicas ou aceita o ingresso dos *amici curiae*.

25 HÄBERLE, 2011.

26 MIRANDA, 2011, p.189.

Assim, o projeto constitucional envolve muito mais do que a mera proposta escrita, desencadeando o funcionamento de uma engrenagem que reposiciona o povo no contexto dos Tribunais.

Relevante considerar que a proteção das bases fundantes do poder constituinte originário para o além-tempo volta-se não apenas contra o legislador, mas contra as próprias maiorias eleitorais, sempre que isso se mostre necessário para a manutenção legítima do projeto constitucional. É como destaca, mais uma vez, Ost: “é justamente ao presente que se trata de fazer a triagem, na herança do passado, do que ainda é necessário para que o futuro tenha sentido”²⁷.

A interpretação constitucional não deve ser confundida com o momento de celebração de um contrato de trato sucessivo, com prestações diferidas no tempo, em que a interpretação atual somente pode alcançar as prestações do contrato celebrado no passado na ocorrência de situações extremas e imprevisíveis - *contractus qui habent tractum sucessivum et dependentiam de futuro rebus sic stantibus intelliguntur* -, a exemplo do artigo 1.467 do Código Civil Italiano, artigo 269 do Código das Obrigações Polônês, artigo 1.198 do Código Civil Argentino, artigo 437 do Código Civil Português, artigos 317 e 478 do Código Civil Brasileiro e artigo 6º, V, do CDC pátrio.

Pelo contrário, a interpretação constitucional deve ser sensível ao tempo, guardando as situações extremas e imprevisíveis para as revoluções que se guiem na busca de um novo poder constituinte originário, aí sim podendo alterar mesmo as cláusulas fundantes do sistema.

Nem se diga que a evolução da interpretação possa ofender a segurança jurídica e a estabilidade das instituições, pois é somente na esfera de um modelo parcialmente flexível que se torna possível aproximá-lo dos anseios do povo presente e resguardar a vontade determinante do povo passado²⁸.

Cass Sunstein, em obra magnífica, ressalta, ainda, a necessidade de se valer de *princípios interpretativos* na exegese do texto constitucional, princípios estes que se encontram externamente à Constituição e

27 OST, 2005, p. 268.

28 “A Constituição é o ordenamento jurídico do Estado, mais precisamente da vida em que se opera sua realidade vital, isto é, do seu processo de integração. O significado desse processo é a produção sempre nova da totalidade da vida do Estado, e a constituição é o regulamento legal (*gesetzliche Normierung*) de aspectos individuais deste processo”. SMEND, 1988, p.150.

cuja escolha seria fruto de muitos dissensos quanto ao significado do Texto Maior²⁹.

É certo, todavia, que nem o método, tampouco a interpretação construída a partir do método eleito, podem ter como base o resultado pretendido de antemão. Vale dizer, não deve a eleição do método ser guiada diretamente para alcançar o resultado que o intérprete pretende antes de iniciar as trilhas do próprio método. É o método que deve auxiliar na construção do resultado, e não apenas servir para justificar o que já se encontra decidido.

Retomando a ideia das bases sustentáveis do poder constituinte originário, é de se questionar se a democracia é uma dessas bases propriamente dita ou auxilia a manutenção da essência das mesmas. Veja-se, no nosso caso, que desde o preâmbulo há uma clara escolha política pelo Estado Democrático de Direito. E, por outro lado, a democracia é instrumento no intuito de guiar as demais bases do Estado. É até mesmo difícil imaginar princípios como pluralismo, valores sociais do trabalho, sociedade livre, justa e igualitária, dignidade da pessoa humana, separação dos poderes, etc. que não se toquem com a democracia.

Esse duplo caráter inscreve a democracia no âmago da nossa Constituição, transformando o projeto democrático em algo quase como “eterno enquanto dure”. Isto é, elemento central, irredutível, embora capaz de conceder flexibilidade, mas que, por estar homenageado de forma tão profunda, apenas comportaria seu afastamento por revolução que se perfilhe em novo poder constituinte originário. Ainda assim, é espinhoso imaginar uma revolução que, ao ser construída no anseio do povo, não traga, ela mesma, o germe democrático.

De outro lado, é a democracia o princípio que propulsiona a realização da própria Constituição, eis que, nestes termos, fora a mola que, na vertente pluralista, serviu de mão à escrita do próprio texto constitucional. Realizar a Constituição é realizar a própria democracia que lhe escora.

Naturalmente instável, a democracia, enquanto elemento fundante de muitos poderes constituintes originários modernos, acaba se apresentando como princípio que, embora possua flexibilidade quando utilizada para interpretar outros dispositivos constitucionais e legais, não pode ser tida como elemento capaz de sofrer expulsão do texto constitucional ou mesmo de qualquer interpretação que se faça.

29 SUNSTEIN, 2009, pp. 118-119.

Noam Chomsky, referindo-se a Thomas Carothers, justifica a flexibilidade da democracia apenas dentro de um contexto que conserve sua essência: “any form of democracy that leaves the traditional structures essentially unchallenged is admissible. Any form that undermines their power is as intolerable as ever”³⁰.

No campo político, o indecível se expressa na democracia, já que é o regime que se instituiu e se mantém na “dissolução das marcas da certeza”. Enquanto o totalitarismo viu crescer uma pretensão de “encarnar o povo” todo, a democracia torna o poder infigurável. Ninguém possui título natural para detê-lo e nem pode exercê-lo duradouramente. É vazio, inapropriável sem que seja por abuso. O totalitarismo “condensa as esferas do poder, do saber e da lei”; a democracia vê essas esferas se superarem e se tornarem “objetos de remanejamentos constantes de seus acervos e de um incessante questionamento de seus fundamentos”. O totalitarismo “esvazia o conflito” e reduz qualquer oposição. A democracia só se sustenta no “pluralismo de opiniões” e na “oposição conflitual”³¹.

Dessa forma, a democracia deixa de se preocupar em eliminar os conflitos, para torná-los visíveis, “instituinto a divisão social”. No máximo se esforçará para negociar uma saída com ajuda de procedimentos aceitos. A maioria aqui só representa uma “verdade aproximada”. “O conflito é interminável”. O sujeito da democracia se encontra o tempo todo na posição de modificar suas prioridades, “sempre parecendo virtualmente descomprometido”, sempre pronto a questionar sua própria “participação nas práticas sociais existentes”, livre para rejeitar qualquer relação que seja. “Nesse sentido a democracia moderna é essencialmente transgressiva e desprovida de base estável”³².

A respeito, representativa a passagem de Serraglio e Zambam em artigo publicado nesta revista:

Nesse sentido, a democracia, apesar de apresentar sérias falhas, é a melhor opção até agora encontrada para o exercício dos direitos individuais, pois, porque é dinâmica, torna-se evolutiva e qualitativa à medida que é continuamente

30 No vernáculo: “Qualquer forma de democracia que mantenha as tradicionais e essenciais estruturas incontestáveis é admissível. Qualquer forma que prejudique seu poder é intolerável”. CHOMSKY, 1996, p. 6.

31 OST, 2005, pp. 313-314.

32 OST, 2005, pp. 314-315.

reinventada, estando em um permanente estado de transformação, ainda mais frente à era da tecnologia e da informação, a qual, com o auxílio da globalização, liquefaz fronteiras, tanto as geográficas quanto as temporais, expandindo a comunicação e o acesso à informação, não mais restritas aos jornais e redes televisivas e radiofônicas, mas dispersas no meio eletrônico³³.

Daí porque teóricos políticos como Adam Przeworski afirmarem categoricamente que a democracia deve ser comparada a um “cenário beligerante”, carimbada pela ausência de perpetuidade, pelo jogo constante, pela “passagem apenas de ida”, pela prova, pela garantia de oposição.

Isso significa que a democracia, para a manutenção de sua configuração popular, livre e equânime, necessita, a todo tempo, da oposição testando o governo de situação, de maneira que, nesse embate, se garanta a própria essência da democracia. A possibilidade de se auferir o poder a qualquer tempo, dentro das regras eleitorais, e a ausência de uma garantia de perpetuidade promovem, dessa forma, o jogo democrático³⁴.

Nesse sentido, assevera Przeworski:

Hence, if democracy is not to evolve into a de facto dictatorship, democratic institutions must furnish the losers with instruments to counteract these effects. They must, in other words, protect the power of the minorities. If they do not, democracy will not be stabilized, since those who have lost in the first rounds of democratic competition will have good reasons to fear that they would never have a fair chance³⁵.

Esse é um quadro de necessidade de desenvolvimento da oposição como instituto que garante não só o exercício da democracia, mas sua própria essência.

33 SERRAGLIO; ZAMBAM, 2016, p.115.

34 “Em um país democrático, como os Estados Unidos, um representante quase nunca tem uma vida duradoura nas mentes de seus constituintes. Por mais pequeno que seja um corpo eleitoral, as flutuações da democracia estão constantemente mudando seu aspecto; deve, portanto, cortejar sem cessar. Um representante nunca tem certeza de seus apoiadores e, se o abandonarem, ele fica sem recursos” (TOCQUEVILLE, 1954, p. 95).

35 No vernáculo: “Por isso, se a democracia não quiser evoluir para uma ditadura de fato, as instituições democráticas devem fornecer aos perdedores instrumentos para contrariar esses efeitos. Elas devem, em outras palavras, proteger o poder das minorias. Se não o fizerem, a democracia não estará estabilizada, e mesmo aqueles que perderam nas primeiras rodadas da competição democrática terão bons motivos para acreditar que eles nunca tiveram uma chance justa” (PRZEWORSKI, 1995, pp. 40-41).

Biscaretti di Rufia, nessa linha, assevera que o sistema deve obedecer a “oscilação do pêndulo”, de forma que, ainda que obedecendo ao deliberado pela maioria, não olvide a tutela das minorias, e, ainda, assegure a constante possibilidade de alternância do poder³⁶.

A democracia deve se precaver por um lado da exacerbação do conflito e por outro da ocultação. No primeiro caso, não havendo um consenso sobre as regras do jogo e sem referência aos valores partilhados, uma parte exclui ou destrói a outra, que se tornou inimiga; estreita-se o jogo político na ausência de confiança que dá forças às promessas. No segundo caso, quando as divergências de interesse são ocultadas e as oposições minimizadas, “atrás de consensos de fachada”, surge o risco de se “desenvolver futuros focos de violência”. A arte da democracia não é esconder ou exacerbar os conflitos. É sim “dominar a violência sem, contudo, negá-la, transformar o antagonismo potencialmente destrutivo em agonismo democrático, criar uma ordem política sobre um fundo de desordem sempre ameaçador”³⁷.

É na tensão entre o consenso sobre os princípios mínimos sobre os valores comuns da liberdade e igualdade para todos e o dissenso sobre sua interpretação que a dinâmica da democracia pluralista se inscreve³⁸.

Assim, democracia e pluralismo, enquanto princípios reinantes na Constituição, vinculam-se de tal forma que se torna impossível visualizar em que momento teórico eles se distinguem. Daí porque não se vislumbrar dissociação entre a implementação da proposta constitucional e a própria democracia em si.

Ao depois, apontamentos que indicam a transparência da Administração Pública, como aqueles dispostos no artigo 37 da CF, bem como os princípios que regem as relações internacionais da República Federativa do Brasil, como a *solução pacífica dos conflitos*, identificam situações em que existe o conflito, mas em que se busca a paz para remediá-los, mediante a aplicação de outros princípios como a garantia da igualdade.

E ainda que uma Emenda Constitucional, após dupla revisão, preveja que o artigo 1º passe a qualificar o Brasil como *Estado de Direito*, seria incompreensível, na ordem internacional, que a República brasileira se aventurasse como Estado de Direito sem ser ao mesmo tempo Democrático.

36 RUFFIA, 1974, p.61 e ss.

37 OST, 2005, pp. 315-316.

38 OST, 2005, p. 316.

Deixando a situação ainda mais complexa, poder-se-ia argumentar que o artigo 1º passe, por Emenda-dupla, a prever que vivemos em *Estado Totalitário* seria preciso rasgar toda a Constituição para, formalmente, abandonar o projeto democrático do constituinte. Mesmo assim, a realidade não ofereceria suporte jurídico para essas novas pretensões totalitárias.

Por essa razão, embora o tempo traga a necessidade de constante revisão da interpretação do texto constitucional, não se afigura possível que tal interpretação possa desdizer aquilo que o texto exclama de forma maiúscula. Caberia ao intérprete a missão de incrementar ainda mais a democracia. Jamais de esvaziá-la.

4. Neoconstitucionalismo e democracia: Canotilho e o “plano de construção organizatório da democracia”

O neoconstitucionalismo surgiu como um novo estudo de perspectiva da Constituição, baseado não mais apenas na limitação do poder político, mas, sobretudo, a partir da ideia de que aquelas Constituições dirigentes e programáticas devem ser tidas por eficazes, com a realização das promessas feitas³⁹.

Nesta nova visão da Constituição, sobreleva-se a questão axiológica, visualizando a Constituição como um valor em si mesma e com valores diferentes ao longo de seu texto, uns “superiores” aos outros, não apenas de plano, mas a depender do caso concreto.

A Constituição sob a ótica neoconstitucionalista traz uma característica peculiar: a ideia de reflexo dos anseios sociais e da ideologia que prepondera em um determinado Estado. E, por estar eivada deste conteúdo, é que não é possível visualizar um modelo de Estado Constitucional em que tais valores sejam apenas formais.

Sob a ótica substancial, mesmo dentro de um rol prospectivo, há determinados elementos do Estado que, logo num primeiro momento, devem começar a ser construídos. É o que se exprime, entre nós, da Constituição de 1988 no tocante à democracia, principalmente considerando o hiato autoritário que nos guiava até então.

As Constituições modernas, bem como as suas leituras, também se baseiam no chamado “giro kantiano”, modelo ideológico a partir do qual se resgata a aproximação entre o Direito e a Moral, Ética, Justiça, etc.

39 BORGES DE OLIVEIRA, 2015, p. 106.

De acordo com esse resgate da doutrina de Kant, o indivíduo é um fim em si mesmo, possuindo valor, diferenciando-se do objeto, que tem preço. O objeto é utilizado para se atingir um fim e é fungível, diferentemente do ser humano. Assim, a dignidade humana, antes de ser uma característica fundamental do homem, é um princípio que guia toda a estrutura constitucional, colocando-se, de certa forma, acima dela, sendo garantia inerente a todo Estado Constitucional.

A expansão da jurisdição constitucional e seus novos aspectos, além de ser uma necessidade de um sistema de direitos eficazes, acaba sendo, também, consequência de um modelo neokantiano de se visualizar o direito constitucional. A jurisdição constitucional, neste novo estado de ânimo, se tornou a garantia, a chave, para assegurar que os direitos serão consolidados, ainda que os demais Poderes não colaborem para tanto⁴⁰.

Diz-se, principalmente, a partir da visão edificada neste estudo, que a realização da Constituição em Estados Democráticos de Direito é a realização da própria democracia. Assim, quando a jurisdição constitucional avança na linha entre interpretação e construção o faz justificada pela garantia da própria democracia.

Além disso, é de se ressaltar que a extensão da jurisdição constitucional acabou decorrendo, também, de uma “preocupação com o futuro democrático”⁴¹, principalmente com as bases que estruturam o Estado Democrático de Direito, de forma que o Judiciário sempre garantisse não apenas a efetivação, mas a manutenção da estrutura sistemática.

Claro que nesse contexto sobreleva-se um tipo de preocupação em relação ao interpretacionismo e à segurança jurídica que se espera do Estado de Direito, dado o fato de o constitucionalismo temperar o sistema legal com uma margem principiológica. Aqui nos valem de algo que já foi dito neste estudo: a Constituição não deve servir para moldar e nem para engessar a realidade. Para justificar a incisão do Judiciário, sempre se deve servir da motivação racional e embasada na Constituição.

40 “Em particular no que toca à figura do Juiz, nova missão é introduzida. Em razão do território alongado em que agora atua – quer em virtude da ampliação da esfera interpretativa, quer por deter a competência do controle de constitucionalidade – o Poder Judiciário assume papel diferenciado. Uma outra perspectiva, uma outra dimensão, passando, nesta sua tarefa, a envolver a **responsabilidade pela interpretação constitucional** e, conseqüentemente, **pela aplicação concreta de critérios de interpretação legal resultantes do esforço de hermenêutica**. Uma **função orientadora**. De uma justiça constitucional defensiva aporta, no século XXI, na configuração de uma **justiça constitucional de orientação**” (CAGGIANO, 2011, pp. 17-18).

41 CAGGIANO, 2011, p.18.

Além disso, é relevante introduzir, desde já, a ideia de quão falseada é a perspectiva de que o julgador é mero aplicador da lei, e não um tipo específico de criador, legitimado para tanto.

A democracia é valor preponderante no neoconstitucionalismo. Não é possível visualizar qualquer Estado Constitucional de Direito que não seja guiado pelo status de democrático⁴². Note-se, pois, que a existência de um Direito a subsidiar o Estado, protegendo-o contra si mesmo, impondo limites ao próprio Direito, efetivando a igualdade substancial e conferindo rotas e lupas interpretativas, configura o núcleo da democracia. Como imaginar uma sociedade pluralista que não seja democrática?

Há mesmo uma questão de origem que impede qualquer maior discussão acerca da força democrática em Constituições como a nossa. Quando a Constituição é promulgada por representantes do povo, ainda que não deixando de atender a certos anseios particulares, mas considerando a força ideológica local e a vontade de sobrepor-se a um regime odioso, não resta dúvidas de que estamos frente a uma Constituição democrática, adjetivando a própria Carta Maior.

E, nessa toada, a prevalência da Constituição, a interpretação e concretização constitucionais e a jurisdição constitucional acabaram se tornando instrumentos para garantir a eficácia e a estabilidade da democracia em face das transigências locais, precipuamente aquelas que, disfarçadamente, atacam o cerne da democracia.

Claro que, imediatamente após a queda de um regime antidemocrático, embora a “vontade de democracia” fosse grande, seria ingênuo supor que a mesma obtivesse instantaneamente maturidade no Brasil, ainda que fornecendo as bases ideológicas da Constituição. A democracia é valor em constante crescimento e desenvolvimento. Naquela época, por exemplo, é necessário lembrar que, a despeito de tal vontade democrática, havíamos perdido há pouco tempo a queda de braço com as eleições indiretas na famosa Emenda Dante de Oliveira. A fortíssima propaganda das *Diretas Já*, escorada em uma aprovação popular de 84%, segundo o IBOPE, não foi suficiente para aprovar o pleito.

42 Imprescindível a observação do mestre Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2010, p. 43): “Na verdade, vigora atualmente a crença numa simbiose entre constitucionalismo e democracia, democracia e constitucionalismo. Assim, o estabelecimento de Constituição é visto como o mesmo que instituição da democracia e a instituição da democracia passa pela adoção da Constituição”.

E mesmo após trinta anos de promulgação da famosa “Constituição Cidadã” não há muitos motivos para se afirmar que vivemos sob uma plena democracia. Pelo contrário, o ideário constitucional ainda está muito longe de ser alcançado, embora seja inegável que a *vontade de democracia* já permeie grande parte da vontade popular e a eficácia do direito seja tema cotidiano dos Poderes. Assim, a democracia segue em plena construção.

Surge, então, a questão acerca da sua implementação, por meio da ação da jurisdição constitucional ao tentar dar eficácia à Constituição ou se, ao contrário, tal diretriz acabaria conduzindo a um sentido completamente oposto, muitas vezes alcunhado de *ditadura do Judiciário* ou de *Supremocracia*⁴³.

Canotilho, estudando as dimensões sedimentadas da soberania popular, lembra que para Peter Badura, em *Die Parlamentarische Demokratie*, e Ernest-Wolfgang Böckenförde, é a Constituição que, estando *material, formal e procedimentalmente* legitimada, fornece o “plano da construção organizatória da democracia” (*organisatorischer Bauplan der Demokratie*), pois é por meio da Constituição que se mede serem as decisões e manifestações da vontade popular jurídica e politicamente relevantes, diante do atendimento de certos pressupostos e procedimentos⁴⁴.

A própria Constituição da República Portuguesa oferece, em seus artigos 2º e 10º, exemplos de aspectos *materiais e procedimentais* a guiarem o plano democrático. Quanto ao primeiro, por exemplo, pode-se falar em pluralismo de expressão e organização política democráticas, respeito e garantia de efetivação de direitos e liberdades fundamentais, separação e interdependência de poderes e aprofundamento de democracia participativa. Quanto ao segundo, cumpre mencionar o sufrágio universal, igual, direto, secreto e periódico e a necessidade da intermediação pelos partidos políticos.

Nossa Constituição é rica em exemplos análogos, bem como outras questões relativas aos mesmos aspectos. Uma norma procedimental, entre nós, que já fora alvo de discussões acaloradas, apresenta-se no artigo 16, que estabelece a necessidade de respeito à anterioridade eleitoral para mudanças no procedimento das eleições. No julgamento do Recurso Extraordinário 633.703, o Supremo Tribunal Federal entendeu que, a despeito da vontade popular que guiava tal pleito, nem mesmo a melhor das leis

43 VIEIRA, 2008, p. 441.

44 CANOTILHO, 2007, p. 292.

poderia romper com as regras do jogo. O respeito ao estatuído constitucionalmente, longe de afastar a democracia, se tornava consagração formal da mesma.

É claro que a Constituição era um termômetro da vontade popular acerca da aplicação da Lei da Ficha Limpa. Mas também o era em relação à necessidade de se realizar mudanças de tal magnitude com um prazo mínimo de um ano de vigência. A necessidade de uma ordem e de respeito às regras do jogo não podem ser tidas como mais valiosas, mas como direcionadoras de um *modus operandi*. A vontade popular do pleito era absolutamente legítima, tanto que considerada constitucional pelo próprio Supremo no julgamento das Ações Declaratórias de Constitucionalidade 29 e 30 e na Ação Direta de Inconstitucionalidade 4578, sem considerar o fato da Lei Complementar 135/2010 ter forte raiz difusa. Mas ela não pode ser legítima a qualquer preço, sob pena de subversão da ordem instaurada, de desrespeito aos próprios princípios apoiadores da democracia e de uma revolução institucional.

Há alguns anos, no dia 17 de dezembro de 2012, o STF se deparou com uma situação inédita. No intuito de atabalhoar o processo legislativo, realizando votação no apagar das luzes, o Congresso Nacional tentou criar um certo “regime de urgência para apreciação de vetos”, não previsto na Constituição, com o intuito de aprovar determinados artigos do Projeto de Lei 2.565/2011 que haviam sido vetados pela Presidenta Dilma Rousseff. Os artigos tratavam da redistribuição dos royalties decorrentes da exploração de petróleo nos contratos em vigor, prejudicando os Estados produtores.

A liminar deferida nos autos do Mandado de Segurança 31.816 pelo Ministro Luiz Fux ressaltou que a Constituição impõe prazo de 30 dias para a deliberação acerca do veto presidencial, que deve ser feita em ordem cronológica da sua comunicação ao Legislativo, impedindo a criação de regimes de urgência para atalhar a fila.

O Ministro ainda lembrou que “aos olhos da Constituição, todo e qualquer veto presidencial é marcado pelo traço característico da urgência, que resta evidente pela possibilidade de trancamento da pauta legislativa em razão da sua não avaliação oportuna (...) Daí por que não há vetos mais ou menos urgentes. Todos o são em igual grau”.

O Congresso alegava que a criação desses regimes de urgência se tratava de matéria *interna corporis*. Contra esse tipo de alegação, o Ministro ressaltou que “é paradoxal que, em um Estado Democrático de Direito,

ainda existam esferas de poder imunes ao controle jurisdicional”. O fato de a matéria cuidar de interesses das maiorias parlamentares não autorizaria a criação de regimes de exceção, impedindo que, com medidas no apagar das luzes, se frustrasse o debate e a cooperação democrática inerentes à toda discussão parlamentar.

Novamente aqui são válidas as palavras de Carl Schmitt: “quem domina 51% pode tornar ilegal, legalmente, os 49% restantes”⁴⁵.

A democracia não se compatibilizaria com regimes de urgências ou estados de exceção. A maturação intelectual dos projetos do Estado de Direito, sejam legislativos ou em outras esferas, é medida necessária para se evitar que medidas tomadas de forma apressada possam se tornar inconsequentes e contrárias à própria democracia, ainda que eleitas pela maioria dos legitimados.

Lembre-se o que falamos a propósito inicial deste artigo: contra a utopia que negligencia as transições, é justamente o tempo híbrido que demonstrará como se efetivar a Constituição, de forma que nem se amarre o intérprete ao canto eterno das sereias e nem o coloque em uma posição absolutamente ilusória e erroneamente criativa sobre o projeto constitucional.

Neste caso mencionado, contudo, após a apreciação do Plenário em 27 de fevereiro de 2013, o STF, por maioria, cassou a liminar concedida com os fundamentos acima delineados, firmando-se no sentido de que tais assuntos são imunes ao controle jurisdicional, por tratarem de matéria *interna corporis*, embora ao mesmo tempo tenha entendido que houve descumprimento das cláusulas constitucionais que disciplinam a apreciação de vetos.

5. Conclusão

Quando se fala em projeto constitucional, por evidente, os teóricos do Estado sempre apontam uma consequência inerente à existência de uma diretriz duradoura. O problema de como o passado possa guiar o futuro, sem que no futuro se pretenda desviar dos objetivos do passado, mas tão somente articulá-los para oferecer respostas temporalmente mais adequadas sempre existiu e sempre existirá na temática do tempo do Direito.

Mais do que isso, questiona-se se o projeto democrático seria realmente eterno. Mas esse é um problema de base, visto que, se o Estado é

45 SCHMITT, 1971, p. 49.

uma ficção jurídica criada para organizar e direcionar a sociedade, isto é, o povo, nada mais natural e consequente do que o modelo que se apresenta leve em consideração a ampla participação popular, o que culmina na própria democracia. Assim, enquanto houver Estado Constitucional, a democracia lhe perseguirá.

Nesse novo paradigma do Estado, ao melhor modelo das revoluções científicas de Kuhn⁴⁶, a defesa dos preceitos constitucionais de uma Constituição materialmente garantidora, apesar de requisitada de todos os Poderes do Estado, acabará encontrando no Judiciário seu fiel guardião. Assim, o Judiciário sai de uma posição pré-revolucionária bastante amíuê e passiva para assumir no contexto contemporâneo o papel protagonista: a última palavra do Estado Constitucional.

Seja no *judicial review* ou no modelo kelseniano, a ideia que circunda o controle de constitucionalidade se apresenta da mesma forma: a necessidade de que o Judiciário garanta a supremacia da Constituição por meio do controle dos atos estatais inferiores a ela, restando, assim, assegurado o projeto constitucional de outrora, mas sempre pendente de mutações interpretativas.

Evidente que o esforço trará em si o risco do abuso, na medida em que os liames entre a interpretação jurisdicional e a legislação judiciária não se mostram sempre tão óbvios. Partindo da premissa de Kelsen, de que a tarefa do julgador sempre terá em si uma vertente criativa⁴⁷, torna-se necessário delimitar até que ponto essa criação não adentra à esfera detidamente legislativa.

Ademais, como pudemos expor, se a Constituição possui uma origem democrática, marcada pelo pluralismo na sua confecção, as tentativas de lhe conferir efetividade nada mais são do que escorços democráticos. Assim, não há como negar que o Judiciário ativista parta desta mesma raiz. O problema é que o excesso interpretacionista pode conduzir ao desbalanceamento dos freios e contrapesos, ofendendo a separação entre os poderes, por conta de possíveis abusos por parte da esfera jurisdicional.

Deve-se ressaltar, claro, que o controle de constitucionalidade traz ao Judiciário o papel de abordar temas que, por estarem materialmente

46 “[...] uma teoria científica, após ter atingido o *status* de paradigma, somente é considerado inválida quando existe uma alternativa disponível para substituí-la (...) Decidir rejeitar um paradigma é sempre decidir simultaneamente aceitar outro e o juízo que conduz a essa decisão envolve a comparação de ambos os paradigmas com a natureza, *bem como* sua comparação mútua” (KUHN, 1997, p. 108).

47 KELSEN, 2007, p. 124 e ss.

inseridos na Constituição, não eram objeto de análise jurisdicional no direito pré-revolucionário, inclusive questões políticas tidas como inerentes à análise governamental ou de abrangência das atividades legislativas.

Tampouco se pode olvidar que, tal qual a legislação, não há como afastar a identificação do conteúdo moral das decisões, seja pela formação ideológica do julgador, seja pela influência da confecção da norma, ou mesmo pelo fruto decorrente da interpretação realizada de forma não imune ao ambiente moral.

Diante desse quadro, alguns doutrinadores oferecem a saída da racionalização das decisões judiciais, de modo que os julgadores possam, na medida da construção jurisdicional, justificá-las sob a égide de fundamentos que ofereçam subsídio lógico-estrutural para os motivos determinantes, modelo bastante significativo diante de preceitos polissêmicos ou do embate de princípios constitucionais.

Indo além, entendemos que a racionalização deve estar permeada pela razoabilidade. Uma racionalização razoável, de forma que a interpretação judicial possa ser exprimida a partir de um raciocínio lógico que não desvirtue o conteúdo gramatical da mensagem. Em adição, tudo isso concatenado a partir do desafio do tempo entre a Constituição de ontem – o projeto e as pedras intocáveis – e a Constituição de hoje que possa refletir os anseios sociais e a atualização das perspectivas.

A jurisprudência, ademais, demonstrou que, sempre chamado, quase sempre o Parlamento se mostra inerte à advertência, recalcitrante em sua omissão, deixando graves problemas da sociedade sem a devida regulação legislativa.

Nessas situações, a sociedade buscará nas Cortes o remédio, não mais para apenas advertir o Legislativo, mas também para sanar a omissão apontada, o que, se não realizado de forma cautelosa, indicará um atropelado ingresso do Judiciário na vida legislativa.

Como procuramos demonstrar, é evidente que os motes interpretacionistas podem conduzir a resultados diversos. E mesmo em face de quadros que exigem a justificação racional da construção jurisprudencial, não assusta a possibilidade ampla de entendimento do Judiciário, por vezes procurando conduzir sua motivação para alcançar a finalidade pressuposta.

A luta pela efetivação do princípio democrático traz em si mais do que a simples apuração de que se trata de um dever de todos. Oferecerá sempre o questionamento de quem exatamente e de que forma buscará implementar direitos que servem para estruturar a democracia.

Nesse diapasão, é natural que as dificuldades se apresentem, ainda mais considerando o embate de poderes, a possibilidade da quebra dos equilíbrios, a abertura dos preceitos e a ampla margem interpretativa. E, além disso, o constante desafio do tempo híbrido a questionar, durante toda a existência, se aquela Constituição do passado é a mesma que desejam os homens de hoje e desejarão os homens do futuro.

Referências

- BEÇAK, Rubens. 'Nenhuma Constituição é eterna', diz o dr. Beçak. [22 de maio, 2011]. Ribeirão Preto: *Jornal A Cidade*. Entrevista concedida a Hélio Pellissari.
- BORGES DE OLIVEIRA, Emerson Ademir. *Ativismo judicial e controle de constitucionalidade: impactos e efeitos na evolução da democracia*. Curitiba: Juruá, 2015.
- CAGGIANO, Monica Herman Salem. *Democracia x constitucionalismo: um navio à deriva?* Cadernos de Pós-Graduação em Direito: estudos e documentos de trabalho, v.1, p-5-23, 2011.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2007.
- CHOMSKY, Noam. *Secrets, lies and democracy*. Tucson: Odonian Press, 1996.
- ELSTER, J. *Ulysses and the Sirens: Studies in rationality and irrationality*. Cambridge: Cambridge University Press, 1993.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Princípios fundamentais do direito constitucional: o estado da questão no início do século XXI, em face do direito comparado e, particularmente, do direito positivo brasileiro*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- HÄBERLE, Peter. Lições de direito constitucional: entrevista [15 de agosto, 2011]. Brasília: *Revista Jurídica Consulex*.
- KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- KUHN, Thomas. *A estrutura das revoluções científicas*. 5ª ed. São Paulo: Perspectiva, 1997.
- MANENT, P. *Les Libéraux*. Paris: PUF, 1986. t.2.
- MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

- NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- OST, François. *O tempo do Direito*. Bauru: EdUSC, 2005.
- PRZEWORSKI, Adam. *Sustainable democracy*. Cambridge: Cambridge University Press, 1995.
- RUFFIA, Paolo Biscaretti di. *Introduzione all diritto costituzionale comparato*. 3ª ed. Milano: Dott. A Giuffrè Ed., 1974.
- SCHMITT, Carl. *Legalidad y legitimidad*. Madrid: Aguilar, 1971.
- SERRAGLIO, Priscila Zili; ZAMBAM, Neuro José. Democracia e internet: pensando a limitação do poder na sociedade da informação. *Direito, Estado e Sociedade*, Rio de Janeiro, n.49, p.114-141, jul./dez. 2016.
- SMEND, Rudolf. *Costituzione e diritto costituzionale*. Milano: Giuffrè Editore, 1988.
- SUNSTEIN, Cass R. *A Constituição parcial*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.
- TOCQUEVILLE, Alexis de. *Democracy in America*. v.2. New York: Vintage Books, 1954.
- VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. *Revista de Direito da Fundação Getúlio Vargas*, São Paulo, n. 8, p. 441-464, jul./dez. 2008.

Recebido em 29 de janeiro de 2016.

Aprovado em 24 de janeiro de 2018.

El compromiso ético y político con el derecho a la educación: entre discursos y realidades

O compromisso ético e político com o direito à educação: entre discursos e realidades

The ethical and political commitment to the right to education: between discourses and realities

Isabel Carrillo Flores*

Universidad de Vic, Barcelona, España

1. Notas preliminares

A lo largo del siglo veinte el derecho a la educación fue formando parte, con intensidades irregulares, de las agendas políticas gubernamentales. Ello fue posible gracias a los cambios económicos y sociales experimentados en diferentes países que, tras vivir graves conflictos –entre otros: las colonizaciones opresoras y sus expolios, la creación de la deuda externa y sus coacciones y dependencias económicas, las guerras y sus consecuencias de violencias y éxodos, las dictaduras y sus inequidades y negación de libertades– fueron avanzado en la construcción de sociedades más democráticas, conscientes de la dignidad de todas las personas, de las generaciones de Derechos Humanos y de los valores vinculados como lo son la libertad, la igualdad y la solidaridad.

En educación, los estudios, declaraciones y líneas prioritarias establecidas por Organismos Internacionales también auspiciaron los cambios en

* Isabel Carrillo Flores. Doctora en Pedagogía por la Universidad de Barcelona y Licenciada en Pedagogía por la misma Universidad. Postgrado en Cooperación al Desarrollo por la Universidad de Gerona. Profesora Titular del Departamento de Pedagogía de la Facultad de Educación, Traducción y Ciencias Humanas e investigadora del Grupo de Investigación Educativa de la Universidad de Vic. Los proyectos de investigación y las publicaciones se centran en la pedagogía ética y la educación en valores en relación a las líneas de políticas educativas, diversidad y democracia, memoria educativa. Dirección electrónica: isabel.carrillo@uvic.cat.

las políticas globales y locales, pero no siempre en las direcciones deseadas. Se han llevado a cabo reformas conducentes a no negar la educación para todas y todos, pero también otros cambios han producido los efectos contrarios. El balance que podemos realizar en pleno siglo veintiuno es desigual a nivel mundial, como desigual también lo es en el seno de los países. Mientras que para algunos grupos la educación no ha tenido barreras para el aprendizaje, para otros éstas se han mantenido e incluso se han generado otras nuevas derivadas de viejos y nuevos problemas mundiales. Se constata que unos países avanzaron considerablemente, otros lo hicieron a ritmos más lentos, e incluso en los últimos años la construcción de sociedades justas se está viendo truncada, y ello a pesar que las Organizaciones No Gubernamentales (ONG) intentaron dar respuesta a los derechos ignorados o poco cuidados por determinados Estados y sus Gobiernos. Sólo señalar, dado que no es objeto de este escrito, que en un presente de crisis estas acciones de cooperación al desarrollo han experimentado una regresión y precarización que dificulta la sostenibilidad de las mismas. El compromiso con la cooperación de Organismos Internacionales y Gobiernos nacionales se ha debilitado y está siendo derivado a entidades bancarias y otras instituciones del ámbito empresarial. La solidaridad, principio ético necesario e irrenunciable en nuestras sociedades, deja de serlo cuando el fin de dicha privatización es el lucro y no el bien social.

La realidad que vivimos en el presente no eclosiona de repente en un día, ni deriva sólo de la crisis, aunque ésta sirve para justificar muchas de las políticas que se ponen en marcha cuyas consecuencias visibles son, entre otras, el debilitamiento de los sistemas democráticos, la supresión de la sociedad del bienestar y un aumento de la brecha en la repartición de la riqueza. Las desigualdades avanzan. Unos grupos, los pocos, se enriquecen más, mientras que el empobrecimiento de gran parte de la población se acrecienta. Unos gozan del estatus de ciudadanía y otros grupos de personas pasan a formar parte de una ciudadanía de segunda clase o no ciudadanía. Los Derechos Humanos, universales e indivisibles, constituyentes de todo ser humano, se olvidan intencionalmente. Dejan de ser considerados derechos y pasan a ser un producto más en el mercado que se compra y se vende. Los motivos son complejos y multidimensionales, algunos directamente vinculados a la negación del Derecho a la Educación son abordados en estas páginas que hemos organizado en tres apartados.

En el primero realizamos una aproximación a cuatro estudios impulsados en la segunda mitad del siglo veinte por la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO)¹; son estudios que analizan el estado de la educación y plantean retos de futuro. Los informes resultantes de los estudios permiten desvelar cuáles son las realidades de las políticas públicas y de las prácticas educativas vividas y, al mismo tiempo, observar qué propuestas se realizan para la educación del futuro atendiendo a las problemáticas experimentadas. El estudio realizado por Phillip H. Coombs a finales de los años sesenta pone de manifiesto una crisis constante de la educación evidenciada en su expansión después de la Segunda Guerra Mundial, al mismo tiempo que continuaban las desigualdades. Posteriormente, el informe resultante del estudio coordinado por Edgar Faure a inicios de los setenta propone una educación para aprender a ser, vivida por todas y todos, cuya orientación sea el desarrollo de la sociedad y la plena realización de las personas. La Comisión coordinada por Jacques Delors en la década de los noventa se centra en estudiar los conflictos de la educación y propone cuatro pilares fundamentales de la educación en contextos democráticos: el saber, el saber hacer, el saber convivir y el saber ser. En el informe se defiende la educación para la convivencia como medio al servicio de un desarrollo humano más auténtico y armonioso. El último estudio que se referencia es el de Edgar Morin que reflexiona, en el cambio de milenio, sobre una educación del género humano que deberá considerar el desarrollo conjunto de las autonomías individuales, las participaciones comunitarias y el sentimiento de pertenencia a la especie humana. Tras la revisión de estas aportaciones, en el segundo apartado nos adentramos en el análisis de una educación en un presente globalizado que, en muchos países, continúa viviendo tensiones y es cuestionada tanto por los Organismos Internacionales como por los Gobiernos de diferentes países. En el caso español observamos como la tendencia de las políticas públicas es de destrucción del Derecho a la Educación como efecto de las reformas estructurales de sesgo conservador y neoliberal que se están llevando a cabo en los últimos años. En esta contexto abordamos las

1 Es misión de la UNESCO contribuir a la consolidación de la paz, la erradicación de la pobreza, el desarrollo sostenible y el diálogo intercultural mediante la educación, las ciencias, la cultura, la comunicación y la información. Entre sus objetivos globales está el lograr una educación de calidad y el aprendizaje a lo largo de la vida sin exclusiones. Disponible en: <<http://www.unesco.org/new/es/unesco/about-us/who-we-are/introducing-unesco/>> (acceso el 15.12.17).

paradojas de la educación que surgen cuando la educación es negada, inhibiendo el desarrollo humano y aumentando las desigualdades. Ello es consecuencia, entre otros motivos, de una educación que se mercantiliza y adopta como contenidos articulares el emprender y la empleabilidad en un enfoque meramente economicista. En conjunto en este segundo apartado primero se realiza una breve nota sobre la ideología del capitalismo que sirve para justificar las reformas que se están llevando a cabo y que tienen como consecuencia la negación de Derechos Humanos. A continuación se aborda la paradoja que surge cuando los discursos proclaman el Derecho a la Educación y las reformas emprendidas lo suprimen dejando de garantizar que sea una educación plena y sin exclusiones a lo largo de la vida. Se cierra el apartado con el análisis de otra paradoja relativa a los conflictos que surgen cuando se indica que la educación debe ser factor de desarrollo pero se olvida que éste debe ser desarrollo humano sustentable y sostenible.

En el tercer apartado, atendiendo a las contradicciones y los vacíos que plantean las políticas públicas en educación, y retomando algunos de los principios de la educación proyectada en los informes de la UNESCO, nos posicionamos por una educación que es ética y política, que muestra la verdad y no se amaga en falsas neutralidades. Una educación beligerante que tiene memoria y sabe de las dificultades del Derecho a la Educación en el pasado; que desvela el presente consciente que no todo está dado y que aún quedan muchas barreras; y que proyecta el futuro en un equilibrio justo de utopía y posibilidad, con el convencimiento que la educación no está determinada ni puede ser determinante, en el sentido de determinar la vida individual y colectiva de la ciudadanía. Una educación pública, la de todas y todos, porque la educación es Derecho Humano que no puede ser negado.

2. El valor de la educación en sociedades en cambio

Como ya se ha mencionado en este apartado realizamos una aproximación a estudios impulsados por la UNESCO en la segunda mitad del siglo veinte en torno al estado de la educación y sus proyecciones futuras. Esta revisión nos permite desvelar cuáles son las realidades y experiencias vividas, y al mismo tiempo reflexionar sobre las finalidades éticas de las políticas públicas y los valores de las prácticas educativas para el siglo veintiuno. Los

estudios de Phillip H. Coombs, Edgar Faure, Jacques Delors y Edgar Morin comparten la descripción y el análisis de una educación contextualizada en un espacio temporal concreto. Al mismo tiempo abren el espacio para pensar la educación del futuro en sociedades en cambio. Una educación en el mundo y para el mundo desde un enfoque de derechos y desarrollo humano que necesitan y la mismo tiempo hacen posible la democracia y las ciudadanía plenas. Los cuatro informes resultantes de los estudios constituyen propuestas consistentes que nos orientan para definir la educación en las sociedades del siglo veintiuno. En todos nos encontramos reflexiones sobre los vínculos y las tensiones entre el ayer, el hoy y el mañana. Y en todos se definen recomendaciones políticas y se proponen principios para una nueva educación de un mundo que aún no es.

2.1. La crisis de la educación y su proyección hacia el desarrollo de las sociedades

[...] La educación como elemento indispensable para conseguir un más completo desarrollo de las capacidades de los individuos y de las sociedades y para alcanzar una existencia progresivamente más creativa, segura, pacífica y gratificante para todas las gentes y naciones. Pero esto no significa, sin embargo, que la educación sea la panacea universal para las enfermedades del mundo. Evidentemente que no. Pero es uno de los requisitos esenciales para el avance progresivo de la humanidad hacia un mundo más pacífico y justo².

En 1968 Philip H. Coombs publicó el estudio *The World Educational Crisis: A Systems Analysis*³ que puso de manifiesto una crisis global de la educación que no se correspondía con las expectativas que se habían depositado en ella tras la Segunda Guerra Mundial. La educación adquirió valor y pasó a ocupar un lugar central en las agendas políticas, pero los resultados no fueron los esperados. En un contexto de postguerra se pensó que el progreso de la educación debería ser constante para poder contribuir al avance progresivo de la humanidad hacia un mundo más pacífico y justo. Las expectativas se concentraban en el mensaje que la educación podía ser un buen catalizador para el desarrollo económico. Además se argumentaba

2 COOMBS, 1985, p. 56.

3 COOMBS, 1968.

que la democratización de la educación contribuiría a mejorar la calidad de vida de la ciudadanía a través de la eliminación de las injusticias. Se proyectaba un mundo de vivencias de los derechos humanos y la educación tenía que hacerlo posible. En su informe Coombs afirmaba que estos deseos no se estaban cumpliendo. Su tesis se centraba en la afirmación de la existencia de una crisis de la educación a nivel global, precisamente en unos años en que la expansión de la educación seguía caminos ascendentes estimulada por las esperanzas surgidas. A principios de los años cincuenta se había iniciado un proceso expansivo de los sistemas educativos visible en hechos como la multiplicación de las matrículas del alumnado, el aumento rápido de los presupuestos en educación, y la consideración de la enseñanza como una importante industria local. Al final de los años sesenta la realidad era bien diferente. La crisis era evidente y su naturaleza se definía a través de las interrelaciones entre *cambio*, *adaptación* y *disparidad*. Tres factores que ponían de manifiesto la dificultad de la vivencia plena de los derechos humanos, entre ellos el derecho a la educación. A nivel mundial los cambios en la educación de los diferentes países no se habían dado con la misma intensidad; los procesos de adaptación tampoco se habían producido a ritmos concordantes y, como consecuencia, las diferencias continuaban mostrando fracturas y desigualdades. La crisis mundial sacaba a la luz las disparidades entre las aspiraciones educativas de la población, la falta de recursos y el aumento de los costes. Las propias inercias de los sistemas educativos y de las sociedades también dificultaban los cambios políticos y estructurales necesarios para garantizar el derecho a la educación⁴. En su estudio Coombs también expresaba que una progresiva concienciación en torno a los desequilibrios evidenciados había activado cambios en las orientaciones de las políticas de desarrollo y de la propia educación. Se formuló un nuevo concepto de desarrollo más centrado en la persona, en el sentido que su objetivo se debería orientar a mejorar la calidad de vida de todos los seres humanos sin exclusiones. Para ello sería necesario procurar un crecimiento equitativo, entendiendo que un verda-

4 Las crisis han continuado a lo largo del siglo veinte y permean las sociedades del siglo veintiuno dificultando el Derecho a la Educación, como así lo ponen de manifiesto los Informes de seguimiento de la UNESCO de una *Educación para todos* en el mundo (EPT) que se publican desde el año 2002. El Informe EPT es el instrumento para evaluar los progresos mundiales en la consecución de la finalidad de satisfacer las necesidades de aprendizaje de niñas y niños, jóvenes y personas adultas. Disponible en: <<http://bit.ly/2bVXDtc>>.

dero desarrollo de las sociedades requería no separar los procesos económicos de los sociales. Esta perspectiva fue acompañada de modificaciones en el significado de la educación. La consideración de la educación como escolarización en el sistema educativo formal que contempla la educación primaria hasta la universidad, midiendo la educación de una persona en función de los años de permanencia en las aulas y los títulos obtenidos, se amplió a una concepción que hacía referencia al aprendizaje global, sin poner límites en dónde, cuándo o en qué edad se producía. De esta forma la educación pasaba a ser considerada como un proceso que se puede dar en diferentes entornos y que comienza en la primera infancia y dura toda la vida. Surge así un nuevo interés por la educación no formal y la educación informal. La educación permanente en diferentes contextos quedaba justificada dado que se proyectaba como indispensable para conseguir un desarrollo más completo de las capacidades de las personas, en el sentido de alcanzar una existencia progresivamente más creativa, pacífica y gratificante para todos los seres humanos. Los avances en esta perspectiva han sido considerables, pero esta proyección de la educación se ha encontrado con las dificultades de la expansión del capitalismo y de la reincidencia de las crisis que tenido como consecuencia la adopción de medias que la minimizan, como de forma global se minimiza el Derecho a la Educación.

2.2. Una educación transformadora para aprender a ser

“Hoy más que ayer, toda reforma educativa debe pivotar sobre los objetivos del desarrollo, tanto social como económico. El desarrollo de la sociedad no se puede concebir en absoluto sin renovar la educación. Y esto en todas las sociedades, cualquiera que sea el tipo, la doctrina que profese y la forma de enfocar su destino: con una óptica reformista o con una perspectiva revolucionaria”⁵.

A inicios de los años setenta Edgar Faure presentó el informe *Apprendre à être*⁶ que indicaba la necesidad de una educación coextensiva a la vida, no sólo ofrecida sino vivida por mujeres y hombres para con ello contribuir a su realización personal y al desarrollo de sociedades aún no existentes. En el estudio se hacía un balance crítico de la educación a nivel mundial

5 FAURE, 1973, p.121.

6 FAURE, E, 1972. Disponible en: <http://www.unesco.org/education/pdf/15_60_f.pdf>. Acceso el 12.12.17.

y, aunque se reconocía la diversidad de naciones y de culturas, se demandaba la búsqueda de propuestas convergentes y solidarias de los Gobiernos y de los pueblos para hacer posible una educación global, permanente y en constante evolución a lo largo de toda la vida. En esta orientación se definía una educación para aprender a ser significada como el derecho de cada persona a realizarse plenamente y a participar en la construcción de su propio proyecto de futuro. Es decir, una educación posibilitadora del desarrollo completo de la persona *como individuo, miembro de una familia y de una colectividad, ciudadano y productor, inventor de técnicas y creador de sueños*. Destaca del informe el énfasis en una educación democrática ampliamente abierta a todas las personas. Educar en democracia y para la democracia es el medio para fomentar la igualdad y la participación responsable justa que evita que el *hombre se convierta en esclavo de la máquina*. La curiosidad, el deseo de comprender, de conocer y de descubrir se establecía como motor de la educación y expresión del *humanismo científico*. Se parte, en este sentido, de una *concepción humanista* que sitúa la persona en el centro, al mismo tiempo que la *concepción científica* aporta conocimientos sobre las personas y el mundo. La educación como producto y factor de la sociedad es analizada a través de diversas consideraciones. La primera es relativa a las estrechas correlaciones entre las transformaciones sociales y económicas y las estructuras y formas de acción educativa. La segunda hace referencia al hecho que la educación contribuye funcionalmente al movimiento de la historia. La tercera consideración alude al conocimiento que proporciona la educación que puede ayudar a tomar conciencia de la realidad próxima y de los propios problemas. Se indica también que se deberán dirigir los esfuerzos a la formación completa de mujeres y de hombres comprometidos conscientemente con la emancipación individual y colectiva. La última consideración radica en pensar que es a través de los procesos anteriores que la educación puede contribuir a la transformación y a la humanización de las sociedades. Si bien también se reconoce que la educación no puede por sí sola transformar las condiciones de la sociedad, e incluso como *subsistema de la sociedad* puede ejercer funciones contrarias al desarrollo. En este sentido se analiza la función reproductora de la educación, señalando que tal función es visible cuando la práctica educativa es inmovilista y se da en los marcos de un sistema cerrado en el tiempo y en el espacio que llevan a consolidar estructuras existentes. Todo ello con la finalidad de formar personas que se adapten a la sociedad tal y como es;

en este sentido la reproducción anula la iniciativa y el protagonismo activo. Advierte el autor que junto a la reproducción, la educación también se ha dirigido a la *deformación cívica*, proceso que se da cuando su función es de una socialización que tiene como objetivo la adaptación acrítica a través de mecanismos de imposición y sometimiento a modelos únicos incuestionables. La deformación anula la curiosidad, la pregunta y el sentido crítico.

A pesar de los cambios experimentados en el mundo, reproducción y deformación son funciones que persisten en los sistemas educativos del presente. Se fortalecen así las estructuras jerárquicas y los elitismos, siendo las consecuencias la creación y consolidación de las desigualdades y la negación de los Derechos Humanos, entre ellos el Derecho a la Educación. En contraposición, en la perspectiva de considerar la educación como posibilidad, en el informe también se indica que ésta puede renovar dado que, aunque no pueda cambiar por sí sola las condiciones de la sociedad, su opción puede ser la de no mantenerse al margen y expresarse desde el compromiso transformador. Una educación no determinada ni determinante. Una educación dinámica y potenciadora de aprendizajes éticos que abren la posibilidad del aprender a ser.

2.3 Educación para la democracia y la convivencia

“[...] valorizar la educación como espíritu de concordia, signo de voluntad de cohabitar, como militantes de nuestra aldea planetaria, que debemos concebir y organizar en beneficio de las generaciones futuras”⁷.

El año 1993 se creó la Comisión Internacional sobre la Educación para el Siglo XXI cuyo estudio fue publicado bajo el título *L'éducation, un trésor est caché dedans*⁸. Esta comisión, presidida por Jacques Delors, situó como punto de partida la constatación de la gran diversidad en el mundo de concepciones y formas de organizar la educación. Diferencias entre países, algunas de ellas deseables como el reconocimiento del valor de la diversidad de identidades. Otras no deseables al ser expresión de contravalores y de desigualdades en el Derecho a la Educación. El informe puso de manifiesto la continuidad en la vivencia de injusticias a nivel global. Junto a

7 DELORS, 1996, p. 28.

8 DELORS, 1996. Disponible en: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0011/001159/115930f.pdf>>.

ello se posicionaba respecto a la necesidad de ofrecer orientaciones para las políticas educativas de cada país de acuerdo a sus realidades y teniendo presentes los cambios constantes de las sociedades. En este sentido se planteó como necesario contextualizar la educación y, desde una visión holística, establecer relaciones entre educación y cultura; educación y ciudadanía; educación y cohesión social; educación, trabajo y lugares de trabajo; educación y desarrollo; educación, investigación y ciencia. De forma especial el informe situó la centralidad de la educación en el desarrollo de la autonomía, el juicio y la responsabilidad personal en la búsqueda y realización de objetivos comunes. Al mismo tiempo incorpora el imperativo de la formación integral de cada persona a partir del autoconocimiento del yo como resultado de procesos que interactúan entre sí y que hacen referencia a la adquisición, la actualización y la utilización de los conocimientos.

En un contexto globalizado, y con una fuerte presencia de la ideología neoliberal permeando las políticas educativas de diferentes Gobiernos, la comisión vuelve a insistir en la importancia de la educación, pero no considerada como solución milagrosa a los problemas de las sociedades, sino como medio al servicio de un desarrollo humano más auténtico y más armonioso que pueda permitir hacer desaparecer la pobreza, la marginación, la ignorancia, la opresión y la guerra. En el informe no se niegan los problemas globales. Al contrario, se propone considerar las tensiones que se viven en sociedades en movimiento, porqué la educación debe saber articularlas en una perspectiva de derechos y desarrollo humano. Tensiones entre global y local; universal e individual; tradición y modernidad; consideraciones a largo término y a corto plazo; competición e igualdad de oportunidades; expansión del conocimiento y capacidad del ser humano para asimilarlo; y finalmente entre el mundo espiritual y el mundo material.

Se argumenta que la conciliación formativa de estas tensiones exige cambios en la educación, pues se requiere educar para una ciudadanía planetaria sin perder las raíces locales; educar para establecer los puentes entre una cultura cada vez más globalizada sin dejar la formación de la identidad personal; educar para afrontar y adaptarse a los cambios sin olvidar el pasado; educar para dar tiempo a un aprender lento, paciente y reflexivo; educar para conciliar, a lo largo de la vida, la competición que estimula, la cooperación que da fuerza y la solidaridad que une; educar para acompañar el autoconocimiento y la comprensión del mundo; y fi-

nalmente educar para respetar las diferencias en un contexto de pluralismo universal. Se reconoce que todos estos aprendizajes se irán conformando en el marco de una educación permanente que deberá adoptar como fundamento articular el aprender a vivir juntos. En esta perspectiva se afirma que no puede renunciarse, sino que debe defenderse y hacer viable una educación en democracia y para la democracia; una educación que haga confluir la reflexión ética con la experiencia vivida de los valores de la convivencia. Se trata de aprender a convivir como expresión de la capacidad de comprenderse y comprender el mundo, en el sentido de comprender a las otras personas, es decir, comprender las relaciones que unen a las personas con sus entornos de vida, una comprensión basada en el respeto a la diversidad.

Es en los sentidos apuntados en el informe Delors que la educación puede contribuir a la cohesión social si tiene en cuenta la diversidad de las personas y de los grupos humanos, evitando ella misma ser un factor de exclusión social. La educación para el pluralismo, para la tolerancia y el respeto al otro, únicamente podrá darse en contextos democráticos. La democracia como requisito necesario para la educación, sabiendo que al mismo tiempo, en su hacer, la educación alimentará la democracia siempre que sea una educación de derechos, plural y participativa, que se orienta al enriquecimiento de las culturas cívicas de solidaridad y de paz. Sin embargo el informe alerta que el propio concepto de democracia está sometido a cuestionamientos que plantean la reinención de su significado y de sus contenidos de valor. La democracia debe ser fundamento de valor que posibilita la expresión de la libertad, el pluralismo dialógico y la justicia social. Todos ellos valores necesarios para el convivir de la ciudadanía. Consciente de una realidad desigual, el informe no se limita a poner el énfasis en los Derechos Humanos y el desarrollo como construcciones abstractas, sino que se reflexiona sobre sus concreciones a través de prácticas de ciudadanía. En esta perspectiva la comisión propone una educación cívica no limitada a transmitir unos valores forjados en el pasado.

La educación cívica y ciudadana que se propone parte de la consideración que para vivir juntos es necesario desarrollar, a lo largo de la vida, la capacidad de participar activamente y de forma responsable en un proyecto de sociedad que entre todas y todos se va definiendo, poniendo en relación los derechos y los deberes de todas las personas, viviendo la fuerza de la sociedad civil y de la democracia activa en sociedades de la

información que han de ser sociedades del conocimiento. Democracia y ciudadanía sin exclusiones se definen como principios éticos de una educación en derechos y deberes orientada al desarrollo humano, una educación que proporciona a cada persona el control de su propio aprendizaje y crecimiento de forma armoniosa, continuada y creativa. Una educación que problematiza e interroga para que sea posible el aprender a ser y el aprender a convivir en diálogo con el aprender a conocer y el aprender a hacer. En su conjunto estos son aprendizajes necesarios, saberes constructores de ciudadanías, pilares fundamentales de una educación humana, comprometida y responsable a lo largo de la vida. Una educación democrática y ciudadana estimuladora constante de aprendizajes éticos que en el presente está siendo cuestionada.

2.4. El mundo como referente de la educación del género humano

“La educación del futuro deberá ser una enseñanza primera y universal centrada en la condición humana. Estamos en la era planetaria; una aventura se apodera de los humanos donde quieran que estén. Estos deben reconocerse en su humanidad común y, al mismo tiempo, reconocer la diversidad cultural inherente a todo cuanto es humano”⁹.

La educación del futuro ha de ser la educación de la condición humana. De ello nos habla Edgar Morin en su aportación *Les sept savoirs nécessaires à l'éducation du futur*¹⁰, una obra que invita a pensar una educación vinculada a la vida a partir de sus reflexiones sobre la concepción de una *ética del género humano*. En la perspectiva del autor la educación del futuro deberá estar orientada al desarrollo conjunto de las autonomías individuales, al mismo tiempo que se educa para la participación comunitaria des del sentimiento de pertenencia a la especie humana. En esta orientación se trata de procurar una educación humana desveladora de la conciencia ética y formadora de la ciudadanía planetaria.

Se concibe una educación que es movimiento y moviliza, no es estática ni paraliza. Su valor está en la dimensión proyectiva de una ética de la esperanza que se va gestando a través de la conciencia de las barbaries del

9 MORIN, 2000, p. 40.

10 MORIN, 1999.

pasado. Se hace necesario, por tanto, educar en la memoria y el reconocimiento de lo que Morin denomina *la herencia de muerte* que está latente en el presente y condiciona el futuro de los seres humanos. Armas nucleares que acompañan la potencialidad de muerte global de la humanidad, de auto-aniquilación. Junto a ello la posibilidad de muerte ecológica y la que deviene de los virus que muestran resistencias a los avances médicos. Muerte que nace de la autodestrucción latente en cada persona activada con la ayuda de las drogas, un producto más de consumo en sociedades de soledades. Muerte de las ideas de la modernidad que dibujaban un progreso sin límites y constante de la técnica, la ciencia y el desarrollo económico. Contextos y realidades desoladoras que piden una educación de la vida y para la vida. Una educación que enseñe a conocer aprendiendo a descubrir que es conocer; aprendiendo a desarrollar la reflexividad; aprendiendo a dejarse impregnar por la crítica, la autocrítica, la apertura y la complejidad. Todos estos procesos con el objetivo de ser conscientes de las *cegueras* del conocimiento, el *error* y la *ilusión*, que provienen del exterior cultural y social, inhiben la autonomía del pensar e impiden la búsqueda de la verdad. Pero también cegueras que surgen del interior del yo y hacen que la mente se equivoque. En este sentido nos dice el autor que la educación deberá proporcionar los medios necesarios para la *lucidez* que abre el espacio de la comprensión humana. La lucidez en la educación es necesaria para aprender a conocer los problemas del mundo y las consecuencias de la vulnerabilidad y vulneración de los Derechos Humanos en la vida de las personas, a nivel individual y comunitario. Por ello es imprescindible aprender a acceder y articular las informaciones, sabiendo que cada sociedad es un todo que organiza, en el sentido que ayuda a estructurar, poner orden, encontrar equilibrios. Al mismo tiempo desorganiza, rompe estructuras, crea desorden, desequilibra.

La educación se proyectará para que cada ser humano desarrolle las aptitudes y las actitudes que le permitan plantearse y resolver los problemas y conflictos de valores esenciales que se viven en un mundo complejo. Impulsará el aprender desde la curiosidad activa para captar la complejidad del mundo evitando los saberes fragmentados, porque los problemas del mundo son globales, multidisciplinares, transversales y multidimensionales. Se afirma que educar en y para la comprensión humana es enseñar la comprensión entre las personas. Un proceso que pide empatía, identificación y proyección del yo y del otro como condiciones y garantías

de solidaridad intelectual y moral de la humanidad. La comprensión humana, al ser intersubjetiva, deviene gracias a la apertura, la generosidad y el reconocimiento respetuoso y afectivo que superan el egocentrismo. En este sentido, el fin de la educación para la comprensión humana debería ser el acompañar la construcción ética de conocimientos humanos y de la condición humana en el universo local y global del que formamos parte. Una ética de la comprensión como fundamento y proyección de la educación. Y la interrogación como método que se aleja de educaciones determinadas y determinantes, y se pregunta sobre el yo y el nosotros, sobre el contexto de vida, sobre los orígenes, sobre las proyecciones futuras hacia un desarrollo verdaderamente humano que permitirá construir el sentimiento de pertenencia a la especie humana.

No se debe olvidar que la comprensión humana, fundamentada en el principio de *unidad/diversidad*, nace de una educación que enseña la unidad de la especie humana sin borrar la diversidad de los seres humanos. Una educación que también enseña la singularidad plural, porque el ser humano es al mismo tiempo uno y múltiple, y porqué autonomía y diversidad son mínimos de la democracia. Es por ello que la educación de la persona, del yo identitario, se dará de forma simultánea con la educación de una identidad plural que lleva a crear vínculos de pertenencia a la comunidad, a sentirse ciudadanas y ciudadanos del entorno próximo y del mundo, del planeta tierra no concebido como un sistema global cerrado, sino en movimiento. Lo que plantea el autor es, en síntesis, una educación para la *comprensión planetaria*. Una educación para aprender el verdadero humanismo. Ello será posible en un contexto de democracia, entendiendo la democracia como un sistema dinámico que vive de pluralidades, de relaciones de unión y desunión, y de conflictos que le dan vitalidad. Pero las democracias –participativas, deliberativas, comunitarias–, en el presente se ven acosadas por otras formas de entender las sociedades y la educación más reaccionarias, individualistas y competitivas.

3. Paradojas de la educación en el cambio de milenio

Los estudios de la UNESCO referenciados no se limitan a poner de manifiesto las tensiones de la educación en la segunda mitad del siglo veinte, sino que proyectan orientaciones para hacer posible el Derecho a la Educación, una educación justa para todas y todos, en cualquier lugar y de forma

permanente. Es conocido que las sociedades del siglo veintiuno han heredado avances, pero también la persistencia de resistencias que niegan la educación y al mismo tiempo la cuestionan. Nos planteamos en este apartado reflexionar sobre el porqué se pone en duda la educación, siendo señalada como causante de las crisis y de los problemas que se derivan de las mismas. Y sobre porqué la tendencia es pensar en una educación cuya centralidad debe ser el emprender y la empleabilidad, situando en la periferia una educación para aprender a vivir humanamente bien, educación que se desprende de los informes referenciados. La educación cuestionada evidencia algunas paradojas que ponen de manifiesto que discursos y prácticas presentan divergencias y no caminan hacia un mismo horizonte. La primera paradoja hace referencia a los discursos que insisten en exigir mayor calidad educativa para dar respuesta a los perfiles que demanda el mercado. La formación para emprender se presenta como respuesta. En contraposición, en el día a día, se niega la educación a determinados grupos de población porque se olvida que la educación es un Derecho Humano. En consecuencia, ¿a quiénes va dirigida la educación para emprender?. La segunda paradoja se plantea ante afirmaciones que ensalzan la educación con el argumento que es motor del desarrollo. Para ello se privatiza, pues sólo así se dice que podrá competir para procurar mayores beneficios económicos, no se dice que estos sólo serán para algunos sectores de poder. Poco aparece la expresión desarrollo humano, o cuando aparece se desvirtúa su sentido ético de desarrollo que amplía las oportunidades y lleva al bien vivir de todas las personas.

Este recorrido lo realizamos acompañándonos de los análisis realizados por autoras y autores de áreas disciplinares diversas, porque sus aportaciones nos permiten pensar la educación en un enfoque más crítico y complejo.

3.1. La educación cuestionada

“No hace mucho tiempo, a un entrevistador que me preguntó, después de una larga conversación sobre los caracteres de nuestro tiempo que despiertan una seria preocupación para el futuro de la humanidad –tres sobre todo, el aumento cada vez más rápido y hasta ahora incontrolable de la población, el aumento cada vez más rápido y hasta ahora incontrolado de la degradación del ambiente, el aumento cada vez más rápido, incontrolado e insensato de la potencia destructora de los armamentos–, si en último término entre tantas predecibles causas de desgracia veía algún signo positivo, respondí que sí, que veía al me-

nos uno: la creciente importancia dada en los debates internacionales, entre hombres de cultura y políticos, en seminarios de estudio y en conferencias gubernamentales, al problema del reconocimiento de los derechos del hombre”¹¹.

Las palabras de Norberto Bobbio ponen de relieve que ante los graves problemas de nuestro presente el eje articular de cualquier propuesta política deberían ser los Derechos Humanos, pero esto no parece estar sucediendo. En la obra el autor afirma que teoría y praxis caminan sobre dos planos diferentes y a velocidades no coincidentes. Es así que la brecha entre los discursos y las prácticas en vez de disminuir se acrecientan. Pero no sólo. Como efecto de las crisis los cambios acaecidos en las políticas han llevado a disfrazar los discursos, y lo que eran derechos ahora ya no lo son. Además, los instrumentos para la igualdad de oportunidades conducentes a una vida justa se presentan como rémoras de una mal concebida sociedad del bienestar que dicen impide el desarrollo. En este sentido explica Naomi Klein que la ideología es un camaleón que cambia constantemente de nombre e identidad. La autora hace referencia al *capitalismo del desastre* que conduce a una rápida eliminación de la esfera pública, una liberalización total de las empresas y un gasto social esquelético. La estrategia es bien sencilla. Sólo hay que esperar una crisis o una conmoción de grandes dimensiones para vender los derechos, privatizarlos.¹² Un producto más que cotiza en bolsa, queda sujeto a la oferta y a la demanda de los mercados, y sólo es accesible a quien puede pagarlos. Tales cambios se presentan como las únicas opciones posibles para superar el desastre de la crisis, mensaje que invierte el discurso, oculta la verdad de las reformas que se activan y sus reales impactos. Anton Costas considera, haciendo referencia a la crisis de 2008, que sus efectos serán *de largo aliento produciendo heridas que tardarán en curar*. Para el autor ésta es una gran crisis de las formas de gobernar las economías por grupos de élites que han propiciado un modelo de vida y una cultura empresarial desprovista de horizonte ético, porque lo que se ensalza como virtudes son conductas imprudentes, irresponsables y fraudulentas basadas en una infravaloración del riesgo, pues si las cosas fueran mal el coste no recaería en quién lo ha causado. Junto a ello se valora una forma de actuar cortoplacista orientada a buscar el máximo

11 BOBBIO, 1991, p. 97.

12 KLEIN, 2007.

beneficio a corto plazo¹³. En los siguientes puntos de este apartado nos interrogamos acerca de las propuestas políticas que, como respuesta a la crisis o utilizándola como excusa, establecen como prioridad de la educación una formación para el emprender y la empleabilidad. Nos planteamos si las reformas de los sistemas educativos, de sus finalidades y de los contenidos del currículum, se van a adoptar las formas y finalidades de una cultura empresarial carente de ética denunciada por Costas. Si ello fuera así los centros educativos más que transformar, continuarían cumpliendo con su función de ser aparatos ideológicos reproductores de una sociedad desigual. Como plantean José Vicente Peña, Antonio Ramón Cárdenas, Alejandro Rodríguez y Encarnación Sánchez las reformas estructurales para dar cabida a la educación emprendedora consolidan el paradigma liberal en la orientación de las políticas de los países de la Unión Europea (UE). También reconocen que puede adoptarse una visión más optimista y más amplia que supone atender los aspectos empresariales y económicos en relación a los aspectos sociales y educativos.¹⁴ Ello exigiría, a nuestro entender, sustentar esta educación desde un planteamiento que reconoce los perjuicios de la globalización económica y de la ideología neoliberal que la sustenta, y adoptar como fundamento y finalidad los valores que articulan las generaciones de derechos humanos: libertad, igualdad, solidaridad.

En relación a lo expuesto en nuestro contexto próximo nos preocupa que la educación sea señalada; que la comunidad educativa que es crítica con las políticas de talante conservador y mercantilista sea acusada; y que las decisiones gubernamentales respecto a la reforma y a la nueva ley educativa, *Ley Orgánica 8/2013, de 9 de diciembre, para la mejora de la calidad educativa* (LOMCE)¹⁵, no hayan sido fruto de consenso y de un pacto educativo propio de la democracia. Nos preocupa porque los procesos que vivimos –a nivel local y global– plantean paradojas. Dos que están relacionadas entre sí son las que exponemos a continuación con la finalidad de ofrecer elementos para el debate de una educación que es cuestionada porque se dice no da respuestas a los graves problemas que vivimos, e incluso se la acusa de generarlos. Lo sorprendente es que como alternativas se opta por políticas que niegan la educación y la mercantilizan.

13 COSTAS, 2011, pp.11-61.

14 PEÑA et al., 2014. Acceso el 10.10.17.

15 Disponible en: <<http://bit.ly/1btIDx3>>. Acceso el 10.10.17.

3.2. La educación negada

Uno de los principales motivos para incluir la educación entre los derechos humanos era que su realización no dependiese del mercado libre, donde el acceso a la educación está determinado por el poder adquisitivo. Las dificultades recientes para mantener este principio han determinado un cambio en el vocabulario; el *derecho* a la educación se ha sustituido por el acceso a la educación y la obligación de los gobiernos de velar por que al menos la enseñanza obligatoria sea *gratuita* se ha atenuado colocando la palabra *gratuita* entre comillas (educación “gratuita”). Esas variaciones lingüísticas tienen por objeto destacar que se debe financiar la educación, negando implícitamente que su financiación deba hacerse con cargo a recursos públicos en la medida que se trata de un derecho individual¹⁶.

Estas declaraciones de Katarina Tomasevski están recogidas en el Informe sobre *Los Derechos económicos, sociales y culturales: el derecho a la educación* que, como Relatora Especial sobre el Derecho a la Educación de la UNESCO, presentó en el 2004. Dicho informe abarca el estudio, a nivel mundial, de tres áreas sustantivas que continúan siendo un impedimento para el pleno derecho a la educación: los obstáculos financieros; la discriminación por motivos de sexo; y los contenidos de la educación.

La autora pone el acento en la educación basada en derechos, afirmando que el paso de estudiantes de la educación a la sociedad debe evaluarse de acuerdo a criterios de Derechos Humanos, igual que los efectos globales de la educación deberían determinarse en función de su contribución al disfrute de mismos. Señala José Vidal Beneyto que los Derechos Humanos son un atributo consustancial a la persona humana y, por tanto, acompañan indefectiblemente a los humanos allí donde se encuentren y sean cuáles sean su condición y circunstancia¹⁷. A tenor de lo expuesto, las políticas gubernamentales que niegan la educación basada en derechos, que renuncian a sus responsabilidades y externalizan la competencia de ser garantes del Derecho a la Educación, están vulnerando los principios de universalidad e indivisibilidad. Observamos que la tendencia creciente es

16 TOMASEVSKI, 2004, p. 6. Disponible en: <<http://bit.ly/2c8OXBx>>. Acceso el 09.09.17. TOMASEVSKI, 2004*.

17 VIDAL-BENEYTO, 2006.

la de una educación negada. Los gobiernos aprueban leyes que, en opinión de Javier Díez, conciben la educación desde una perspectiva mercantilista, más que como un derecho fundamental. La educación se presenta como dependiente de los procesos económicos, al servicio del sistema productivo, anteponiendo las necesidades del mercado a una formación integral en derechos humanos. Para el autor la educación pública no puede estar al servicio de los bancos y de las empresas, y mucho menos que éstos dicten lo que se tiene que enseñar en los centros educativos, porque ello supone desplazar la centralidad de educar en valores humanos, y sustituirla por educar en valores emprendedores que, secuestrados por la ideología neoliberal, se instrumentalizan y se ponen al servicio de intereses sectoriales¹⁸. Sin duda ello tiene consecuencias en la ciudadanía, en determinados grupos de población que van siendo negados como ciudadanas y ciudadanos, y van siendo marginados de la sociedad de la que forman parte. En su estatus estigmatizado son desposeídos de todo Derecho Humano y, por tanto, de la educación como derecho.

Análisis como los de Vicenç Navarro, Juan Torres y Alberto Garzón exponen que las medidas que se están tomando incrementan la desigualdad social en el mundo, siendo la crisis la excusa para imponer reformas estructurales que niegan derechos y favorecen aún más a los propietarios del gran capital y a las clases más ricas¹⁹. El Informe de Intermón Oxfam de 2012 sobre *Crisis, Desigualdad y Pobreza*, ya evidenciaba que la crisis económica mundial no ha frenado la concentración de riqueza de quienes más tienen, sino que ahonda más la desigualdad. Los datos que aportaba son concluyentes: en el 2011 el 1% más rico de la población mundial, que corresponde a 61 millones de personas, ganaron la misma cantidad que el 56% de población más pobre correspondiente a 3.500 millones de personas. En el informe se denuncia que las respuestas a las crisis económicas son opciones políticas, y las políticas que no priorizan la justicia social, los Derechos Humanos, generan más desigualdad y pobreza²⁰. Es decir, los impactos de negación de derechos se observan en un mayor empobrecimiento y una acelerada precarización de la democracia y de la sociedad del bienestar. Impactos que si bien día a día viven las personas, no son

18 DIEZ, 2014, pp. 50-53.

19 NAVARRO *et al.*, 2011.

20 INTERMÓN OXFAM., 2012. Disponible en: <<http://bit.ly/2cfutKq>>. Acceso el 10.10.17.

reconocidos por los Gobiernos como efecto de los ajustes que se están llevando a cabo. Al contrario, se señala a otros actores, los propios que viven los impactos de dichas reformas, indicando que no están haciendo bien sus tareas, que aún deben esforzarse más y mejor. En este proceso la educación –y sus protagonistas– es señalada. Ella es también la responsable.

Nos encontramos en un contexto de cuestionamiento de pedagogías que han sido fundamento para una educación de cariz más comprensivo y que, con no pocas dificultades, ha ido permeando la realidad de los centros. Una educación que ha puesto su atención en el Derecho a la Educación y ha impulsado modelos más democráticos y más inclusivos para que fuera una realidad. Una educación para aprender a vivir humanamente bien, un aprender la ética del género humano. Una educación posibilitadora del desarrollo conjunto de las autonomías individuales, las participaciones comunitarias y el sentimiento de pertenencia a la especie humana. No parecen ser estas las finalidades de la educación emprendedora, o no están en el centro de las prioridades políticas que la han diseñado. Políticamente se esgrimen dos tipos de argumentos. Por una parte, se insiste en afirmar que esta educación tiene beneficios en el plano económico porque aumenta la riqueza de los países y, con ello, se produce un mayor bienestar de las personas. Un impulso de la economía a través del impulso del emprender va a generar empleo, riqueza y excedentes que pueden servir para cubrir los gastos de la educación. De esta forma nadie, ninguna clase social, carecería del Derecho a la Educación. No es ético ni admisible supeditar un Derecho Humano a un beneficio económico, pues deja de serlo. Por otra parte, se alega que a nivel personal esta educación eleva la autoconfianza, la independencia y la creatividad. De la necesidad, o más bien de la negación de un derecho, se vende virtud. Hay que tener en cuenta que tal virtud radica en el esfuerzo individual; esforzándote podrás lograr desarrollar las capacidades para competir en el mercado. La cultura del esfuerzo es el valor en alza de los llamados Estados mínimos y de los Gobiernos más reaccionarios. El esfuerzo debe darse, pero no en los términos de negar la corresponsabilidad política, de engañar y generar falsas expectativas. La educación emprendedora no es la panacea para salir de las crisis. Hay que decir la verdad, porque es falsa la promesa de éxito garantizado y falso es que toda persona tenga opción a iniciar y desarrollar un empresa.

En relación a lo expuesto nos surgen algunas preguntas: ¿para quién está pensada la educación emprendedora?; ¿a quién va dirigida, a los grupos de

élite marginando a los ya marginados, a los que en expresión de Zygmund Bauman son los rechazables porque de nada sirve lo superfluo, lo desechable, lo que es residuo, los que forman parte de la clase marginal, es decir ¿los que quedan fuera de cualquier clasificación orientada por la función productiva –clase trabajadora, clase profesional– y la posición –clase alta, media, baja–²¹; o quizás a los ya clasificados por el sistema cuya única opción externamente determinada, pues no es escogida libremente, son los itinerarios profesionalizadores, desvalorizando de nuevo esta formación?; ¿quién va a poder optar si el Derecho a la Educación se niega?; ¿y para qué la educación emprendedora, es realmente necesaria?

Jurjo Torresnos explica que para imponer ciertas reformas no es lícito ocultar que el Estado español tiene una de las tasas más altas de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) de personas con sobre-cualificación en relación al puesto de trabajo que ocupa—datos que se aportan en el informe del Banco Bilbao Vizcaya Argentaria (BBVA) de 2011 sobre desempleo juvenil en España—. ²² Tampoco se puede culpar al sistema público de ineficiente cuando titulados universitarios son reclamados en mercados laborales de países más desarrollados. Para el autor esta es una estrategia que tiene el propósito de desbaratar la educación pública y privatizarla de acuerdo a los parámetros del neoliberalismo, porque se defiende que la educación debe preparar personas consumidoras y trabajadoras no pensantes²³. No interesa la formación de personas con capacidad para reflexionar, cuestionar, imaginar, crear un modelo de sociedad más justa para todas y todos. Ni la formación de personas inconformistas con políticas que niegan la educación, ciudadanas y ciudadanos que saben que la educación negada es obstáculo para el despertar de la conciencia posibilitadora de una comprensión liberadora, requisito para una vida plena, con sentido humano.

Nos encontramos ante la paradoja de que mientras los Gobiernos ensalzan las virtudes de una educación que tildan de calidad y la vinculan con la empleabilidad, sus reformas la niegan como derecho. El Derecho a la Educación es negado cuando, como señala Tomasevski, está presente en los discursos pero es relegado de las agendas políticas de los Gobiernos

21 BAUMAN, 2005 y BAUMAN, 2011.

22 GARCÍA, 2011. Disponible en: <<http://bit.ly/2bq4CcB>>. Acceso el 01.09.17.

23 TORRES, 2014, pp. 58-61.

que no garantizan que la educación sea asequible –educación gratuita y obligatoria–, accesible –desde la primera infancia y de forma permanente a lo largo de la vida–, aceptable –de calidad, tanto en los recursos materiales como en la formación de los equipos docentes–, y adaptable –atenta al principio de interés superior del alumnado a nivel individual y grupal–²⁴. En contextos de negación de la educación Antonio Nóvoa llama a hacer un esfuerzo para pensar críticamente los problemas y movilizar formas de resistencia ante prácticas que van en el sentido de su fragmentación y privatización. Nos dice que para ello habrá que adoptar una concepción radicalmente nueva de la pedagogía que permita pensar otra educación posible para otras escuelas más centradas en el aprendizaje, invirtiendo de esta forma la tendencia de estar al vaivén de las misiones que instituciones externas le exigen. Promover el aprendizaje es comprender la importancia de su relación con el saber, es instaurar nuevas formas de pensar y trabajar en la escuela, es construir un conocimiento que se inscribe en una trayectoria personal²⁵.

Lo expuesto nos lleva a afirmar que las políticas educativas globales y locales deben garantizar el Derecho a la Educación. Ello significa, por una parte, conseguir que todas las personas, en las diferentes etapas de su vida, tengan la oportunidad de adquirir una base común de conocimientos, pero no desde un posicionamiento homogeneizador que ignora las realidades contextuales y niega las diferencias deseables. Por otra parte, tener la posibilidad de elección libre de los procesos educativos que se quieren vivir, procesos que estarán adaptados a sus centros de interés y proyectos personales. Una educación y una escuela sin exclusiones, donde todas y todos aprendan a disfrutar y tengan éxito; aprendan a desvelar y no ocultar; aprendan a criticar y a idear; y donde aprendan a vivir, sabiendo que nada está determinado porque la educación es siempre posibilidad.

3.3. La educación mercantilizada

“Un crecimiento en el marco de un mal desarrollo significa una menor atención a la vida y a los sistemas de sostenimiento de la vida”²⁶.

24 TOMASEVSKI, 2004*

25 NÓVOA, 2009; NÓVOA, 2013.

26 MIES y SHIVA, 1993, p. 115; SHIVA, 2006.

Este breve texto que tomamos de las aportaciones de Vandana Shiva nos remite al hecho que el sostenimiento de la vida puede verse truncado por diversos factores, entre otros cuando la educación es negada como derecho. La vulneración del Derecho a la Educación y los problemas educativos que se vivencian en el mundo es una realidad reconocida por la propia UNESCO en sus informes anuales de seguimiento de EPT. Sin embargo parece que los Gobiernos no escuchan las recomendaciones que se realizan respecto a la orientación de sus políticas para cambiar tal situación. Al contrario, utilizando la crisis como excusa, afirman que la privatización es el camino para garantizar la EPT, pues la sociedad del bienestar no es sostenible, genera dependencias y acomodación de la ciudadanía. Se llega incluso a decir que la pobreza de los países subdesarrollados –en oposición a los desarrollados, ambos términos discutibles– es debida a la intervención de sus Estados mediante políticas proteccionistas. Es por ello que la intervención de los Gobiernos ha de ser mínima. El proceso constante de privatización de la gestión de los bienes públicos se sustenta también en los resultados de las evaluaciones. Bajo las directrices de Organismos Internacionales como la OCDE los sistemas educativos se evalúan con pruebas estandarizadas, se califican y se establece un ranking para clasificarlos. El diagnóstico que se nos presenta del sistema educativo español, no parece alentador, sino más bien preocupante. Se emiten acusaciones de baja calidad de la enseñanza, de una deficiente formación docente, de metodologías activas que entorpecen el aprendizaje, de permisividad y baja exigencia docente, de poco esfuerzo por parte del alumnado, de despreocupación de las familias, etc. La educación está señalada. Ella es la culpable. Así lo demuestran las evaluaciones. Los resultados son utilizados para justificar reformas orientadas a la progresiva mercantilización de la educación. La consecuencia, según Xavier Jares, es que se prioriza la rentabilidad económica en los objetivos y contenidos del sistema educativo. Los centros se privatizan y se convierten en empresas que compiten entre ellas.²⁷ La educación pasa a ser un bien de consumo más que se compra y se vende, o como se ha apuntado un producto que sólo podrá tenerse en función de la productividad y las ganancias económicas. Por su parte, Pablo Gentili denuncia como los ministros de educación se entusiasman con afirmar que la educación es la causante del desempleo –factor principal que produce la

27 JARES, 2005.

crisis—. Sorprende que no se cuestione el modelo de desarrollo que ciertas políticas internacionales y nacionales llevan largos años promoviendo, sino que se culpabiliza a la comunidad educativa de no estar capacitada ni capacitar eficientemente, acusándola de no formar en las competencias necesarias para la realización de los trabajos que en cada momento necesitan los escenarios neoliberales de las economías competitivas. El autor argumenta que el poder económico de un país, por ejemplo Brasil que está situado entre las siete potencias industriales del planeta y que en la actualidad tiene una de las tasas de desempleo más bajas de su historia, no puede explicarse ni es el resultado directo de la educación. No lo es porque el país ocupa los últimos lugares en el *Program for International Student Assessment (PISA)*, a pesar de su avance social y educativo. Es el modelo de desarrollo, el proceso de producción de miseria y de injusticias históricamente existente en los países latinoamericanos, lo que hace tan ricas a unas pocas familias, y no sus virtudes escolares²⁸.

La educación es utilizada como coartada para justificar políticas que refuerzan y perpetúan un desarrollo desigual. No se puede ignorar el valor fundamentalmente político de la educación; es políticamente que puede ser usada para acallar, oprimir y ejercer presión para que las personas en formación se adapten al orden establecido. Puede ocurrir lo contrario cuando políticamente se proyecta el potencial de la actividad educativa en la finalidad ética de contribuir a cambiar a los seres humanos para que sean las mujeres y los hombres quienes protagonicen la transformación de las realidades injustas que viven. A ello hace referencia Nico Hirtt cuando explica que las políticas orientadas a que los sistemas educativos tengan una función de correspondencia y de reproducción de los parámetros de la globalización neoliberal, tienen como objetivo la expansión del negocio de la enseñanza y el beneficio económico de las multinacionales inversoras. Señala el autor que vivimos una época de reformas conducentes a pasar de la era de la masificación —expansión de la escolaridad obligatoria para todas y todos— a la era de la mercantilización, realidad que no se gesta en la reciente crisis. Sostiene la tesis que los cambios promovidos desde los años ochenta en los países desarrollados han estado orientados a adecuar las escuelas a las exigencias de la economía capitalista. Esto significa que un servicio público

28 GENTILI, 2011; GENTILI, 2014.

deja de serlo porque está llamado a servir a la competición económica²⁹. Parte de las críticas a la educación emprendedora se fundamentan en este giro de orientación, es decir, los argumentos en contra de esta educación se basan en considerar que incorpora este criterio de competición económica, tanto por lo que expresa abiertamente el currículum, como por aquello que no se dice.

En esta perspectiva el valor ético y político de la educación se desvirtúa, como también se tergiversa su vinculación con el desarrollo humano. El Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo Humano (PNUD), en su primer informe de 1990, definió el desarrollo humano como un proceso que amplía las oportunidades de las personas. En este primer informe se introdujo una nueva fórmula para medir el Índice de Desarrollo Humano (IDH) que consideró las relaciones entre desarrollo social y desarrollo económico. El IDH combina la medida de cuatro indicadores que inciden en tres dimensiones: el indicador *esperanza de vida al nacer* que correlaciona con la dimensión de salud; los indicadores *promedio de años de instrucción* y *años de instrucción esperados* relativos a la dimensión de educación; el indicador *ingreso nacional bruto por cápita* que refiere a la dimensión estándar de vida³⁰. El IDH nos explica que el desarrollo humano de un país avanza si los indicadores de sus dimensiones son mejores, todos de forma interrelacionada porque en su conjunto procuran el bienestar de todos los seres humanos. Es en este sentido que la educación, por sí misma y de forma aislada a las otras dimensiones, no es factor único y directo del desarrollo, pero sí que es requisito necesario para un desarrollo humano no restringido a los parámetros economicistas.

La paradoja se evidencia cuando la educación se mercantiliza y se instrumentaliza para servir a un modelo de desarrollo que no es desarrollo humano. Se hace necesario revisar otras perspectivas de desarrollo que como mínimo sean más acordes con el PNUD y el IDH, e incluso amplíen críticamente sus significados y horizontes. Anteriormente hemos hecho referencia a Shiva porque desde una perspectiva *ecofeminista* aporta otras visiones y modelos de desarrollo humano. En sus planteamientos la autora cuestiona las políticas globales sobre desarrollo acuñadas en contextos de industrialización y crecimiento económico capitalista. Considera que estos

29 HIRTT, 2003; HIRTT, 2013.

30 PNUD, 1990.

enfoques miden el desarrollo sólo en función de indicadores financieros como el producto nacional bruto, indicadores que no muestran los efectos del modelo de desarrollo imperante cuyas evidencias son una degradación acelerada del medio ambiente y un aumento de la pobreza. Explica que es errónea la creencia que la crisis del desarrollo tiene su origen en la pobreza material que se asocia a la idea que el incremento de la producción de mercancías satisface mejor las necesidades básicas, y que a más poder de consumo menor será la pobreza. En oposición sostiene que hay que avanzar hacia una Democracia de la Tierra basada en economías vivas y en democracias económicas, lo que significa fomentar sistemas sostenibles, diversos y plurales que protegen a la naturaleza y a las personas, que son elegidos por éstas y obran por el bien común³¹. Una educación que apuesta por los contenidos relativos al desarrollo, aspecto que nos parece positivo y deseable si adopta una perspectiva ética, una educación que no debería enfocarse de forma sesgada, sino que debería incorporar paradigmas que desvelan otras lecturas de las realidades que vivimos, y que plantean alternativas diferentes a las que se nos proponen. La Democracia de la Tierra es una alternativa a considerar porque globaliza la paz, la atención y la compasión frente a un mundo de codicia, desigualdad y consumo excesivo.

En esta perspectiva caber idear una educación que enseña a aprender a vivir, lo que significa educar para otro modelo de desarrollo atento a la dignidad de todas las personas y al bienestar individual y colectivo. Esta perspectiva queda justificada porque como nos dice Carlos Taibo ningún dato es concluyente para afirmar que la globalización haya tenido efectos saludables en la reducción de la pobreza, más bien al contrario.³² Es por ello que la educación del aprender a vivir debe presentar otros modelos como opciones no sólo posibles, sino deseables. En diálogo con la Democracia de la Tierra, pueden tener espacio los aspectos positivos del decrecimiento. Los argumentos son sencillos pues ciertas formas de vida que se han ensalzado y fomentado amenazan el medio y agotan los recursos. Hay que reducir la producción y el consumo, cortar las emisiones que lo dañan, y dejar de explotar las materias primas vitales que empiezan a faltar y ponen en peligro la vida. Serge Latouche explica que esta propuesta alternativa pedagógicamente supone las siguientes acciones: reevaluar, en el

31 MIES; SHIVA, 1993.

32 TAIBO, 2009.

sentido de revisar los valores que rigen nuestras vidas; reconceptualizar y reestructurar, que exige adaptar la producción y las relaciones sociales al cambio de valores –entendemos que vinculados a una visión dinámica de las generaciones de Derechos Humanos–; relocalizar y redistribuir, que significa repartir la riqueza y el acceso al patrimonio natural –añadimos el patrimonio cultural–; reducir, reutilizar y reciclar, las tres erres que ya han sido incorporadas en muchos centros educativos y que plantea rebajar los impactos del modelo de desarrollo predominante en la biosfera en su conjunto³³.

La educación que surge de las propuestas alternativas que se han puesto como ejemplo, no es una educación limitada a los contenidos del emprender y la empleabilidad, sino más bien una educación que articula sus contenidos en torno a la vida, y que proyecta sus finalidades en el aprender a vivir de forma humana, lo cual significa una vida justa, de libertades, igualdades y solidaridades.

4. El reto del Derecho a la Educación

Al poner en relación dialógica los estudios promovidos por la UNESCO en la segunda mitad del siglo veinte, presentados en el segundo apartado de este texto, se puede tener la sensación que manifiestan los mismos retos educativos como si nada hubiera cambiado de una década a otra. Tanto es así que incluso se podría pensar que la crisis mundial de la educación, y la crisis de valores que se relaciona con la misma, han negado las transformaciones anunciadas y han comportado regresiones ya insalvables. No podemos negar que los informes muestran datos de realidades educativas que vulneran los derechos de la ciudadanía, pero también anuncian otras educaciones para otro mundo posible. A veces se proponen cambios realmente transformadores. Otras propuestas se quedan a medio camino y decepcionan. Pero con todo nos pueden permitir cuestionar políticas y prácticas educativas, un paso necesario para el cambio democrático y la comprensión humana. Además, en todas las aportaciones se observa la proyección del Derecho a la Educación, una educación impregnada de valores que conviene tener presentes y que sintetizamos a continuación:

33 LATOUCHE, 2005.

1) El valor del mundo, de la vida y el desarrollo humano que necesitan del valor de la dignidad humana y de los Derechos Humanos.

2) El valor de la comprensión humana, de la conciencia de pertenencia a la humanidad y de la ciudadanía planetaria.

3) El valor de la democracia, del ser, de la expresión del yo y el nosotros y de la convivencia solidaria.

4) El valor de la complejidad del conocimiento y del aprender a aprender en entornos educativos múltiples a lo largo de la vida.

5) El valor de la renovación, del equilibrio de tensiones de los saberes del pasado, del presente y del futuro, para alcanzar una educación plena para todas y todos.

Estos principios de valor muestran una educación plural y dinámica. Una educación que, si bien está sometida a una constante crisis mundial, expresa sus fortalezas de ideación ética. Una educación beligerante atenta a los cambios de las sociedades, concienciada y creadora de prácticas alternativas y humanamente transformadoras. Con todo no ignoramos que la educación continuará siendo cuestionada y se encontrará inmersa en paradojas. Discursos y prácticas no irán al unísono. Pero lejos de confundirnos y paralizarnos, ello exigirá persistir en un claro posicionamiento político de defensa del Derecho a la Educación y de un modelo de desarrollo humano que nos permita plantear un proyecto educativo para los años venideros. Tal proyecto podría considerar, como mínimo, los siguientes dos principios:

Primero. Creer en la educación como posibilidad de transformación para un desarrollo humano justo, para aprender a ser y aprender a convivir de mujeres y de hombres reconociéndose en su condición humana común.

Segundo. Creer en una educación vinculada a la realidad, a su contexto, porque educación y vida no pueden separarse, y porque la educación es compromiso con el mundo y es gesto de amor por la humanidad. Es en este sentido que significamos el valor de una educación con responsabilidad ética. Educación que se expresa en todas sus dimensiones de educabilidad, como derecho a una educación sin exclusiones, y educatividad, como derecho a un conocimiento humanizador. Pero somos conscientes que no todos los discursos de Organismos Internacionales y Gobiernos tienen esta orientación. Al contrario, en demasiadas ocasiones son expresión de sesgos intencionales que justifican reformas conducentes a prácticas injustas, porque son parciales y porque únicamente responden a los inte-

reses de reducidos grupos de poder. Por ejemplo, no puede minimizarse el valor de la educación reduciéndola a lo que se dice serán las cápsulas mágicas que permitirán superar la crisis: el emprender y la empleabilidad. La educación es mucho más.

Tercero. Desde nuestro pensar hay que continuar defendiendo una educación pública, invirtiendo la tendencia a la mercantilización, y no delegando la decisión sobre la definición de sus finalidades y contenidos en entes del sector privado. Tampoco podemos reducir la educación a un producto más de consumo, o un producto que cotiza en bolsa, o un producto que en función de la oferta y la demanda aumenta su valor o se devalúa.

Al contrario, apostar por la educación pública es creer que ésta es la que va a garantizar el Derecho a la Educación, porque la educación es de todos y para todos los seres humanos, y porque es la propia educación la que también puede hacer posible la igualdad en la diferencia sin exclusiones al mismo tiempo que es impulsora del desarrollo humano fundamentado en el reconocimiento de la dignidad y el bienestar pleno. En esta perspectiva, la educación justa será aquella que enseñe a aprender a vivir aprendiendo a dar respuestas éticas a los dilemas que vivimos. Una educación empoderadora y liberadora, de la responsabilidad y el cuidado, de participaciones dialógicas, reconocimientos y solidaridades. Educación del compromiso ético y político que lleva a un hacer conspirador desde la esperanza que alienta, desde el deseo que guía el aprender a aprender a construir el futuro humano que se quiere vivir, aunque ello sea en tiempos de aires difíciles y exija el esfuerzo de remar a contracorriente.

Referencias

- BAUMAN, Zygmunt. *Vidas desperdiciadas. La modernidad y sus parias*, trad. P. Hermina, Barcelona: Paidós, 2005.
- *Daños colaterales. Desigualdades sociales en la era global*, trad. L. Mosconi, Madrid: Fondo de Cultura Económica, 2011.
- BOBBIO, Norberto. *El tiempo de los derechos*, trad. R. de Asís, Madrid: Sistema, 1991.
- COOMBS, Philip. H. *The World Educational Crisis: A Systems Analysis*, Oxford: Oxford University Press, 1968.
- *La crisis mundial de la educación*, trad. de M. Solanas, Madrid: Santillana, 1985.

- COSTAS, Antón. “Algo más que una crisis financiera y económica, una crisis ética”. *Mediterráneo Económico*, n. 18, pp. 11-61, 2011.
- DELORS, Jacques. (dir.). *Educació: hi ha un tresor amagat a dins*, Barcelona: Centre UNESCO de Catalunya, 1996.
- DIEZ, Enrique Javier. La cultura del emprendimiento. Educar en el Capitalismo. *Cuadernos de Pedagogía*, n. 445, pp. 50-53, 2014.
- FAURE, Edgar. *Apprendre à être*, Paris: UNESCO-Fayard, 1972.
- Aprender a ser. La educación del future*, trad. F Herrera, Madrid: Alianza, 1973.
- GARCÍA, Juan Ramón Desempleo juvenil en España: causas y soluciones. *Documentos de trabajo del BBVA Research*, Madrid: BBVA, 2011.
- GENTILI, Pabblo. *Pedagogía de la igualdad. Ensayos contra la educación excluyente*, Buenos Aires: Siglo XXI/CLACSO, 2011.
- La educación como coartada. *El País*, 26 de febrero de 2014.
- HIRTT, Nico. *Los nuevos amos de la Escuela. El negocio de la enseñanza*. Madrid: Minor Network, 2003.
- Educar y formar bajo la dictadura del mercado. *Con-Ciencia Social*, n. 17, pp. 39-54, 2013.
- INTERMÓN OXFAM. Crisis, desigualdad y pobreza. Aprendizaje desde el mundo en desarrollo ante los recortes sociales en España. *Informe de Intermón Oxfam*, n. 32, 2012.
- JARES, Xesus. *Educar para la verdad y la esperanza. En tiempos de globalización, guerra preventiva y terrorismos*. Madrid: Popular, 2005.
- KLEIN, Naomi. *La doctrina del xoc. L'ascens del capitalisme del desastre*. Barcelona: Empúries, 2007.
- LATOUCHE, Serge. *Décoloniser l'Imaginaire*. Lyon: Parangon/Vs., 2005.
- MIES, Maria. y SHIVA, Vandana. *Ecofeminismo. Teoría, crítica y perspectivas*. Barcelona: Icària, 1993.
- NAVARRO, Vicenç, TORRES, Juan & GARZON, Alberto. *Hay alternativas. Propuestas para crear empleo y bienestar en España*. Madrid: Sequitur/ATTAC, 2011.
- NÓVOA, António. Educación 2021: Para una historia del future. *Revista Iberoamericana de Educación*, n. 49, pp. 181-199, 2009.
- Pensar la escuela más allá de la escuela. *Con-Ciencia Social*, n. 17, pp. 27-38, 2013.
- PEÑA, José Vicente et al. La cultura emprendedora como objetivo educativo: marco general y estado de la cuestión. *XXXIII Seminario Interuniversitario de Teoría de la Educación*. Universidad de Sevilla, 2014.

- PNUD, *Human Development Report 1990*. Disponible en: <http://bit.ly/Ze8pE2> (acceso el 16.09.17)
- MORIN, E., *Les sept savoirs nécessaires à l'éducation du futur*. UNESCO, 1999. Disponible en: <http://unesdoc.unesco.org/images/0011/001177/117740fo.pdf>.
- MORIN, Edgard. *Els set coneixements bàsics de l'educació del futur*. Barcelona: Centre UNESCO de Catalunya, 2000.
- SHIVA, Vandana, *Manifiesto para una democracia de la tierra*. Barcelona: Paidós, 2006.
- TAIBO, Carlos. *En defensa del decrecimiento. Sobre capitalismo, Crisis y Barbarie*. Madrid: Los libros de la Catarata, 2009.
- TOMASEVSKI, Katarina. *Los derechos económicos sociales y culturales: el derecho a la educación*. Naciones Unidas, Consejo Económico y Social, 2004. - *El asalto a la educación*. Barcelona: Intermón Oxfam, 2004*
- TORRES, Jurjo. Mercado y escuela. *Cuadernos de Pedagogía*, n. 445, pp. 58-61, 2014.
- VIDAL-BENEYTO, José (ed.). *Derechos humanos y diversidad cultural. Globalización de las culturas y derechos humanos*. Barcelona: Icaria, 2006.

Autora Convidada.

Tabeliões e registradores nos arranjos institucionais de políticas públicas brasileiras de desjudicialização

Civil-law notaries and public registrars in the institutional arrangements of Brazilian public policy dejudicialization

Irley Carlos Siqueira Quintanilha Nascimento*

Centro Universitário de Brasília, Brasília-DF, Brasil

Marcelo Dias Varella**

Centro Universitário de Brasília, Brasília-DF, Brasil

1. Introdução

O artigo parte do questionamento: de que maneira atividades notariais e de registro estão inseridas em ações de desjudicialização do Estado brasileiro? Como foco, busca investigar políticas públicas de desjudicialização que se valem de cartórios¹ em seus arranjos institucionais. A proposta é desdobrar tais estratégias sob o aspecto do conjunto de normas e arranjos institucio-

* Mestre em Direito pelo UniCEUB; Pós-graduado lato-sensu em Direito Notarial e Registral; Pós-graduado lato-sensu em Direito Público; Bacharel em Direito; Tabelião de Notas em Luziânia, Goiás. E-mail: irley-quintanilha@gmail.com.

** Doutor em Direito pela Universidade de Paris, Panthéon-Sorbonne (2002). Livre-docente em Direito Internacional pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (2013). Pós-Doutorado em Direito nas Universidades da Califórnia, em Berkeley; George Washington; e Georgetown (2011 e 2012). Professor do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito do Centro Universitário de Brasília. Bolsista de Produtividade em Pesquisa nível I do CNPq. E-mail: marcelodvarella@gmail.com.

1 A expressão cartório, ou serventia extrajudicial, se refere ao estabelecimento no qual um particular, titular de serviços notariais ou de registros públicos, realiza suas atividades. Das leituras do artigo 236 da CF/1988 e dos artigos 1º e 3º da Lei nº 8.935/1994 se extrai que os serviços notariais e de registros públicos são exercidos em caráter privado, por delegação do Poder Público, por profissionais do direito e por sua organização técnica e administrativa, destinados a garantir a publicidade, autenticidade, segurança e eficácia dos atos jurídicos. A própria Lei nº 8.935/1994, em sua ementa, especifica tratar-se da regulamentação dos serviços notariais e de registro previstos no art. 236 da Constituição Federal para, na sequência, nomear-se como “Lei dos Cartórios”. Percebe-se, aqui, o tratamento comum que se tornou difundido, no qual o serviço se confunde com o estabelecimento no qual é prestado.

nais mediados pelo direito². A expressão desjudicialização será utilizada como a busca por soluções fora do âmbito do Poder Judiciário, mas sem excluí-lo como alternativa, em especial para questões não estritamente judiciais, ou, numa expressão do processo civil, que tenham natureza de “jurisdição voluntária”. É a tentativa do Estado de, sem negar o acesso ao Judiciário, simplificar a realização de direitos e obrigações. Nesse sentido, o objetivo geral do artigo é demonstrar que a inserção e novas atribuições dos serviços notariais e de registros no ordenamento jurídico ocorrem em consonância com iniciativas de simplificação das relações jurídicas.

Ao traçar políticas públicas de desjudicialização, devem-se buscar meios necessários à sua consecução, não somente no âmbito do Poder Judiciário. A realização de direitos pode ser alcançada por arranjos institucionais³ apresentados em programas de ação governamental complexos, levando-se em conta o aparato do Estado e os recursos a seu dispor⁴. Os cartórios extrajudiciais estão dentre as instituições à disposição do Estado para alcançar seu desiderato de propiciar aos jurisdicionados procedimentos mais céleres e de acesso democratizado. Daí, como objetivo específico, o texto busca contribuir para o conhecimento e aperfeiçoamento dos atuais mecanismos de acesso do cidadão à realização de direitos, com cartórios inseridos em arranjos institucionais e formulação de novas ações.

Notários e registradores não ocupam cargos públicos, mas exercem serviços públicos não privativos. A estrutura privada da prestação dos serviços permite a rápida adequação dos recursos de comunicação e de organização às necessidades de velocidade e inovação apresentadas pela sociedade⁵. São estruturas burocráticas no sentido weberiano, com a especialização e vinculação ao princípio da legalidade, próprios da Administração Pública e necessárias à previsibilidade nos serviços públicos, mas com a dinâmica de organização e tomada de decisões da iniciativa privada.

Com tal delimitação jurídica, os cartórios integram o rol de instituições à disposição do Estado para a consecução de mecanismos que buscam a celeridade na realização de direitos e fomento econômico. Some-se a isso

2 COUTINHO, 2013, p. 2

3 Arranjo institucional “entendido como o conjunto de regras, mecanismos e processos que definem a forma particular como se coordenam atores e interesses na implementação de uma política pública específica. Os arranjos dotam o Estado de capacidade de execução de políticas” (GOMIDE; PIRES, 2014, p. 13).

4 DUARTE, 2013, p. 18.

5 DALLARI BUCCI, 2013, p. 15.

a estreita ligação com o Poder Judiciário e a vocação que os cartórios, os tabelionatos de notas em especial, têm para formalizar a vontade jurídica das partes. Tratando-se de questões na qual não haja lide ou desencontro de vontades, mas necessária manifestação do Estado quanto à observância do ordenamento jurídico, e havendo a possibilidade de que os legítimos interessados, capazes, manifestem suas vontades de forma livre e desimpedida, eis aí a situação propícia ao deslocamento de atividades do Judiciário para os cartórios.

O ponto de partida do estudo será a análise de documentos legais, leis em sentido estrito e regulamentos administrativos com força cogente para cartórios, documentos esses com foco direto em políticas de desjudicialização. Tal análise terá como suporte a revisão bibliográfica, em especial da doutrina, nacional e estrangeira, que trata de temas afetos aos ciclos de políticas públicas, direito notarial e registral e direito administrativo.

Na primeira seção, as atividades notariais e de registro serão conceituadas como serviços públicos prestados por particulares em colaboração com o Estado e à disposição das políticas públicas de desjudicialização. Na sequência, segunda seção, serão demonstradas atuações de tomadores de decisões, a política enquanto instância de decisão sobre a definição de mecanismos de desjudicialização, o papel de protagonismo do CNJ ao lado do legislativo e o papel secundário, mas importante, dos atores chamados à realização de tais políticas.

A terceira seção apresenta o ciclo da política pública de desjudicialização nas quais os cartórios são inseridos nos arranjos institucionais, com destaque para o incrementalismo e os rumos que apontam para as políticas públicas de desjudicialização, a participação dos cartórios na estrutura do Estado e a dimensão prática que se utiliza desses atores. Ainda na terceira parte, se apresentará a avaliação de políticas, ao mesmo tempo como final e a momento de reinício do ciclo.

2. Serviços notariais e de registros: aspectos de serviços públicos delegados a particulares

As atividades desenvolvidas nos cartórios são os serviços notariais e de registros, espécies do gênero serviços públicos, exercidos por particulares em delegação do poder público e sob fiscalização do Poder Judiciário. Na primeira parte desta seção, busca-se a base teórica e jurisprudencial para o en-

quadramento dessas atividades como serviços públicos, definição importante para a formulação de políticas públicas. Por não constarem expressamente no art. 175 da CF/1988 ou por não haver referência literal no texto da Constituição Federal, existe posição minoritária no sentido de não se tratar de serviços públicos, entendimento divergente ao que predomina nos julgados do STF.

Na segunda parte, delinea-se a posição de tabeliães e registradores enquanto particulares em colaboração com o Estado, operadores do direito especializados à disposição de políticas públicas de desjudicialização e sem custo adicional para o erário.

2.1 Serviços notariais e de registro como espécies de serviços públicos

O conceito de serviço público é objeto de recorrentes discussões doutrinárias, embates judiciais e divergências de abordagem na legislação. A Constituição Federal (art. 175) prevê que o Estado atuará, diretamente ou sob o regime de concessão ou permissão, na prestação de serviços públicos. Daí uma distinção entre atividade econômica e serviço público⁶. Tais divergências levam aos limites de se falar em crise do serviço do público, na maioria das vezes referindo-se à uma crise nos conceitos, que variam no tempo e ordenamentos jurídicos.

Ao buscar os contornos das atividades que se caracterizam como serviço público, verifica-se que a Constituição Federal “encerra todos os elementos e critérios que permitem a identificação de quais atividades empreendidas pelo Estado consubstanciam serviço público”⁷. Mas, se a Constituição é um dinamismo, deve-se ter em conta que a atividade econômica em sentido amplo é intensificada ou retraída conforme as forças sociais do momento. Nesse sentido, o conceito de serviço público ganha os contornos da sociedade a cada determinado momento histórico, conforme atividade definida de forma explícita pela Constituição como “indispensável [...] à realização e ao desenvolvimento da coesão e da interdependência”⁸.

A classificação da atuação estatal enquanto atividade econômica em sentido estrito ou serviço público ganha importância na doutrina e na jurisprudência quando do enquadramento da atividade sob o regime de Direito Público ou de Direito Privado. Quanto aos serviços públicos pro-

6 GRAU, 2005, p. 111.

7 GRAU, 2005, p. 125.

8 GRAU, 2005, p. 136.

priamente ditos, mesmo que realizados por particulares, mas titularizados pelo Estado, “integram a esfera jurídica público-estatal, não a esfera da livre iniciativa privada, estando, conseqüentemente, sujeitos ao planejamento determinante do Estado”⁹.

Por sua vez, a noção de serviço público está dividida em dois elementos, o *substrato material* e o *traço formal*¹⁰. No seu aspecto material, o serviço público se caracteriza como sendo uma atividade de prestação de utilidade ou comodidade material, fruível diretamente pelos administrados, que o Estado assume como próprias por se tratar de atividades imprescindíveis, necessárias ou correspondentes a conveniências básicas ao interesse social. Quanto ao elemento formal, este diz respeito ao regime de Direito Público “que confere caráter jurídico à noção de serviço público”. De outra forma, “de nada adiantaria qualificar como serviços públicos determinadas atividades se algumas fossem regidas por princípios de Direito Público e outras prestadas em regime de economia privada”.

Em suma, o serviço público vem a ser “toda a atividade material que a lei atribui ao Estado para que a exerça diretamente ou por meio de seus delegados, com o objetivo de satisfazer concretamente às necessidades coletivas, sob o regime jurídico total ou parcialmente público”¹¹. Necessários, assim, três elementos para caracterizar o serviço público: o material (atividades de interesse coletivo), o subjetivo – criação por lei, com opção e gestão que incubem ao Estado (presença do Estado) e o formal – regime jurídico definido por lei (procedimento de direito público).

Ao se buscar na Lei Maior um conceito para serviço público, verifica-se que a única indicação explícita se restringe ao artigo 175. O indigitado artigo, ao dispor que sua prestação “incumbe ao Poder Público [...], diretamente ou sob regime de concessão ou permissão”, pressupõe “uma ideia de serviço público como atividade específica, divisível e remunerável por cada indivíduo que dela usufruir”¹². Serviços públicos delegados são atividades “atípicas”, em função das fortes ingerências do Legislativo e do Judiciário ao mencionar os serviços de radiodifusão sonora e de sons e imagens (art. 223, CF/1988) e os serviços de cartórios (art. 236, CF/1988), neste

9 ARAGÃO, 2013, p. 315.

10 MELLO, 1999, pp. 577-579.

11 DI PRIETO, 2006, p. 156.

12 ARAGÃO, 2013, pp. 135-136.

último caso, “um serviço do Estado que, no entanto, deve necessariamente ser delegado à iniciativa privada”.

Ao se optar pela busca de um conceito para os serviços públicos na jurisprudência, também ali não haverá uma sistematização. Ao se analisar julgados do STF, as afirmações dos ministros deverão ser observadas em casos concretos, verificando-se cada contexto¹³. Por necessário, será realizado um corte na busca pelo conceito de serviços públicos, sendo este tomado em sua acepção quanto à atividade de natureza pública, disciplina de Regime Jurídico específico, com previsão constitucional.

Com contornos exclusivos previstos na Constituição Federal (art. 236), as atividades notariais e de registro possuem regramento ditado por um regime jurídico público próprio, por se tratar de função pública. Simultaneamente, convivem com a determinação de serem prestados em caráter privado. Quanto à função pública, restam caracterizadas aquelas atividades como verdadeiras funções estatais, uma vez que sob a titularidade do Estado. Este mantém o poder da fé-pública e, mediante a regulamentação técnica e a fiscalização da prestação dos serviços, assegura sua continuidade, universalidade, uniformidade, modicidade e adequação¹⁴.

A partir da jurisprudência do STF, verifica-se a natureza de serviços públicos dos serviços notariais e de registro. Tal posicionamento foi confirmado em diversos julgados, dentre os quais a ADI 2602 na qual restou consignado que se trata, os serviços de notários e registradores, de serviços públicos não privativos. Em posicionamento representativo do entendimento do STF sobre a temática, na ADI 1800 restou consignado que “a atividade desenvolvida pelos titulares das serventias de notas e registros, embora seja análoga à atividade empresarial, sujeita-se a um regime de direito público”.

Deve-se, aqui, fazer referência à posição contrária expressada pelo Ministro Carlos Ayres Britto em algumas oportunidades, como na ADI 2415. O Ministro afirmava que serviços notariais e de registro são “típicas atividades estatais, mas não são serviços públicos, propriamente”, mas *tertium genus*, e que o regime jurídico estabelecido pelo art. 236 da CF/1988 se delinea “pela comparação com o regime igualmente constitucional dos serviços públicos, versados estes, centralmente, no art. 175 da Lei Maior.” Tal comparação se desenvolveu no seguinte sentido: (1) em que

13 ARAGÃO, 2009, p. 23.

14 RIBEIRO, 2008, p. 181.

pese a natureza pública, os serviços de cartórios são obrigatoriamente exercidos por particulares, não facultativamente como os serviços públicos; (2) a prestação dos serviços é traspassada por delegação, não pelas formas contratuais do art. 175 da CF/1988 (permissão e concessão); (3) a delegação somente pode recair sobre pessoa natural; (4) a delegação é obtida por concurso, não por processo licitatório, como para os serviços públicos; (5) a remuneração se dá por emolumentos e a fiscalização se dá pelo Poder Judiciário, diferentemente dos serviços públicos, remunerados por tarifa ou preço públicos e fiscalizados por órgãos do Executivo.

Como reforço à posição predominante do STF, sobre serem os serviços de cartórios espécies de serviços públicos, na ADI 3089, mesmo discordando de tal posicionamento, o Ministro Carlos Ayres Britto, vencido no julgado, destacou o pensamento que sobressaiu: “Os eminentes Ministros que discordaram do meu voto, no fundo, basearam-se, como se baseiam, no entendimento de que a atividade notarial e de registro é constitutiva de serviço público”.

Dessa forma, o reconhecimento pelo STF dos serviços notariais e de registros como espécies de serviços públicos serve não somente de fundamento para decisões em casos concretos, mas delinea toda uma forma do Estado se relacionar com tais atividades. O delineamento da natureza jurídica de determinada atividade permite seu enquadramento legal em arranjos institucionais, além de orientar o processo de formulação de políticas públicas.

2.2 Cartórios como particulares em colaboração com o Estado

Com papéis e arranjos institucionais ainda indefinidos para os serviços notariais e de registros na nova ordem constitucional, o artigo 236 do documento político-jurídico de 1988 traçava os primeiros contornos para a atividade: serem exercidos em caráter privado, por delegação do Poder Público e sob a fiscalização do Poder Judiciário. No momento pós-constituição, ainda não era certo o papel de cada um dos agentes, de como se relacionariam institucionalmente ao tratarem de questões econômicas administrativas e jurídicas¹⁵. Sobre tal aspecto, foi constatada a necessária participação dos diversos segmentos da sociedade de forma articulada nos arranjos orientados à reconstrução do Estado brasileiro.

Na sequência, uma série de leis e regulamentos definiram as formas

15 DALLARI BUCCI, 2013, pp. 9-10.

de atuação e contribuição dos tabeliães e registradores na nova organização jurídica e social. Com autonomia para a administração dos serviços, os delegatários à frente dos cartórios passaram a investir em estrutura compatível com a velocidade de comunicação, necessidades e negócios nos novos tempos e a buscar a eficácia e eficiência necessárias à adequada prestação dos serviços públicos dos quais foram incumbidos. Trata-se de profissionais do Direito submetidos à observância dos princípios da Administração Pública, com independência no exercício de suas atribuições (art. 28 da Lei nº 8.935/1994) e estreita proximidade com as atividades judiciais. São particulares em colaboração com o Estado¹⁶, à disposição de políticas públicas de desjudicialização e de seus arranjos institucionais¹⁷. Além dos serviços inerentes às suas atividades, tais profissionais do direito possuem diversas atribuições definidas em lei com as quais colaboram diretamente com o Estado. Não são servidores públicos, mas prestam relevantes serviços de fiscalização e realização de políticas públicas.

Leis federais, estaduais e municipais, provimentos e normas geram deveres que notários e registradores passam a ter para com a Administração Pública, independente de quão distante dos grandes centros estejam as serventias. Nesse sentido, ao se utilizar do descentralizado Sistema Registral e Notarial, o Poder Público lança mão de operadores do direito especializados, sem custo adicional para o erário. Esses delegatários custeiam suas atividades com os emolumentos relativos aos atos que realizam e prestam ao Estado serviços gratuitos das mais diversas naturezas.

As relações entre o Estado contemporâneo e seus agentes tornam-se complexas dia-a-dia, muito em função do incremento das atividades que devem ser asseguradas pelos governantes e do conseqüente aumento na demanda por serviços públicos¹⁸. Sob tal aspecto, parte-se da compreensão que “a prestação jurisdicional é exclusivamente incumbida ao Poder Público, o que leva o serviço judiciário à categoria de serviço público”¹⁹.

Mas não há impedimento para que o ordenamento jurídico seja reestruturado, principalmente quando o próprio Judiciário fiscaliza a com-

16 MEIRELLES, 1997, p.78.

17 Vide nota 3.

18 DUGUIT, 2003, p. 60.

19 DERGINT, 1994, p. 113.

posição de interesses diante da ausência de lide. Não é razoável se exigir que todas as questões atinentes à composição de interesses tenham que assoberbar os tribunais. Políticas públicas avançam na direção de um “sistema de justiça”, que não se limite à apreciação de lides pelos Estado-juiz. Dentre as soluções buscadas, a desjudicialização é medida que se apresenta em arranjos institucionais, com a transferência de atividades não necessariamente típicas do Poder Judiciário para instituições que atuem em colaboração e sob a supervisão do Estado²⁰. Na seção seguinte, são abordadas ações no sentido na construção de um mais amplo “sistema de justiça” sob a influência e condução de atores diversos.

3. Política enquanto instância de decisão nas políticas públicas de desjudicialização

A construção das políticas públicas envolve a participação dos diversos poderes e órgãos de governo, sendo compostas por “programas de ação governamentais articulados entre si”²¹. Quanto à desjudicialização, aqui a política se revela na tomada de decisões, por vezes conflituosas, entre as diversas esferas do Governo. Entram em cena tensões entre política e políticas públicas²² que levam à análise macro institucional, onde “as políticas públicas consistem em quadros de ação governamental, arranjos institucionais que expressam o Estado em movimento”²³.

Como exemplo de decisão política, a Secretaria de Reforma do Judiciário, do Ministério da Justiça, foi criada em 2003, tendo como eixos de atuação, dentre outras atividades: “formular, promover, [...] processos de modernização da administração da justiça brasileira, por intermédio da articulação com os demais órgãos federais, do Poder Judiciário, do Poder Legislativo,

do Ministério Público, dos Governos estaduais, agências internacionais e

20 DALLARI BUCCI, 2013, p. 23.

21 DUARTE, 2013, p. 21.

22 Adota-se o termo “política”, enquanto imposição de objetivos, conteúdos e decisões de distribuição, se aproxima das denominadas *politics*. Por sua vez, “política pública” está próxima da *policy*, quando expressão da dimensão material, dos “conteúdos concretos”, da “configuração dos programas políticos”, resolução de “problemas técnicos” e do “conteúdo material das decisões políticas” (FREY, 2000, pp. 216-217).

23 DALLARI BUCCI, 2013, p. 21.

organizações da sociedade civil”²⁴.

A Secretaria teve atuação determinante na aprovação da Emenda Constitucional nº 45 que, dentre outras providências, elevou à categoria de direito fundamental a razoável duração do processo e criou o Conselho Nacional de Justiça - CNJ. Iniciativas de tal natureza resultaram em tensões, decorrentes da interferência do Poder Executivo em rumos e funcionamentos do Poder Judiciário. Sem qualquer consideração explícita sobre consequência, em 2016 a Secretaria foi extinta, em nome do equilíbrio fiscal. Suas atividades e cargos foram transferidos para a Secretaria Nacional de Justiça, do Ministério da Justiça. Antes da extinção da Secretaria, o CNJ já havia adotado papel relevante nos processos de desjudicialização. De qualquer forma, a dimensão sistemática criada permitiu que novos arranjos institucionais fossem desenhados como “expressão formalizada” das políticas públicas de desjudicialização²⁵.

Com o CNJ, soluções para os problemas do Judiciário passaram a ser pensadas por agentes, em sua maioria, daquele Poder. Com escopo na atuação sistêmica na busca de procedimentos para a desjudicialização, desde o ano de 2006 o CNJ passou a incentivar a solução consensual de conflitos como forma de buscar a desjudicialização. Naquele ano, o Conselho lançou o Movimento Nacional pela Conciliação. Na sequência, sobreveio a Resolução nº 125/2010, que criou a Política Judiciária Nacional de Conciliação, confirmando a atuação do CNJ como formulador, executor e avaliador de políticas públicas²⁶.

O CNJ avança na construção de um “sistema de justiça”, no qual um mecanismo para a solução de conflitos disponha de portas de tratamento a partir da negociação, conciliação, mediação e arbitragem, o Fórum Múltiplas Portas. Trata-se de uma política na qual o tratamento de uma controvérsia tem mais de uma alternativa à “sala de audiências”²⁷. Neste período no qual o acesso à justiça é marcado pela conflitualidade, instituições, como os cartórios, desempenham relevante papel no sistema múltiplas portas como política pública. Direitos patrimoniais e disponíveis podem ser objeto de mediação e conciliação orientadas por atores extrajudiciais.

Neste ponto, sobre as tensões entre política e políticas públicas, mos-

24 Decreto nº 4.685/2003.

25 DALLARI BUCCI, 2013, p. 23.

26 OLIVEIRA; SPENGLER, 2013, p. 11.

27 OLIVEIRA; SPENGLER, 2013, p. 113.

tra-se emblemática a celeuma inicial provocada pela iniciativa de cartórios em atuarem em ações de mediação, frente ao posicionamento contrário da OAB, numa situação de verdadeiro embate político entre atores que atuam na desjudicialização. Tal embate, não foi totalmente resolvido, e pode representar obstáculo às ações de desjudicialização e desburocratização, situação que precisaria ser enfrentada já no início das divergências.

Ocorreu que, na esteira da busca da solução de conflitos pela mediação, de forma a demonstrar a importância das ações dos tribunais, a Corregedoria Geral da Justiça de São Paulo editou o Provimento CGJ nº 17/2013, no qual autorizou e implementou a mediação e a conciliação extrajudicial em cartório naquele estado, exclusivamente no tocante a direitos patrimoniais disponíveis. Tal provimento, a requerimento da OAB-SP, foi liminarmente suspenso em Procedimento Administrativo no CNJ, sob a fundamentação de estar o TJSP regulamentando matéria exclusiva de Lei Federal.

Com a Lei nº 13.140/2015 passou a existir expressa possibilidade de mediação nas serventias extrajudiciais, com especial reforço proporcionado pelo novo Código de Processo Civil, que privilegia a busca pela conciliação e mediação como forma de tornar céleres as soluções de conflitos na sociedade. Todavia, a celeuma quanto à sobreposição de competências normativas não se esgotou. Logo após a publicação da Lei de Mediação, corregedorias das justiças estaduais passaram a editar atos normativos autorizando notários e registradores a realizarem serviços de mediação e conciliação que versem sobre direitos patrimoniais disponíveis. Não obstante tais avanços, o CNJ, apontando ser sua a competência para normatização de tais atividades, se posicionou no sentido de que, “enquanto não houver ato normativo editado pelo CNJ a regulamentar a matéria, conclui-se que é vedada a realização da atividade de conciliação e/ou mediação pelas autoridades cartorárias no âmbito extrajudicial”²⁸. A consequência imediata foi de que corregedorias das justiças estaduais suspenderam provimentos locais que autorizavam as atuações de notários e registradores em conciliações e mediações nas serventias extrajudiciais.

Percebe-se, diante do exposto, a importância da política enquanto instância nas ações até aqui apresentadas. De toda forma, superada a etapa da decisão política para a consecução da política pública, parte-se para definição dos meios e recursos para alcança-los. Mostra-se, aí, a vocação do

28 Consulta CNJ nº 0003416-44.2016.2.00.0000, DJ-e.

cartório extrajudicial para atuar em colaboração com o Estado nas políticas públicas de desjudicialização, por sua natureza jurídica de executor de serviços públicos delegados e próxima fiscalização pelo Poder Judiciário.

4. O ciclo das políticas públicas de desjudicialização

Identificados e delimitados os problemas relativos à demora, custo e dificuldade de acesso para a solução de questões levadas ao Judiciário, mesmo quando não se trata de demanda tipicamente judicial, definida uma agenda, passa-se às fases seguintes do ciclo das políticas públicas de desjudicialização. São as fases de tomada de decisão, implementação e avaliação, que revelam os rumos e necessárias correções a seguir. Como se percebe na evolução da dimensão prática já vista, essas fases não se apresentam estanques, mas entrelaçadas²⁹.

A política pública “envolve processos subsequentes após sua decisão e proposição, ou seja, implica também implementação, execução e avaliação”³⁰. Ao decidir pelas políticas de desjudicialização, cabe ao Estado não somente produzir seus regramentos de forma a definir arranjos institucionais, uma vez que o ciclo da política pública compreende a “definição de agenda, identificação de alternativas, avaliação das opções, seleção das opções, implementação e avaliação”.

Quando cartórios são introduzidos nos arranjos institucionais, pela natureza dos serviços que prestam, os impactos são rápidos. Tais resultados devem ser reiteradamente avaliados para auxiliar na formulação de novas políticas e, se necessário, reestruturadas as políticas, com o intuito de corrigir rumos e incrementá-las para ampliar resultados. Ou seja, formada a agenda e formulada a política pública, passa-se à tomada de decisão rumo à implementação e avaliação, para, em movimento de continuidade incremental, se retomar a formação de agenda. Não se trata de momentos estanques, uma vez que as informações sobre acertos e erros decorrentes de avaliações incidentais também influenciam de forma incremental nesse ciclo.

Nesta seção, apresenta-se o ciclo da política pública de desjudicialização nas quais os cartórios são inseridos nos arranjos institucionais. Formada a agenda e formulada a política pública, passa-se à verificação de como se

29 SECCHI, 2013, p. 43.

30 SOUZA, 2006, pp. 29-37.

dá o incrementalismo na tomada de decisões. Serão apresentados rumos de implementação e a dimensão prática das políticas públicas de desjudicialização. Ao final, serão realizadas avaliações de algumas estratégias para se ressaltar a atenção necessária às avaliações enquanto forma de retroalimentação do ciclo.

4.1 Incrementalismo na elaboração de políticas públicas de desjudicialização

É incomensurável o número de variáveis possíveis de se analisar quando se retira um procedimento do escopo do Judiciário e o transfere para outros atores, em especial para particulares, como notários e registradores. Sempre haverá a possibilidade de que uma política pública, ao seguir um modelo racional de tomada de decisão³¹, descure de algum fator importante, uma vez que “toda análise é incompleta, e toda análise incompleta pode deixar de fora algo que acaba se revelando crítico a uma boa política”³². Assim, se o Poder Judiciário sofre com o acúmulo de pedidos de prestação jurisdicional, cartórios deverão se adaptar, não somente para oferecer serviços dentro da mais absoluta legalidade, mas, também, para não se perderem em disfunções da burocracia às quais, em sentido comum, recebem o próprio nome de burocracia³³. Seria o retorno aos motivos que orientaram os movimentos de desjudicialização.

Formuladas as alternativas para as soluções dos problemas identificados, “a tomada de decisão representa o momento em que os interesses dos atores são equacionados e as intenções (objetivos e métodos) de enfrentamento de um problema público são explicitadas”³⁴. Por sua vez, o ritmo das mudanças, diversificadas e estanques, demonstram que o Estado, num movimento de comparações sucessivas entre problemas e soluções, busca um acordo entre atores no qual elementos políticos têm que ser negociados para que se criem espaços para elementos técnicos.

Do que foi visto, se extrai que a tomada de decisão em políticas públicas de desjudicialização ocorre num método incremental, uma su-

31 SECCHI, 2013, p. 53.

32 LINDBLON, 2009, p. 186.

33 CHIAVENATO, 2003, p. 262.

34 SECCHI, 2013, pp. 51-41.

cessão de comparações que reduz ou elimina em grande parte a dependência de teorias³⁵.

Não é tarefa simples retirar atribuições de um dos Poderes. Deve haver um acordo de interesses no qual “os vários analistas concordem diretamente sobre uma decisão política (mesmo que eles não concordem que essa decisão seja o meio mais apropriado para o objetivo acordado)”³⁶. Ademais, as medidas nesse sentido devem ser conservadoras, mas sem serem lentas a ponto de não surtirem efeitos, haja vista que “uma sequência rápida de pequenas mudanças pode produzir alteração drástica no *status quo* de uma forma mais rápida do que o faria uma grande mudança política, implementada apenas uma vez ou outra”.

A título de ilustração, a usucapião administrativa se revela como uma demonstração da tomada de decisão incremental nas políticas de desjudicialização. Inicialmente idealizada para os casos de regularização fundiária, se estendeu no NCPC para todas as modalidades de aquisição originária por usucapião. Todavia, ao mesmo tempo que o instituto despertou grande corrida aos cartórios nos primeiros dias de vigência do NCPC, muitas críticas foram formuladas dentre os profissionais do direito, diante do pouco efeito prático que a redação da lei oferecia, em especial ao exigir a assinatura e concordância de proprietários e confrontantes. Finalmente, a MPV nº 759/2016, convertida na Lei nº 13.465/2017, avançou quanto à questão do silêncio do proprietário notificado, que passa a ser interpretado como não discordância. Por certo, mudanças serão necessárias para o melhor funcionamento desta nova opção de realização do direito de propriedade, o que demonstra, também, a necessidade de participação dos atores finais no processo de tomada de decisão.

4.2 Cartórios nos arranjos normativos de políticas públicas de desjudicialização

A Administração Pública tem se beneficiado e coordenado atividades tabeliônicas e registrárias, enquanto meios à disposição do Estado para a consecução de políticas públicas para a consensualização e desjudicialização³⁷.

35 LINDBLON, 2009, p. 166.

36 LINDBLON, 2009, pp. 165-188.

37 DALLARI BUCCI, 2006, p. 39.

Quando da implementação de políticas públicas, cartórios seguem algumas regras criadas internamente, que nem por isso passam a representar implementação de “baixo para cima”. Em geral, as políticas públicas de desjudicialização necessitam de regramento próprio, quase sempre por lei específica. Nas ações de desjudicialização, os cartórios atuarão nos limites autorizados pelas leis e regulamentos, num modelo de implementação *top-down*³⁸, num andar de evolução incremental. Predominam, então, as leis, regulamentos, resoluções, provimentos, regimentos, ordens de serviço e atos que digam respeito à sua atividade, sempre sob a fiscalização do Poder Judiciário.

Definido como objetivo a desjudicialização, cumpre à política pública apontar meios necessários à sua consecução e o intervalo de tempo para que se apresentem resultados³⁹. As crescentes atribuições legais para que cartórios atuem como instrumentos para desjudicialização são possíveis, em grande parte, em virtude da fé-pública e permanente fiscalização pelo Poder Judiciário daqueles profissionais do Direito. Some-se a esse fato que serventias extrajudiciais oferecem rápidas respostas quando alocados em políticas públicas, com suas estruturas versáteis e organização de pessoal flexíveis, próprias das instituições particulares.

Como conteúdos concretos, isso é, configurações dos programas políticos aos problemas técnicos e conteúdos materiais para a desjudicialização⁴⁰, destacam-se importantes mudanças legislativas que transferiram para os cartórios extrajudiciais procedimentos necessários à realização de direitos que anteriormente necessitavam percorrer a via judicial. Na sequência são apresentadas algumas dessas iniciativas com as respectivas autorizações legais.

No registro civil, direitos da personalidade, como o nome, decorrem do ato de registro, que eram dificultados em situação de registro tardio por necessidade de intervenção judicial. A Lei Federal nº 11.790/2008 alterou o art. 46 da Lei de Registros Públicos para permitir o registro da declaração de nascimento fora do prazo legal, diretamente nas serventias extrajudiciais. Tal medida atenuou a busca às varas de registros públicos onde eram figuras comuns pessoas, em sua quase totalidade em situação de vulnerabilidade socioeconômica e civil, em busca do registro de nascimento. Por sua

38 SECCHI, 2013, p. 62.

39 SUXBERGER, 2015, p. 256.

40 FREY, 2000, pp. 216-217.

vez, a Lei nº 12.133/2009 deu nova redação ao art. 1.526 do Código Civil para determinar que a habilitação para o casamento seja feita pessoalmente perante o Oficial do Registro Civil e que o procedimento seja submetido ao juiz somente nos casos em que haja impugnação.

Por sua vez, registradores de imóveis assumiram função de destaque nas políticas de desjudicialização e de fomento da atividade econômica quando passaram a atuar diretamente, em caso de inadimplência, na consolidação da propriedade fiduciária. Cuida-se, a alienação fiduciária em garantia, de procedimento previsto na Lei nº 9.514/1997 que, na prática, substituiu a hipoteca nos financiamentos imobiliários e todo o moroso processo judicial de cobrança e execução.

De grande relevância para correção de informações no registro de imóveis foram as alterações na Lei nº 6.015/1973, Lei de Registro Públicos - LRP introduzidas pela Lei nº 10.931/2004. Pela atual redação dos artigos 212 e 213 da LRP, o procedimento administrativo de retificação de registro do imóvel passa, como regra, a ser processada diretamente perante o oficial registrador, nos casos do registro ou da averbação ser omissa, imprecisa ou não exprimir a verdade, inclusive com hipóteses nas quais o registrador poderá atuar de ofício. Antes as retificações ocorriam mediante despacho judicial, num proceder mais caro e demorado. Mantida tal orientação a todas modalidades de registros públicos, revela-se um especial potencial à desjudicialização em questões de jurisdição voluntária, não tipicamente judiciais, com ganhos “em tempo e desburocratização”⁴¹.

Não menos importantes foram as normas relativas à regularização fundiária de interesse social introduzidas no ordenamento pelas Lei nº 11.977/2009 (Programa Minha Casa Minha Vida), posteriormente modificadas e com grandes inovações trazidas pela Lei nº 13.465/2017 (com títulos específicos e detalhados para as regularizações fundiárias rural e urbana), que atenuam embates sociais e auxiliam na realização da função social da propriedade imobiliária. Na mesma esteira, o Novo Código de Processo Civil – NCPC busca reduzir o volume de processos judiciais ao prever o procedimento da usucapião administrativa, também processado perante o registrador de imóveis, agora para qualquer imóvel, desde que preenchidos os requisitos de lei e a partir da ata notarial lavrada pelo tabelião de notas atestando o tempo de posse do requerente e seus antecessores.

41 VENOSA, 2004.

Quanto à ata notarial, mais uma vez o NCPC privilegiou a desjudicialização, na produção de provas, ao reforçar instrumento legal já existente, mas até então pouco utilizado na prática (art. 384): “A existência e o modo de existir de algum fato podem ser atestados ou documentados, a requerimento do interessado, mediante ata lavrada por tabelião”.

Com o advento da Lei nº 11.441/2007 houve importante alteração do antigo Código de Processo Civil, possibilitando a realização de inventário, partilha, separação consensual e divórcio consensual por via administrativa nos tabelionatos de notas, desde que envolvendo partes capazes. Tais disposições foram reproduzidas no Novo Código de Processo Civil e são responsáveis por afastar a necessidade de centenas de milhares de processos judiciais, como se verá em linhas posteriores.

Ainda no âmbito do tabelionato de notas, a Corregedoria Geral da Justiça do Estado de São Paulo editou o Provimento nº 31/2013, no qual regulamentou a formação extrajudicial de cartas de sentença pelos tabeliães de notas, de modo que o tabelião pode, a pedido da parte interessada, formar cartas de sentença das decisões judiciais, dentre as quais os formais de partilha, as cartas de adjudicação e de arrematação, os mandados de registro, de averbação e de retificação. Também com vista a implementar a mediação e a conciliação extrajudicial, a Lei nº 13.140/2015, a Lei da Mediação, permitiu a atuação direta das serventias de notas e de registro em tais procedimentos, esta a depender de autorização normativa, no entender do CNJ (como se viu acima).

Dentre as iniciativas normativas de implementação da desjudicialização, sobreveio a Lei nº 12.767/2012, que modificou a Lei nº 9.492/1997, Lei de Protesto, e incluiu entre os títulos sujeitos a protesto as certidões de dívida ativa da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e das respectivas autarquias e fundações públicas. O novo texto normativo foi questionado pela Confederação Nacional da Indústria – CNI, na Ação Direta de Inconstitucionalidade - ADI 5.135. O plenário do STF julgou improcedente o pedido, sendo apontado pelo relator que o protesto se demonstra forma menos invasiva que a execução fiscal. Em crescente movimento, o protesto de CDAs vem se mostrando eficiente forma de recuperação de créditos, antes mesmo da ação de execução fiscal.

Mas o movimento de desjudicialização que se vale da capilaridade e especialização dos serviços notariais não se restringe ao Brasil. Já há muito o parlamento Europeu se expressou no sentido de que os serviços imparciais

prestados nos países membros por notários devem ser adotados como forma de descongestionar tribunais⁴². Seguindo tal orientação, estados membros, reconhecendo a fé-pública do notário, passaram a destinar para esses profissionais, matérias antes reservadas ao Judiciário. Como exemplo, na Espanha, a Lei 15/2015, a Lei da Jurisdição Voluntária⁴³ modificou o Código de Processo Civil Espanhol de 1881, com a desjudicialização de todos os expedientes de jurisdição voluntária que não afetem interesses de menores ou de pessoas que exijam proteção especial. Conforme apresentado em seu preâmbulo, o interesse do cidadão ocupa lugar central nos objetivos da lei. A intenção foi criar instrumentos simples, eficazes e adequados para quando a realidade social demanda situações sem lides. A lei espanhola reconhece a relevância da fé-pública e competência de notários e registradores, exclusiva ou concorrente com secretários judiciais, com destaque para os procedimentos de conciliação⁴⁴. Notários espanhóis podem processar inventários mesmo havendo testamentos.

Em Portugal, apontado em relatório da Comissão Europeia para a Eficiência da Justiça como estado membro com maior demora na tramitação de processos nos tribunais⁴⁵, políticas de desjudicialização buscam reverter esse quadro. Naquele país, as modificações foram de tal monta que transferiram todos os inventários para os cartórios de notas, até mesmo em situações de falta de acordo. Não havendo consenso entre os herdeiros, é o notário quem designa bens que serão vendidos e promove a venda de bens para pagamentos de dívidas⁴⁶. Com a designação de notários e registradores europeus para atuação em situações que antes demandavam a intervenção do Judiciário, busca-se o canal menos dispendioso e mais rápido, sempre com o máximo respeito às garantias e segurança jurídica⁴⁷.

De qualquer forma, tanto no Brasil como em países nos quais os notários e registradores são chamados a atuar em políticas públicas de desjudicialização, importante a lembrança de que se trata de procedimentos administrativos, que podem ser questionados e modificados na via judicial.

42 CRUZ, 2014.

43 ESPANHA, 2015.

44 HEBRERO, 2015.

45 UNIÃO EUROPEIA, 2015, p. 8.

46 PORTUGAL, 2013.

47 ESPANHA, 2015.

4.3 Avaliação das políticas públicas de desjudicialização

Implementadas políticas públicas de desjudicialização, cumpre o dever de avaliá-las, em especial para que se decida sobre rumos e se possa subsidiar a continuidade de tomadas de decisões incrementais. Necessário que se definam critérios e indicadores. Alguns desses critérios são: economicidade, produtividade, eficiência (econômica e administrativa), eficácia e equidade⁴⁸. Para a avaliação desses critérios⁴⁹, pode-se valer de relatórios e pesquisas de tribunais, dos próprios cartórios e das bases de dados do CNJ, em especial com os dados de produtividade encaminhados pelos tribunais e pelas serventias extrajudiciais.

O custo da Administração Pública com a fiscalização de serventias extrajudiciais privatizadas é muitas vezes menor que a arrecadação decorrente de taxas judiciárias e fundos. Dessa forma, a economicidade deve ser verificada sob o prisma do usuário. Em regra, os custos dos usuários ao se utilizarem de serviços de cartórios são menores que em procedimentos alternativos, como procedimentos judiciais ou sistemas jurídicos nos quais o direito de propriedade precise de mecanismos complementares de segurança, como seguros e caras análises profissionais a cada negócio realizado.

Sobre economicidade e eficiência econômica, ao se falar em cartórios é comum a comparação entre os rigorosos requisitos formais para determinados negócios jurídicos no Brasil e o pragmatismo com o qual negócios são realizados em países de sistema de Direito da *Common Law*, em especial os Estados Unidos. Dentre as diferenças percebidas, para o presente estudo a que mais se destaca é que em ordenamentos nos quais haja a liberdade de forma para os contratos não há o registro de imóveis com barreiras rígidas de entrada ou o notário latino⁵⁰, que se distingue do *public notary*⁵¹. Surge a questão sobre a diferença de custo em um ou outro sistema nas ações não levadas ao Judiciário.

Ocorre que, nos países de tradição jurídica anglo-saxônica, não há o instrumento público que sirva como prova pré-constituída. O contrato é mero indício, sem força de prova. Como consequência, produz-se um

48 SECCHI, 2013, p. 63.

49 DUARTE, 2013, p.70.

50 GALVÁN, 2001, p. 165.

51 PEREIRA, 1994, p. 13.

grande número de litígios que se resolvem em indenizações, de forma a minimizar altos custos com o processo judicial⁵². O custo aumenta na prevenção inicial e no aconselhamento profissional, que lança mão de pesquisas e bases de informações privadas, uma vez que o imóvel está fora de um sistema de registro com garantias rígidas quanto à propriedade para permitir as transmissões. De outro lado, nos países de tradição do notário latino, o instrumento público faz prova plena, diminuindo o número de demandas e evitando o custo de litígio⁵³. Mostra-se intuitivo que a prevenção de litígios agregada pelos cartórios diminui os custos totais de negócios⁵⁴. Tratando-se de custo financeiro, somente uma pesquisa realmente comparativa entre custos de procedimentos similares entre países com sistemas de Direito distintos pode mensurar a diferença entre se manter a desjudicialização no Brasil orientada, em parte, aos cartórios, ou simplesmente se transferir direto à sociedade o controle preventivo de litígios.

Sobre a produtividade, mostra-se crescente o número de procedimentos deslocados do Judiciário para os cartórios. Como parâmetro de medição, verifica-se que o número de escrituras públicas de divórcio em termos absolutos representa considerável economia de recursos judiciais, sendo, desde o advento da Lei nº 11.441/2007⁵⁵: 28.164 (2007), 37.703 (2008), 37.963 (2009), 63.358 (2010), 80.184 (2011), 78.949 (2012), 77.269 (2013), 78.849 (2014), 75.613 (2015). Na Central Notarial de Serviços Compartilhados – CENSEC, que passou a concentrar as informações sobre atos decorrentes da Lei nº 11.441/2007 (mas ainda não dispõe da totalidade dos cartórios brasileiros), de janeiro de 2007 a novembro de 2016, cartórios de notas de todo o País informaram mais de 1,5 milhão de atos, sendo 852.929 inventários, 13.973 partilhas, 42.936 separações e 421.187 divórcios⁵⁶.

Tratando-se do Poder Público, a eficiência deve representar um “melhor exercício das missões de interesse coletivo que incumbe ao Estado,

52 GALVÁN, 2011, p. 165.

53 No ano de 2000, o custo total dos serviços jurídicos nos EUA, incluindo os seguros, ultrapassava 300 milhões de dólares, enquanto na França não chegava a 0,09 dos contratos imobiliários, sendo metade das demandas improcedentes (CORDIER, 2000, p. 9).

54 “Ao lado desta credibilidade e qualidade, chama a atenção o resultado do relatório Doing Business, produzido pelo Banco Mundial, segundo o qual o custo de transmissão de imóveis no Brasil (gastos com escritura pública, registro e imposto Municipal) é menor do que o praticado nos países ricos e o da média da América Latina: 3,5% Brasil (SP), 4,2% Países Ricos e 6,1% América Latina” (PORTAL DO RI, 2016).

55 IBGE.

56 LUIZARI, 2017, p. 59.

que deve obter a maior realização prática possível das finalidades do ordenamento jurídico, com os menores ônus possíveis⁵⁷. Os tabeliães e registradores estão em quase 14 mil serventias⁵⁸. Por sua presença descentralizada e por serem testemunhas visuais de atos dos quais o Estado necessita ser informado ou controlar, são uma opção eficiente e com custo reduzido - em regra nenhum custo para a Administração Pública - e que prestam serviços em um tempo muitas vezes menor que um tradicional processo judicial. A repercussão dos serviços de inventários, partilhas e divórcios em cartório também se deu em termos de eficiência para o Poder Judiciário, quando tomado em sentido amplo o “sistema judiciário”, uma vez que as inovações repercutiram positivamente para os cofres públicos. O Centro de Pesquisas sobre o Sistema de Justiça Brasileiro – CPJus, em 2013, verificou que um processo judicial custa em média R\$ 2.369,73. Dessa forma, desde 2007, com as atribuições aos Tabelionatos de Notas da Lei nº 11.441/2007 (e posteriormente pelo NCPC), a economia para os cofres públicos foi de mais de R\$ 3,5 bilhões de reais⁵⁹.

Os números relativos às escrituras de divórcio em cartório demonstram um acesso amplo pela população. Colabora em viabilizar a equidade que as políticas públicas de desjudicialização reclamam, a possibilidade de livre escolha do tabelião de notas para a lavratura de escrituras de inventário, separação, partilha ou divórcio, diferente do processo judicial que segue rígidas regras de competência e distribuição. Ademais, havendo a necessidade das partes, existe a previsão legal de que o procedimento seja gratuito (art. 98 e seguintes do CPC). Some-se a isso a ampla capilaridade do sistema notarial, presente nos municípios e distritos em número maior que as varas judiciais.

A respeito da percepção dos usuários sobre os serviços prestados em cartórios, a pedido da Associação dos Notários e Registradores do Brasil – ANOREG, foi realizada em novembro de 2015 pesquisa quantitativa, com abordagem pessoal dos entrevistados nas saídas dos cartórios, logo após a utilização dos serviços (técnica de Flagrante). Foram realizadas 1.045 entrevistas, divididas em 4 capitais e no Distrito Federal⁶⁰. Cartórios se

57 ARAGÃO, 2005, p. 1.

58 BRASIL, 2016.

59 LUIZARI, 2017, p. 59.

60 DATAFOLHA, 2015.

mostraram as instituições mais confiáveis (7,6, em notas de 0 a 10), quando comparadas com Correios (7,4), Forças Armadas (7,0), instituições religiosas (6,7) e outras. Na mesma pesquisa, 68% consideram cartórios muito importantes para a sociedade e 88% acreditam que os documentos e transações de cartórios são totalmente (48%) ou em parte (40%) seguros. Os serviços notariais e de registro também foram os melhores avaliados com relação à prestação das atividades (ótimo e bom – 77%), quando comparados com outras instituições. Quanto à satisfação com itens como cortesia, qualidade do atendimento, organização, conforto, tempo de espera e infraestrutura, com notas de 0 a 10, a média dos cartórios foi de 8,5 (nenhuma abaixo de 8). Finalmente, a maioria dos entrevistados são contra à ideia de empresas privadas (77%) ou Prefeitura ou outros órgãos públicos (74%) realizarem os serviços dos Cartórios.

Cartórios têm demonstrado realizar serviços eficientes e eficazes, com amplo acesso para a população, quanto à proposta de garantir o exercício de direitos que antes precisavam ser realizados na Justiça. De qualquer forma, enquanto atores interessados em demonstrar a importância de sua participação nos processos de simplificação do Estado, cumpre aos cartórios liderarem as iniciativas de avaliação de políticas de desjudicialização, seja para orientar propostas, para melhorá-las ou ampliá-las.

5. Conclusão

Está chegando o momento no qual não se resolverão as crescentes demandas ao Poder Judiciário somente com o aumento de recursos materiais ou humanos, até mesmo por que limitados na razão de sua expressão financeira para a Administração Pública. Uma alternativa crescente que se mostra eficiente é o afastamento dos processos judiciais de questões que não são tipicamente afetas ao Judiciário, em especial, como se demonstrou, com a participação de cartórios extrajudiciais nos arranjos institucionais das políticas públicas de desjudicialização.

Se notários e registradores se aproximam como elemento da estrutura burocrática weberiana, isso se dá pela necessária especialização e remuneração dos serviços que realizam a partir de regramentos do Estado⁶¹. Todavia, com a dinâmica própria da iniciativa privada, adaptam-se rapidamente em

61 WEBER, 2012, p. 39.

correções de rumos voltadas para serviços de extrema demanda. São profissionais que desempenham crescente papel em ações complementares a um “sistema de justiça” ampliado.

Verificou-se que a solução constitucional de atribuir os serviços notariais e registrais a particulares, sob a fiscalização do poder público, disponibilizou atores com posição de destaque no ordenamento jurídico e com agilidade para compor arranjos institucionais de desjudicialização.

No aspecto de sugestões para o continuado desenvolvimento das políticas públicas de desjudicialização, uma extensa pesquisa junto aos tribunais brasileiros de verificação da hipótese de que é inexpressiva a litigiosidade resultante de procedimentos extrajudiciais de divórcios ou inventário pode recomendar avanços. Confirmada a hipótese, haveria aí um importante indicativo quanto à viabilidade de se avançar no sentido de se permitir a realização em cartório de procedimentos em situações sem lide ou conflito, de aplicação direta da lei, mesmo que com a presença de incapazes, como inventários e divórcios com filhos menores, ainda que para isso haja a intervenção do Ministério Público.

Assim, para que o ciclo das políticas públicas de desjudicialização possa seguir em desenvolvimento, faz-se necessário que se aperfeiçoem as avaliações dessas políticas, realimentando com informações o processo de tomada de novas decisões, iniciativa compatível com o CNJ, corregedorias das justiças estaduais e associações de notários e registradores.

Referências

- ARAGÃO, Alexandre dos Santos. *Direito dos serviços públicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2013. Ebook. Disponível em: <<http://integrada.minhabiblioteca.com.br/books/978-85-309-4557-2>>. Acesso em: 20 mar. 2017.
- _____. O conceito de serviços públicos no Direito Constitucional brasileiro. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico – REDAE*, Salvador, n. 17, 2009. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/redae-17-fevereiro-2009-alexandre%20aragao.pdf>>. Acesso em: 10 fev. 2017.
- _____. Serviços públicos e concorrência. *Revista Eletrônica sobre Reforma do Estado*, Salvador, n. 1, 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-1-FEVEREIRO-2005-ALEXANDRE-A-RAGAO.pdf>>. Acesso em 1 de abril de 2017.

- BENÍCIO, Hercules Alexandre da Costa. A responsabilidade civil de notários e registradores sob a égide da Lei 13.286/2016. *Revista de Direito Imobiliário*, vol. 81, ano 39, pp. 363-381. São Paulo: Ed. RT, jul.-dez. 2016, pp. 363-381.
- BRASIL. CNJ - *Serventias Extrajudiciais cadastradas e ativas*. 2016. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/corregedoria/justica_aberta/?>. Acesso em: 2 de maio de 2017.
- CHIAVENATO, Idalberto. *Introdução à teoria geral da administração: uma visão abrangente da moderna administração das organizações*. 7. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Elsevier, 2003.
- CORDIER, Michel. El notariado notariado, realidades y perspectivas. *Revista de Derecho Notarial*, Guadalajara, n.º. 22, mai.-ago., 2000.
- COUTINHO, Diogo. O direito nas políticas públicas. In: MARQUES, Eduardo e FARIA, Carlos Eduardo Pimenta de. *Política Pública como campo disciplinar*. São Paulo: Unesp / Rio de Janeiro: Fiocruz, 2013.
- CRUZ, Alfonso C. *A Espanha lidera o ranking mundial de agilidade na abertura de empresas*. Colégio Notarial do Brasil, São Paulo, out. 2014. Disponível em: <<http://www.notariado.org.br/index.php?pG=X19leGliZV9ub3RpY2lhcw==&in=NDcxMA==>>. Acesso em: 10 jan. 2016.
- DALLARI BUCCI, Maria Paula. *Fundamentos para uma Teoria Jurídica das Políticas Públicas*. São Paulo: Saraiva, 2013.
- _____. *O conceito de política pública em direito*. In: Políticas, Públicas, Reflexões sobre o Conceito Jurídico. Maria Paula Dallari Bucci (org.). São Paulo: Saraiva, 2006.
- DATAFOLHA. *Imagem dos cartórios em 4 capitais e no DF: pesquisa Datafolha*. Datafolha, nov. 2015. Disponível em: <http://anoreg.org.br/centraldecartorios/arquivos/Imagem_dos_cart%C3%B3rios.pdf>. Acesso em: 08 jan. 2017.
- DERGINT, Augusto do Amaral. *Responsabilidade do Estado por atos judiciais*. São Paulo: RT, 1994.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*, 19ª ed. São Paulo: Atlas, 2006.
- DUARTE, Clarice Seixas. *O Ciclo das Políticas Públicas*. In: SMANIO, Gianpaolo P.; BERTOLIN, Patrícia T. M. (organizadores). *O Direito e as políticas públicas no Brasil*. São Paulo: Atlas, 2013.
- DUGUIT, Léon. *Fundamentos do direito*. Tradução e notas de Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN Editora, 2003.

- ESPAÑA. Ley 15/2015, de 2 de julho, de la Jurisdicción Voluntaria. Agencia Estatal. *Boletín Oficial del Estado*. Madrid, 3 jul. 2015. Disponível em: <<https://www.boe.es/boe/dias/2015/07/03/pdfs/BOE-A-2015-7391.pdf>>. Acesso em: 05 fev. 2016.
- FREY, K. Políticas públicas: um debate conceitual e reflexões referentes á prática da análise de políticas públicas no Brasil. In: *Revista de Sociologia e Política*, v.17, n.15, nov. 2000.
- GALVÁN, Francisco X. A. El Notariado Internacional. *Revista Mexicana de Derecho-Colegio de Notarios del Distrito Federal*, México, n. 13, 2011. Disponível em: <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/mexder/cont/13/cnt/cnt11.pdf>>. Acesso em: 25 out. 2015.
- GOMIDE, A. A.; PIRES, R. R. C. *Burocracia, democracia e políticas públicas: arranjos institucionais de políticas de desenvolvimento*. Texto para Discussão (IPEA. Brasília), v. 1940, 2014.
- GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2010.
- HEBRERO, J. A. *El notario en la nueva jurisdicción voluntaria*, tuGuíaLegal.com, 2015. Disponível em: <<http://tuguialegal.com/2015/07/14/el-notario-en-la-nueva-jurisdiccion-voluntaria/>>. Acesso em: 23 mar. 2016.
- LINDBLOM, Charles E. Muddling through: a ciência da decisão incremental. In: HEIDEMANN, Francisco G. e SALM, José Francisco. *Políticas públicas e desenvolvimento: bases epistemológicas e modelos de análise*. 2ª ed. Brasília: UnB, 2009.
- LUIZARI, Larissa. Sucesso comprovado pelas estatísticas marca os dez anos da Lei 11.441. *Revista cartório com você*. São Paulo: SINOREG-SP e ANOREG-SP v.6, 2017. Bimestral. p. 58-65. Disponível em: <http://www.sinoregsp.org.br/upload/cartorios_com_voce_6.pdf>. Acesso em 15 abr. 2017.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 22ª ed. São Paulo: Malheiros, 1997.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 12ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1999.
- OLIVEIRA, Luthyana Demarchi de; SPENGLER, Fabiana Marion. *O Fórum Múltiplas Portas como política pública de acesso à justiça e à pacificação social* [recurso eletrônico] / Luthyana Demarchi de Oliveira, – Curitiba: Multideia, 2013. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/09/14cd8c1687de1b54b13df6a7d41eb96c.pdf>>. Acesso em: 18 de abril de 2017.

- PEREIRA, M. Gonçalves. *Notariado e Burocracia*. Coimbra: Coimbra Editora, 1994.
- PORTAL DO RI. *Confiança dos brasileiros nos cartórios é destaque em pesquisa do Datafolha*. Disponível em: <<http://www.portaldori.com.br/2016/03/23/confianca-dos-brasileiros-nos-cartorios-e-destaque-em-pesquisa-do-datafolha/>>. Acesso em: 26 de março de 2016.
- PORTUGAL. Lei n.º 23/2013, de 05 de março. Regime Jurídico do Processo de Inventário. *Diário da República*, n. 45/2013, Série I. Lisboa, 05 mar. 2013. Disponível em: <<https://dre.tretas.org/dre/307407/>>. Acesso em: 20 fev. 2016.
- RIBEIRO, Luís Paulo Aliende. *Regulação da função pública notarial e de registro*. São Paulo: Saraiva, 2008.
- SECCHI, Leonardo. *Políticas públicas: conceitos, esquemas de análise, casos práticos*. 2. ed. São Paulo: Cengage Learning, 2013.
- SOUZA, Celina. Políticas públicas: uma revisão da literatura. In: *Sociologias*, Porto Alegre, ano 8, n. 16, jul/dez 2006.
- SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano. Políticas públicas e processo eleitoral: reflexão a partir da democracia como projeto político. *Revista Brasileira de Políticas Públicas / Programa de Mestrado e Doutorado em Direito do UniCEUB*, v. 5, número especial 2015. Brasília: UniCEUB, 2015, pp. 253-263.
- UNIÃO EUROPEIA. The 2015 EU Justice Scoreboard. *Directorate-General for Justice*. 2015. Disponível em: <http://ec.europa.eu/justice/effective-justice/files/justice_scoreboard_2015_en.pdf>. Acesso em: 22 mar. 2016.
- VENOSA, Sílvio de Salvo. *A nova retificação de registro imobiliário*. SERJUS – ANOREG-MG, Belo Horizonte, nov. 2004. Disponível em: <http://www.serjus.com.br/on-line/artigo_retificacao_imobiliaria_26_11_2004.html>. Acesso em: 10 fev. 2016.
- WEBER, Max. *Economia e Sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva*. v.2. Tradução de Regis Barbosa e Karin Elsabe Barbosa. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999.

Recebido em 18 de junho de 2017.

Aprovado em 26 de novembro de 2017.

Estrutura de governança, conflito de interesses e desenvolvimento sustentável judicial

*Governance structure, conflict of interest, and judicial
sustainable development*

Magno Federici Gomes*

Escola Superior Dom Helder Câmara, BH

Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte-MG, Brasil

Bráulio Chagas Pighini**

Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo-SP, Brasil

1. Introdução

A ingerência dos Poderes Executivo e Legislativo junto ao Poder Judiciário, corresponde, segundo alguns, à “coexistência equilibrada [...] e seu controle representa a essência mesma do regime constitucional”¹. Ao se afastar o atual modelo de separação de poderes daquele definido por Montesquieu, ao Poder Judiciário não compete mais somente a resolução das questões de direito privado. Pelo contrário, o Poder Judiciário, na atual sistemática, vem ampliando o seu campo de influência ao exercer uma função política. A imparcialidade e a independência, garantias processuais da Constituição da República de 1988 (CR/1988) e do Código de Processo Civil (CPC), são prejudicadas em função da existência de uma natureza política?

Cumprе salientar que a discussão sobre uma matriz de decisão tem íntima relação com o princípio, atualmente simbólico, do desenvolvi-

* Doutor em Direito pela Universidade de Deusto-Espanha, professor mestrado da Escola Superior Dom Helder Câmara e professor adjunto da PUC-MG. E-mail: federici@pucminas.br.

** Mestre em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie (MACKENZIE). Graduado em Direito pela PUC-MG. E-mail: brauliopighini@hotmail.com.

1 CAPPELLETTI, 1999, p. 53.

mento sustentável, não aplicável apenas ao direito ambiental². Portanto, o desenvolvimento sustentável deve ser interpretado ampliativamente, como modo de garantir os direitos fundamentais e sociais³, incluídos neles a própria guarda da Constituição que é assegurada pelas decisões judiciais, a fim de se garantir o bem-estar social⁴ e a dignidade da pessoa humana.

O objetivo do trabalho consiste em, justamente, apresentar uma ciência voltada à análise das tomadas de decisão em contraste com as estruturas de Governança quando do conflito de interesses no setor privado e público. Ao apresentar e analisar o instituto do conflito de interesses e parte relacionada, o estudo busca demonstrar que o atual sistema brasileiro além de incentivar os possíveis conflitos, ainda não possui instrumentos efetivos

2 Afirma-se isso com base em Almeida e Aratijo (2013, pp. 11-51) que concluíram: “que é possível admitir o desenvolvimento sustentável como instituto de direito constitucional, classificando-o como princípio fundamental de força normativa superior, aplicável para a obtenção de conclusões jurídicas vinculantes de todas as práticas do Estado e da sociedade, sempre guardando a ideia do poder-dever do primeiro para com a efetividade das propostas jurídicas e concretização finalística da ideologia social adotada pela carta constitucional vigente. O ordenamento jurídico brasileiro tem acompanhado e absorvido muitas dessas propostas, prevendo, ainda que implicitamente, o desenvolvimento sustentável como um princípio de natureza fundamental (ALMEIDA; ARAÚJO, 2013, p. 46). Isso quer dizer que o desenvolvimento sustentável deve ser ampliado, não se restringindo mais à compatibilização entre o meio ambiente e as atividades econômicas da sociedade, para ser compreendido como desenvolvimento socialmente incluyente, economicamente sustentado e ambientalmente sustentável, ante as dimensões básicas e essenciais da sociedade. Nesse sentido: “Verifica-se que o projeto do desenvolvimento sustentável verdadeiramente se presta a harmonizar os direitos fundamentais constitucionalizados do desenvolvimento econômico, do meio ambiente sadio e, mais do que isso, resta como princípio constitucional fundamental por conta da perfeita congruência de seus contornos conceituais com a ideologia constitucional do bem-estar social, cultural e ético” (ALMEIDA; ARAÚJO, 2013, p. 45).

3 Em sentido equivalente, “a aplicação do Princípio do Desenvolvimento Sustentável não encontra efetivação na forma como o Judiciário faz a sua aplicação, na medida em que os possíveis significados do princípio, encontrados tanto na Constituição brasileira quanto na legislação infraconstitucional, pressupõem uma sustentação mais ampla, disposta a efetivar não só a dimensão ambiental, mas também os direitos fundamentais e sociais” (ALMEIDA; ARAÚJO, 2013, p. 15).

4 “As questões econômicas e ambientais englobam o conjunto de direitos humanos e por isso são tidas como de cunho social na atual Constituição, não podendo tais dimensões ficar excluídas do conjunto de valores a serem considerados na contemplação do Direito Constitucional. Nessa perspectiva, ao se estudar o objeto de tutela ambiental, preconizado pelo artigo 225 da Constituição Federal de 1988, o qual anuncia o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, pode-se afirmar que o direito protegido nesta seara deve ser a síntese havida entre a qualidade do meio ambiente em função da apropriação dos recursos naturais como meio de sobrevivência do homem, representado pela expressão constitucional “desenvolvimento sustentável”, e portanto a Carta da República de 1988 e toda a legislação infraconstitucional passaram a ser informadas por esses objetos acolhidos, como forma de garantir sua observância, a fim de elevar tais elementos à categoria de valores, dentro de um sistema integrado. Observa-se ainda que tal compatibilização deve acontecer tendo em vista a matriz econômica liberal acolhida pelo nosso Estado de Direito, uma vez que dentro os princípios fundamentais da República Federativa do Brasil está a livre iniciativa, preconizada no artigo 1º, inciso IV e reafirmada nos artigos 5º, incisos XIII, XXII e XXIII, 170, incisos I a IX da Carta Constitucional” (ALMEIDA; ARAÚJO, 2013, pp. 19-20).

na sua prevenção e solução, causando, no mínimo, estranheza às melhores práticas de governança e de sustentabilidade.

Nesse contexto para a realização do trabalho foi utilizado o método teórico-documental, sendo analisadas obras de referência para o estudo do Direito, em especial diversas teses e dissertações das mais respeitadas instituições de ensino que analisaram em profundidade a temática da nomeação dos Ministros do STF, bem como obras de referência sobre governança corporativa e conflito de interesses. O trabalho está dividido em 02 (duas) partes, iniciando-se pelas influências extrajurídicas nas decisões judiciais, bem como as ciências envolvendo as tomadas de decisão, justamente para contextualizar o princípio processual da independência no curso do processo judicial. A questão conceitual, e contextualizada, do conflito de interesses nos setores público e privado será tratada no terceiro item, com a análise do Código de Conduta da Alta Administração Federal (CCA AF) e dos dispositivos da Lei no 12.813/2013 (no tocante ao setor público), bem como da análise dos manuais de Governança Corporativa e da Lei no 6.404/1976 (no que se refere ao setor privado), quando finalmente, será delineada a conclusão do trabalho.

2. Da decisão e das influências extrajurídicas na resolução judicial

O Direito, como ciência política, tem em seu contexto os relacionamentos entre seus agentes e operadores. Ademais, o Direito, como ciência social, também é, senão imerso, circunstanciado pelos clamores sociais e também pelos interesses subjetivos de juízes, advogados, promotores e outros. O presente capítulo visa justamente demonstrar a importância de tais elementos na análise e confecção de uma decisão judicial, bem como os elementos científicos da ciência da resolução a ser proferida.

A denominada *rule of the law* limita a soberania, em face dos direitos fundamentais e em nome do domínio da razão. Nesse processo de evolução das Ciências Políticas (termo este que deve ser analisado em face de um conceito amplo, incluindo moral, religião etc.) e do Direito, um não pode mais ser isolado do outro. Dessa forma, em um Estado de Direito, a Constituição e as Leis, a um só tempo, legitimam e limitam o poder político⁵. Porém, o aplicador do Direito, o magistrado, é antes um ser humano.

5 BARROSO, 2012, p. 15.

Dessa feita, a titulação do presente capítulo, conforme acima exposto, repousa na necessidade de provocar o leitor sobre as possíveis influências de que todas as pessoas são passíveis de sofrer, seja em função do clamor social, questões religiosas, filosóficas, políticas etc., ao tomar uma decisão ou uma não-decisão. Com esse paradigma, intenta-se analisar a questão envolvendo as possíveis influências extrajurídicas na decisão judicial, bem como da análise científica que envolve a tomada de decisão.

Nesse desiderato, verifica-se que a neutralidade do magistrado advém da evolução da própria ideia de Estado⁶, contudo a ideia de imparcialidade exige dos cientistas do Direito certa relatividade⁷, pois o papel do magistrado na resolução e até mesmo na composição da lide vai além da simples guarda das prerrogativas processuais, abarcando mais um ideal de Justiça, com um processo justo⁸. Ademais, a própria Lei Orgânica da Magistratura (LOM) impõe ao magistrado o dever de exercer as suas funções com independência (art. 35, inciso I, da LOM)⁹.

6 Assim: “[...] a natureza e os limites da jurisdição, nos sistemas oriundos do direito romano canônico, particularmente a natureza privada da função jurisdicional; e o princípio da neutralidade do juiz [...] concebidos por Hobbes e demais filósofos contratualistas dos séculos XVII e XVIII, haveria de ser uma organização política sem qualquer compromisso religioso ou filosófico” (SILVA, 1997, p. 111).

7 Nesse sentido: “o caráter de imparcialidade é inseparável do órgão da jurisdição. O juiz coloca-se entre as partes e acima delas: esta é a primeira condição para que possa exercer sua função dentro do processo [...] É nesse sentido que se diz que o órgão jurisdicional deve ser subjetivamente capaz” (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2002, pp. 51-52).

8 “Com o Estado Social intensifica-se a participação do Estado na vida das pessoas e, conseqüentemente, a participação do juiz no processo, que não deve mais apenas estar preocupado com as “regras do jogo”, cabendo-lhe agora zelar por um “processo justo”, capaz de permitir: I) a justa aplicação das normas de direito material; II) a adequada verificação dos fatos e a participação das partes em um contraditório real e não somente formal; e III) a efetividade da tutela dos direitos, com um maior zelo pela ordem do processo, com a repressão do litigante de má-fé, e com a determinação, a requerimento da parte, da tutela antecipatória, e da concessão, de ofício, da tutela cautelar” (MARINONI; ARNHART, 2003, p. 59).

9 Facchini Neto (2009), ao promover um estudo aprofundado sobre o tema independência no Poder Judiciário, identificou seus 03 (três) tipos, a externa, a interna e a psicológica: “O conceito de *independência externa* está ligado à possibilidade dos juízes desempenharem suas atividades ao abrigo de condicionamentos e pressões de outros, poderes, políticos ou econômicos. Essa é a espécie de independência tratada há mais tempo e que até algumas décadas atrás era praticamente a única preocupação de quem esse debruçava sobre o tema da independência da magistratura. Era essa “a” independência, e não uma de suas manifestações. Fala-se, ao contrário, de *independência interna*, quanto se quer focar a relação entre o magistrado singular e seus superiores hierárquicos, isto é da possibilidade do juiz decidir livremente, sem sujeição ao poder de controle dos juízes de grau superior [...] Estes dois aspectos do conceito de independência representam, de alguma forma, a duas faces do mesmo problema, uma vez que o instrumento mais eficaz para limitar a independência externa da magistratura é exatamente aquele consistente em criar uma estrutura de caráter hierárquico e piramidal no interior da organização judiciária, de modo a obter a subordinação da magistratura ao poder público. Assim havendo um forte sentido de hierarquia com os magistrados da base da pirâmide seguindo servilmente o entendimento dos tribunais superiores, basta ao poder político, *buscar*

Ao sumarizar tais lições, tem-se que o magistrado não pode temer as possíveis repercussões que suas decisões podem ocasionar junto à sociedade, muito menos (com algumas exceções) ter a preocupação de que as mesmas estejam de acordo com os Tribunais, especialmente em matéria de análise de prova (art. 131 do CPC¹⁰). A independência deve rechaçar qualquer submissão de sua decisão em função do clamor social, dentre outros, que por muitas vezes mais condena que absolve. Qualquer movimentação em sentido de reduzir a independência do Poder Judiciário corresponderá a um atentado ao próprio Estado de Direito. A despeito de todo o arcabouço jurídico envolvendo o tema, é justamente na Ciência da Administração onde a temática da tomada de decisões ganha mais destaque.

Contrário *sensu* e à margem de todos os argumentos expostos, a Ciência da Administração defende que o aspecto comportamental se contrapõe aos ditames lógicos da razão. Simon, citado por Freitas e Kladis, defende que o processo decisório corresponde a um processo de pensamento e ação, que por sua vez acarreta uma decisão, decisão que consiste em selecionar cursos alternativos de ação ou mesmo de aceitar ou rejeitar uma ação específica¹¹. Em suma, *pensamento* e *ação* são centrais no processo de tomada de decisão, são os meios que permitem definir o problema, avaliar as possíveis alternativas e atingir a decisão¹². Seguindo o raciocínio, tem-se que o todo o processo administrativo (sob o viés corporativo) é na verdade um processo decisório. Consiste tal processo, em isolar certos elementos nas decisões dos membros da organização no estabelecimento de métodos de rotina para selecionar e determinar seus elementos, bem como na sua comunicação aos outros processos por ele afetados.

influenciar os poucos membros das cortes superiores, pois, em tal caso, acabarão por influenciar indiretamente todo o restante da magistratura. [...] independência psicológica do magistrado frente à sociedade. Trata-se aqui, de garantir ao juiz a possibilidade de desenvolver opiniões autônomas, livre dos condicionamentos derivados dos instrumentos de pressão de que se servem os centros de poder político e econômico para uniformizar a opinião pública, bem como garantir decisões que sejam imunes às pressões culturais e ideológicas da sociedade” (FACCHINI NETO, 2009, pp. 125-127, grifos próprios).

10 Conforme o art. 371 do Novo CPC.

11 Dessa maneira: “[...] a decisão, de um modo genérico, possui dois objetos: a ação no momento e a descrição no futuro. Esta ação no momento possui uma qualidade imperativa, pois seleciona um estado de coisas futuras em detrimento de outro e orientam o comportamento rumo à alternativa escolhida. A descrição de um estado futuro, num sentido estritamente empírico, pode ser correta ou errada” (SIMON *apud* FREITAS; KLADIS, 1995, p. 4).

12 MCCRIMMON *apud* GONTIJO; MAIA, 2004, p. 14.

A especialização vertical, característica marcante no processo decisório, utiliza-se de uma espécie de pirâmide hierárquica de autoridade, sendo seguida por uma especialização das funções decisórias entre os membros dessa organização¹³. Esta estrutura de hierarquia não possui qualquer eficácia em sua base, quando não adotados meios de comunicação e implementação das diretrizes traçadas. Nesse sentido,

“os integrantes da base da estrutura de subordinação aderem às diretrizes do topo da pirâmide, no sentido em que consentem que o seu comportamento esteja coadunado com o comportamento superior, sem, contudo, examinar os méritos da decisão”¹⁴.

Portanto, a racionalidade como raiz do processo decisório, tem como pressuposto todos os possíveis comportamentos a serem utilizados em uma determinada situação. Porém, afirmar a existência de um comportamento real é afirmar a utilização de apenas uma fração de todas as alternativas levadas em consideração. Assim, a racionalidade completa está restrita pela assimetria de informação¹⁵. Os estudos acima convergem para a conclusão de que a racionalidade, defendida como ideal no *rule of the law*, está na verdade lastreada por elementos que não estão atrelados necessariamente à frieza da análise do trinômio fato/norma/decisão. Portanto, imaginar o magistrado, como um ente surreal que está acima de qualquer “interferência” seja ela social, econômica, política e outras, é por demais simplificar a análise de sua independência¹⁶.

Ciente de tal inserção do magistrado no mundo real, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), através da Resolução no 75/2009, incluiu nas etapas de seleção dos magistrados disciplinas de vieses sociais (Noções Gerais de Direito e Formação Humanística), como a Sociologia do Direito, Psicologia Judiciária, Teoria Geral do Direito e da Política etc. O reconhecimento de que a sociedade e que o magistrado, por muitas vezes, pode ser, no mínimo

13 GONTIJO; MAIA, 2004, p. 15.

14 BARNARD *apud* GONTIJO; MAIA, 2004, p. 15.

15 GONTIJO; MAIA, 2004, p. 16.

16 Em sentido equivalente: “[...] se as pessoas humanas estão condenadas a fazer valorações a respeito de tudo que as rodeia, principalmente sobre a realidade social, os magistrados, enquanto seres humanos, não escapam à política nem às pressões ideológicas (ROCHA, 1995, p. 31). Corroborando: o juiz é, necessariamente, um ser político, carrega para os autos todas as suas angústias, seus preconceitos, suas convicções, sua ideologia. Não há juiz neutro, a neutralidade é incompatível com a só condição de ser alguém integrante de uma comunidade” (OLIVEIRA, 1997, p. 87).

influenciado pela opinião pública, não é novo na comunidade jurídica/científica. A influência desses poderes “extrajurídicos” é objeto de importantes trabalhos, sendo essa colocada à prova em diversos momentos. Em especial e na história recente do Brasil, no julgamento do Mensalão, quando o STF, ao contrário do clamor social, julgou válida a interposição dos Embargos Infringentes na Ação Penal no 470/2013¹⁷ (“AP”).

E aqui é importante uma pequena digressão, a respeito do comentário proferido pelo ministro Ricardo Lewandowski de que o Supremo Tribunal Federal (“STF”) teria julgado a AP com a “faca no pescoço”. Tal comentário causou tamanha perplexidade que a então presidente do STF, ministra Ellen Gracie lançou nota onde afirmou que o “STF não permite nem tolera que pressões externas interfiram em suas decisões”, sendo que “os fatos, sobretudo os mais recentes, falam por si e dispensam maiores explicações”¹⁸. Os ministros Ayres Britto e Eros Grau¹⁹ também reagiram veementemente a respectiva alegação. Logo, não demorou para que o próprio ministro Lewandowski esclarecesse sua declaração, em entrevista para o jornal o Globo²⁰. Em trabalho específico sobre o tema, teve-se a oportunidade de dissertar sobre a politização dos Tribunais Superiores, em particular, a composição do Conselho Nacional de Justiça (“CNJ”). Verificou-se que os Poderes Executivo e Legislativo assumem um poder de influência do CNJ, em mais da metade. Com isso:

17 Nesse sentido, transcreve-se voto do Ministro Celso de Mello, quando do julgamento sobre o cabimento de Embargos Infringentes na Ação Penal no 470/2013, conhecida como Mensalão: “se é certo, portanto, Senhor Presidente, que esta Suprema Corte constitui, por excelência, um espaço de proteção e defesa das liberdades fundamentais, não é mesmo exato que os julgamentos do Supremo Tribunal Federal, para que sejam imparciais, isentos e independentes, não podem expor-se a pressões externas, como aquelas resultantes do clamor popular e da pressão das multidões, sob pena de completa subversão do regime constitucional dos direitos e garantias individuais e da aniquilação de inestimáveis prerrogativas que a ordem jurídica assegura a qualquer réu mediante instauração, em juízo, do devido processo legal. [...] O dever de proteção das liberdades fundamentais dos réus, de qualquer réu, representa encargo constitucional de que este Supremo Tribunal Federal não pode demitir-se, mesmo que o clamor popular se manifeste contrariamente, sob pena de frustração de conquistas históricas que culminaram, após séculos de lutas e reivindicações do próprio povo, na consagração de que o processo penal traduz instrumento garantidor de que a reação do Estado à prática criminosa jamais poderá constituir reação instintiva, arbitrária, injusta ou irracional. Na realidade, a resposta do poder público ao fenômeno criminoso, resposta essa que não pode manifestar-se de modo cego e instintivo, já de ser uma reação pautada por regras que viabilizem a instauração, perante juízes isentos, imparciais e independentes, de um processo que neutralize as paixões exacerbadas das multidões, em ordem a que prevaleça, no âmbito de qualquer persecução penal movida pelo Estado, aquela velha (e clássica) definição aristotélica de que o Direito há de ser compreendido em sua dimensão racional, da razão desprovida de paixão!” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Penal nº 470, 2013, internet).

18 MATAIS; BRAGON, 2007, internet.

19 Respectivamente: “Está para nascer alguém que me coloque uma faca no pescoço para eu decidir”; “Ninguém ousou, eu sou muito grande” (BRÍGIDO; FRANCO DE MELLO, 2007, p. 1).

20 BRÍGIDO; FRANCO DE MELLO, 2007, p. 2.

Em suma, longe de buscar a confirmação de uma tese de que a forma como se processa a escolha dos ministros do STF possa prejudicar a aplicação da Justiça, o que se verifica é que sob o prisma das regras de governança corporativa, apresentados na primeira parte do trabalho, tal método não corresponde às melhores práticas. A aprovação política a que são submetidos os candidatos a ministros, corresponde na necessidade de composição de alianças com o Poder Executivo, uma vez que com a maioria no Congresso, conseguiria compor a CCJ, com aliados que jamais iriam “reprovar” um candidato indicado pelo Chefe do Poder Executivo. Nomear aqueles que irão proferir decisões com naturezas duplas (política e jurídica) é uma forma sucinta de intervir na própria decisão. Escolher os próximos, aumentar a sua influência com aqueles que detêm o poder, configura-se detrimento da independência e, em que a independência encontra-se comprometida, o conflito de interesses estará presente. Tais desenhos não são de exclusividade do STF, verifica-se o mesmo nos tribunais administrativos, como os Tribunais de Contas da União, dos Estados e dos Municípios, na nomeação dos desembargadores de justiça dos Estados, incluindo a composição do próprio Ministério Público (artigo 128, § 1º, da CR/1988), citando apenas alguns²¹.

Assim, a “influência política (leia-se, conflito de interesses) é um fator de real complicação à democracia e à construção de um verdadeiro estado democrático de direito”²². Pois bem, a ciência do Direito é uma ciência humana e, como tal, comum é que as relações interpessoais entre seus agentes (advogados, servidores judiciários, juízes, promotores e etc.) também possa gerar certos efeitos quando dos pronunciamentos das decisões judiciais. DaMatta leciona que desde o período colonial, a rede de relacionamento era (e continua sendo) um importante instrumento de poder²³. Portanto, desde o surgimento do Brasil, foram criadas verdadeiras:

[...] redes de relações de família, amizade, cumplicidade, compadrio, lealdade, patronagem, cunhadismo, apadrinhamento, clientelismo, que envolvam troca de favores e presentes, além de dívidas de gratidão, sob lemas cínicos como ‘uma mão lava a outra’, ‘é dando que se recebe’²⁴.

21 GOMES; PIGHINI, 2016, pp. 182-183.

22 GOMES; PIGHINI. 2016, p. 183

23 DAMATTA, 1997, p. 77.

24 MARINONI; BECKER *apud* FERNANDES, 2013, p. 147.

Tal premissa exercia muita influência nos bastidores do poder, pois até pouco tempo, os preenchimentos das vagas destinadas aos servidores públicos eram realizados por indicação, vindo a mudar, em definitivo, somente com a CR/1988, com a redação dada pela Emenda Constitucional de nº 19/1998. Contudo, mesmo com a letra constitucional, coube ao STF, a incumbência de colocar fim ao nepotismo²⁵.

Válida outra pequena digressão sobre o tema nepotismo, pois mesmo tendo sido a matéria sumulada pelo STF, ainda nos dias de hoje se verificam casos e mais casos de sua prática²⁶, exemplo do atual prefeito do Rio de Janeiro, Marcelo Crivella, que nomeou seu filho para assumir a secretaria da Casa Civil²⁷, nomeação suspensa pelo Ministro Marco Aurélio²⁸, na Reclamação nº 26.303; logo, se verifica claramente uma mistura entre o público e o privado de forma que não é incomum (e muito menos ilegal) os casos onde os advogados buscam acompanhar de perto o provimento de seus pedidos junto aos juízos, por mais que se busque levantar possíveis irregularidades. Nesse contexto, não seria outra a conclusão da pesquisa desenvolvida por Silva²⁹ que comprovou que as causas acompanhadas de perto pelos advogados, buscando uma criação, ou mesmo o uso de uma relação pessoal já existente, seja no balcão da secretaria ou nos próprios gabinetes dos magistrados, tem como resultado o aumento da velocidade na tramitação em relação àquelas demandas que são deixadas aos cuidados do impulso oficial³⁰.

25 Conforme Súmula Vinculante nº 13 do STF Ressaltando a afirmação, verifica-se, segundo Oliveira (2011), que: “19,4% das ADIs julgadas procedentes entre 1988 e 2003 tiveram como fundamento principal a defesa do concurso público e a proibição de vinculação de vencimentos” (OLIVEIRA, 2011, p. 155).

26 FERNANDES; SHALDERS, 2015

27 BRUM, 2017

28 Conforme a decisão do Ministro Marco Aurélio: “ao indicar parente em linha reta para desempenhar a mencionada função, a autoridade reclamada, mediante ato administrativo, acabou por desrespeitar o preceito revelado no verbete vinculante 13 da Súmula do Supremo”.

29 SILVA, 1993, p. 115.

30 Exemplo de militância baseada também no acompanhamento relacional seria do advogado Antônio Carlos de Almeida Castro, mais conhecido como Kakay, trazido por Fernandes (2013): “um dos mais influentes advogados de Brasília, é especialista em defender políticos encrencados. Ele possui uma rede de relacionamentos invejável, que vai desde políticos e autoridades a bilionários privados, conhece bem a legislação, as estratégias jurídicas e, mais ainda, as midiáticas e políticas. [...] Quem contrata Kakay – apelido que Almeida Castro cunhou para si mesmo, inventando até a grafia – compra um pacote raro no mercado jurídico. Ele faz a defesa técnica e atua também como assessor de imprensa, perito em imagem e especialista em regimento do Congresso, além de ser frequentador de Comissões Parlamentares de Inquérito, íntimo de ministros e chefes de partido, interlocutor de jornalistas respeitados, amigo de empresários bilionários e expert nos códigos do poder brasileiro” (FERNANDES, 2013, pp. 160-161).

Claro que tal proximidade, seja ela pública, ou descoberta no curso da instrução processual, exigiu uma jurisprudência sobre o tema, em função do art. 135 do CPC³¹. A amizade (deixando de lado a inimizade), além de ser íntima, deve ser a favor da parte e não do advogado. Dessa feita, o fato do juiz ser amigo íntimo do advogado que patrocina a causa pouco importa para fins de suspeição, e, como se denota do demonstrado até o presente, caso tal regra vigorasse, a sua consequência seria a instituição de severas dificuldades à militância da advocacia, uma vez que o encontro de tais profissionais não está cingido apenas ao meio forense, mas também em palestras, magistérios, orientações acadêmicas etc. Em suma, a aproximação dos advogados junto aos gabinetes dos magistrados (seja de primeira – comarcas – ou de segunda instância), longe de ser um privilégio, é um direito do advogado, sendo um dever do magistrado em recebê-lo, além do cunho de garantia constitucional.

Assim sendo, um advogado com mais imersão e trâmite no Poder Judiciário, denota uma habilidade (conquistada ou herdada) a mais do profissional. Essa aproximação e a possibilidade de influenciar a decisão do magistrado, *concessa venia* não corresponde qualquer ilícito por parte do advogado, sendo um dever do seu ofício buscar por todos os meios lícitos o melhor resultado para o seu constituinte. O conjunto de relações pessoais é um importante conciliador e mais ainda, um importante facilitador pois “[...] quem está inserido numa rede importante de dependência pessoal, tudo; a quem está isolado e diante da sociedade sem mediações, a lei!”³². Demonstra-se até o presente momento que a mídia (opinião pública), bem como os relacionamentos com os advogados, constituem importantes catalizadores na decisão judicial. Contudo, os catalizadores acima não são os únicos. De seu jeito peculiar o Modelo Político (MP) possui mais potencialidade de influenciar as decisões judiciais do que os demais expostos. O MP parte de uma premissa que os objetivos pessoais ou departamentais superam os demais interesses, em prol de uma posição de poder³³.

31 Conforme o art. 145 do Novo CPC.

32 DAMATTA, 1997, p. 237.

33 “Nesse modelo, o sistema de recompensa organizacional é fundamental para equilibrar divergências de objetivos, reconhecendo-se a impossibilidade de desenhar um sistema de incentivos no qual as pessoas ajam em completa e harmonia com os objetivos organizacionais. Enfatiza-se a divergência de objetivos, levando-se em conta ainda que o resultado das ações influencie a posição relativa de poder dos participantes. Assim a racionalidade pode não prevalecer, em razão de interesses ocultos. Essa perspectiva parece favorecer

Margeando os demais processos decisórios, Bacharach e Baratz, citados por Gontijo e Maia, sugerem a necessidade da criação e análise de um modelo de decisão, bem como da não-decisão, levando em consideração os aspectos relacionados ao poder, força, influência e autoridade³⁴. Sob esse viés, a decisão em função da natureza política, os autores citados aduzem que o poder não é posse de alguém, ele é racional, ou seja, é necessária a existência de um conflito de interesses entre duas ou mais pessoas ou grupos, e que uma se curve aos interesses da outra, mediante a aplicação de sanções ou benesses. Ao trazer a temática à pesquisa empírica, Ribeiro demonstra que a rede de influências dos grupos políticos ou econômicos locais exerce forte influência nas comarcas³⁵.

Portanto, as pesquisas e os dados até aqui apresentados confirmam o senso comum que a opinião pública, apesar de também possuir seus predicados, não se demonstra essencial quando da tomada da decisão do magistrado, em razão das regras do *rule of the law*. Pois, quando o magistrado, ao cumprir com o seu dever constitucional, utilizar-se da fundamentação da decisão judicial (art. 93, inciso IX, da CR/1988), estará fazendo valer a máxima de Calamandrei, citado por Guimarães: “Há mais coragem em ser justo parecendo ser injusto, do que ser injusto para salvaguardar as aparências da justiça”³⁶. Nesse contexto, por mais clamor que tal decisão poderá acarretar no meio social, estará o magistrado “protegido” pela aplicação das fontes de Direito. O mesmo pode ser afirmado quando do acompanhamento *in loco* dos grandes e bem relacionados escritórios de advocacia junto às comarcas e Tribunais. Apesar do bom relacionamento entre advogados e magistrados, essa aproximação não denota uma predisposição às decisões e muito menos redução nas garantias processuais das partes envolvidas. Sendo, como analisado, uma prerrogativa legal dos advogados em despa-

o entendimento das políticas de decisão no âmbito do Governo e de grandes burocracias” (GONTIJO; MAIA, 2004, p. 18, grifo próprio).

34 BACHARACH; BARATZ *apud* GONTIJO; MAIA, 2004, p. 210.

35 As conclusões de Ribeiro (2006) consistem em: “a) os juízes favorecem a parte mais poderosa: “uma parte com poder econômico ou político tem entre 34% e 41% mais chances de que um contrato que lhe é favorável seja mantido do que uma parte sem poder”; b) “Uma parte com poder apenas local tem cerca de 38% mais chances de que uma cláusula contratual que lhe é favorável seja mantida e entre 26% e 38% mais chances de ser favorecido pela Justiça do que uma grande empresa nacional ou multinacional”; c) “Nos Estados Brasileiros onde existe maior desigualdade social há também uma maior probabilidade de que uma cláusula contratual não seja mantida pelo Judiciário” (RIBEIRO, 2006, p. 2).

36 CALAMANDREI *apud* GUIMARÃES, 1958, p. 135.

charem diretamente com os magistrados na busca efetiva de provimento de seus pedidos, tudo conforme o Estatuto da Advocacia (Lei no 8.906/1994).

Contudo, quando se refere ao MP, verifica-se um maior potencial de influências nas decisões judiciais. O MP (incluindo aqui a esfera econômica), uma vez que não flagrante seus objetivos, é um potencial (senão o principal) influenciador das decisões judiciais. Ciente de tal influência o CNJ, através da Resolução nº 170/2013, em seu art. 2º, criou restrições às participações da iniciativa privada junto aos eventos de magistrados, limitando os gastos desta iniciativa em tais eventos, no patamar de 30% (trinta por cento) dos gastos totais. Resumidamente, a despeito da louvável iniciativa do CNJ, verifica-se na verdade que tais “travas” são vencidas, tanto pela iniciativa privada, quanto pela iniciativa pública, por outros meios, tornando fértil o desenvolvimento do instituto do conflito de interesses no Poder Judiciário, conforme se pretende explorar nos tomos abaixo.

3. Estruturas de governança e o conflito de interesses nos setores público e privado

O tomo acima buscou analisar as possíveis influências extrajurídicas nas decisões judiciais, revelando que a despeito das fortes pressões que o clamor social e os relacionamentos interpessoais com advogados de renome, promotores e procuradores, tais influências pouco importam na confecção de uma decisão judicial. Contudo, o mesmo não pode ser dito quanto à influência do MP. A relação criada, tendo como contexto o MP, dentro da visão de boas práticas, faz surgir a discussão sobre o conceito do conflito de interesses, sua abrangência e consequência no plano jurídico, econômico e político, ônus que se busca alcançar no presente apartado.

Dentro da esfera da Ciência do Direito, quando se suscita o termo interesse, de forma geral, refere-se aos conceitos de interesse privado e interesse público³⁷.

37 Segundo Meirelles (2009, pp. 105-106): “[...] está intimamente ligado ao da finalidade. A primazia do interesse público sobre o privado é inerente à atuação estatal e domina-a, na medida em que a existência do Estado justifica-se pela busca do interesse geral. Em razão dessa inerência, deve ser observado mesmo quando as atividades ou serviços públicos forem delegados aos particulares. Dele decorre o princípio da indisponibilidade do interesse público, segundo o qual a Administração Pública não pode dispor desse interesse geral nem renunciar a poderes que a lei lhe deu para tal tutela, mesmo porque ela não é titular do interesse público, cujo titular é o Estado, que, por isso, mediante lei poderá autorizar a disponibilidade ou a renúncia. Com bem ensina Celso Antonio Bandeira de Mello, o “princípio da supremacia do interesse

Por óbvio que em qualquer ambiente onde existam interesses distintos, ocorrerão também os devidos conflitos³⁸. E por muitas vezes, nesses conflitos, os agentes nele envolvidos não possuem a sua livre disposição de vontade. Nesse sentido, toda vez que alguém ou organização não for independente em relação à matéria em discussão, podendo influenciar ou mesmo tomar decisões motivadas por interesses distintos ao da organização, estarão estes sobre a influência do instituto denominado conflito de interesses³⁹, sendo que tal conflito não é novidade na iniciativa privada⁴⁰.

Apesar dos institutos aqui terem sido inicialmente desenhados para a iniciativa privada, por óbvio, uma vez constatadas as vantagens da adoção de tais práticas, o Poder Público avocou suas diretrizes (Decreto nº 6.021/2007). Dessa feita, para a análise aqui realizada, a despeito dos estudos envolvendo o conflito de interesses estarem, em sua maioria, vinculadas ao campo do direito privado, nada impede a extensão de seus conceitos ao direito público.

Isto posto, tem-se que grande parte dos conflitos de interesses nas sociedades brasileiras ocorre entre acionistas controladores e minoritários, o que faz com que a simples transposição dos conceitos da governança corporativa do modelo anglo-saxão não seja suficiente, sendo necessários debates que

público sobre o privado é princípio geral de Direito inerente a qualquer sociedade. É a própria condição de sua existência. Assim não se radica em dispositivo específico algum da Constituição, ainda que inúmeros aludam ou impliquem manifestações concretas dele [...] Afinal, o princípio em causa é um pressuposto lógico do convívio social. Essa supremacia do interesse público é o motivo da desigualdade jurídica entre a Administração e os administrados, que no estudo da interpretação do Direito Administrativo [...] deve interpretar a “norma administrativa da forma que melhor garanta o atendimento do fim público que se dirige” Ali também indicamos que, dada a prevalência do interesse geral sobre os individuais, inúmeros privilégios e prerrogativas são reconhecidos ao Poder Público [...] a vinculação da Administração Pública na busca e cura do interesse público”.

38 Dessa maneira: “interessante, ao menos adotar as ideias de Adam Smith de que o homem sempre está buscando suprir os seus interesses pessoais, conforme Cerqueira (2004): Se a ideia de um “sistema de liberdade natural” consiste, efetivamente, no eixo em torno do qual se organiza a exposição do sistema econômico na Riqueza das nações, ela está referida neste texto à concepção mais geral que Smith apresenta sobre a natureza do processo civilizatório. *Ela consiste em afirmar que a liberdade para que cada indivíduo busque seu interesse próprio não se contrapõe ao bem comum ou ao desenvolvimento da civilização. Neste sentido, Smith tenta conciliar o desenvolvimento do comércio com as virtudes cívicas e rompe com a visão predominante em sua época sobre uma oposição incontornável entre o impulso aquisitivo, próprio das economias mercantis, e os valores morais. Uma mão invisível concilia a busca do interesse individual com a manutenção da ordem e coesão social*” (CERQUEIRA, 2004, p. 437, grifo próprio).

39 INSTITUTO BRASILEIRO DE GOVERNANÇA CORPORATIVA - IBGC, 2009, p. 66.

40 Assim: “é importante prezar pela separação de funções e definição clara de papéis e responsabilidades associadas aos mandatos de todos os agentes de governança, inclusive com a definição das alçadas de decisão de cada instância, de forma a minimizar possíveis focos de conflitos de interesses” (IBGC, 2009, p. 66).

promovam a adaptação do instituto para a realidade brasileira⁴¹. À margem dessa não adequabilidade, o que se pode afirmar é que o sistema de governança é suportado por 04 (quatro) princípios: a transparência (*disclosure*), a integridade ou equidade (*fairness* ou *equity*), a prestação de contas (*accountability*) e o respeito às leis (*compliance*). Portanto, o interesse do ente público não pode estar eivado de qualquer vício que comprometa a sua independência e o fim maior que se busca. Nesse contexto, sempre que o ente público (empresa estatal, autarquia, órgão de administração direta etc.) passa a ser um instrumento de política econômica, a confusão entre o público e privado torna-se impossível de ser impedido.

A prevenção do fenômeno conflito de interesses (real ou potencial) exige a transparência (*disclosure*) e definição de responsabilidades e competências, uma vez que a eterna insegurança e desconfiança (teoria da agência) entre o principal e o agente, conduzem os conflitos intrínsecos próprios da organização (seja pública⁴² ou privada). Tal preocupação impera a adoção de um comportamento administrativo que alinhe tais objetivos, dessa feita, Hitt, Ireland e Hoskisson citados por Bianchi *et al* apresentam alguns mecanismos que podem ser utilizados pelo principal na direção de seus agentes, assegurando que eles cumpram com as suas responsabilidades⁴³. Apesar do avanço no campo da estrutural, o Brasil ainda tem muito o que avançar na questão de governança e desenvolvimento sustentável como forma de, além de dar transparência à gestão e às contas públicas, minimizar os conflitos de interesse envolvendo as questões e discussões, seja de ordem jurídica, econômica, política, social e etc. Dessa maneira:

Uma ampla concepção de desenvolvimento requer, obrigatoriamente, que o Estado esteja presente tanto na economia quanto na sociedade, integrado com os demais atores sociais para que seja possível alcançar os objetivos desenvolvimentistas. Assim, liberdade passa, então, a representar a capacidade crítica e consciente de o indivíduo existir na sociedade em relação à atividade institucional. Mais do que isso, a sustentabilidade requer, além de uma orientação individual

41 SANDES, 2008, p. 88.

42 Segundo a entidade Organisation for Economic Co-Operation and Development (OECD), o conflito de interesse público envolve: [...] "a conflict between the public duty and private interests of a public official, in which the public official has private-capacity interests which could improperly influence the performance of their official duties and responsibilities" (OECD, 2003, p. 24).

43 HITT; IRELAND; HOSKISSON *apud* BIANCHI; et al, 2009, pp. 4-5.

e consciente, a firmação de responsabilidades objetivas e públicas, cujo sentido atinja à universalidade, enquanto processo integral de firmação de um contexto seguro e possível para as gerações futuras⁴⁴.

Nesse diapasão, a alta Administração Federal aplicando tais práticas implantou um Código de Conduta da Alta Administração Federal (CCAAF). O CCAAF tem como finalidade, tornar claras as regras de conduta da Alta Administração Pública Federal, conferindo à sociedade civil a possibilidade de aferir a integralidade e a lisura dos processos decisórios do governo federal (art. 1º, inciso I, do CCAAF)⁴⁵.

Em consonância com tais diretrizes, a autoridade pública tem o dever de esclarecer quaisquer conflitos de interesse, além de comunicar circunstância ou fato impeditivo de sua participação em decisões coletivas ou realizadas por órgão colegiado (art. 10º do CCAAF). Dentro do CCAAF (2008), com o objetivo de orientar as autoridades submetidas aos seus efeitos, repousa a Resolução CEP nº 08/2003⁴⁶, posteriormente convolada na

44 ALMEIDA; ENGELMANN, 2010, p. 24.

45 Dentre outras funções como: "II - contribuir para o aperfeiçoamento dos padrões éticos da Administração Pública Federal, a partir do exemplo dado pelas autoridades de nível hierárquico superior; III - preservar a imagem e a reputação do administrador público, cuja conduta esteja de acordo com as normas éticas estabelecidas neste Código; IV - estabelecer regras básicas sobre conflitos de interesses públicos e privados e limitações às atividades profissionais posteriores ao exercício de cargo público; V - minimizar a possibilidade de conflito entre o interesse privado e o dever funcional das autoridades públicas da Administração Pública Federal; VI - criar mecanismo de consulta, destinado a possibilitar o prévio e pronto esclarecimento de dúvidas quanto à conduta ética do administrador (CCAAF, 2008, grifo próprio).

46 Assim: "1. Suscita conflito de interesses o exercício de atividade que: a) em razão da sua natureza, seja incompatível com as atribuições do cargo ou função pública da autoridade, como tal considerada, inclusive, a atividade desenvolvida em áreas ou matérias afins à competência funcional; b) viole o princípio da integral dedicação pelo ocupante de cargo em comissão ou função de confiança, que exige a precedência das atribuições do cargo ou função pública sobre quaisquer outras atividades; c) implique a prestação de serviços a pessoa física ou jurídica ou a manutenção de vínculo de negócio com pessoa física ou jurídica que tenha interesse em decisão individual ou coletiva da autoridade; d) possa, pela sua natureza, implicar o uso de informação à qual a autoridade tenha acesso em razão do cargo e não seja de conhecimento público; e) possa transmitir à opinião pública dúvida a respeito da integridade, moralidade, clareza de posições e decoro da autoridade. 2. A ocorrência de conflito de interesses independe do recebimento de qualquer ganho ou retribuição pela autoridade. 3. A autoridade poderá prevenir a ocorrência de conflito de interesses ao adotar, conforme o caso, uma ou mais das seguintes providências: a) abrir mão da atividade ou licenciar-se do cargo, enquanto perdurar a situação passível de suscitar conflito de interesses; b) alienar bens e direitos que integram o seu patrimônio e cuja manutenção possa suscitar conflito de interesses; c) transferir a administração dos bens e direitos que possam suscitar conflito de interesses a instituição financeira ou a administradora de carteira de valores mobiliários autorizada a funcionar pelo Banco Central ou pela Comissão de Valores Mobiliários, conforme o caso, mediante instrumento contratual que contenha cláusula que vede a participação da autoridade em qualquer decisão de investimento assim como o seu prévio conhecimento

Lei nº 12.813/2013⁴⁷ que descreve as hipóteses que configuram o conflito de interesses.⁴⁸ No âmbito do Poder Legislativo, a CR/1988, em seu art. 54, estabelece, de certa forma e de acordo com os princípios aqui apresentados,

de decisões da instituição administradora quanto à gestão dos bens e direitos; d) na hipótese de conflito de interesses específico e transitório, comunicar sua ocorrência ao superior hierárquico ou aos demais membros de órgão colegiado de que faça parte a autoridade, em se tratando de decisão coletiva, abstendo-se de votar ou participar da discussão do assunto; e) divulgar publicamente sua agenda de compromissos, com identificação das atividades que não sejam decorrência do cargo ou função pública. 4. A Comissão de Ética Pública deverá ser informada pela autoridade e opinará, em cada caso concreto, sobre a suficiência da medida adotada para prevenir situação que possa suscitar conflito de interesses. 5. A participação de autoridade em conselhos de administração e fiscal de empresa privada, da qual a União seja acionista, somente será permitida quando resultar de indicação institucional da autoridade pública competente. Nesses casos, é-lhe vedado participar de deliberação que possa suscitar conflito de interesses com o Poder Público. 6. No trabalho voluntário em organizações do terceiro setor, sem finalidade de lucro, também deverá ser observado o disposto nesta Resolução. 7. As consultas dirigidas à Comissão de Ética Pública deverão estar acompanhadas dos elementos pertinentes à legalidade da situação exposta” (CCFFA, 2008, p. 64).

47 Art. 3º Lei nº 12.813/2013. “Para os fins desta Lei, considera-se: I - conflito de interesses: a situação gerada pelo confronto entre interesses públicos e privados, que possa comprometer o interesse coletivo ou influenciar, de maneira imprópria, o desempenho da função pública” (BRASIL, 2013, art. 3º).

48 Conforme art. 5º da Lei nº 12.813/2013. *Configura conflito de interesses no exercício de cargo ou emprego no âmbito do Poder Executivo federal: I - divulgar ou fazer uso de informação privilegiada, em proveito próprio ou de terceiro, obtida em razão das atividades exercidas; II - exercer atividade que implique a prestação de serviços ou a manutenção de relação de negócio com pessoa física ou jurídica que tenha interesse em decisão do agente público ou de colegiado do qual este participe; III - exercer, direta ou indiretamente, atividade que em razão da sua natureza seja incompatível com as atribuições do cargo ou emprego, considerando-se como tal, inclusive, a atividade desenvolvida em áreas ou matérias correlatas; IV - atuar, ainda que informalmente, como procurador, consultor, assessor ou intermediário de interesses privados nos órgãos ou entidades da administração pública direta ou indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios; V - praticar ato em benefício de interesse de pessoa jurídica de que participe o agente público, seu cônjuge, companheiro ou parentes, consanguíneos ou afins, em linha reta ou colateral, até o terceiro grau, e que possa ser por ele beneficiada ou influir em seus atos de gestão; VI - receber presente de quem tenha interesse em decisão do agente público ou de colegiado do qual este participe fora dos limites e condições estabelecidos em regulamento; e VII - prestar serviços, ainda que eventuais, a empresa cuja atividade seja controlada, fiscalizada ou regulada pelo ente ao qual o agente público está vinculado.* Parágrafo único. As situações que configuram conflito de interesses estabelecidas neste artigo aplicam-se aos ocupantes dos cargos ou empregos mencionados no art. 2º ainda que em gozo de licença ou em período de afastamento. Art. 6º *Configura conflito de interesses após o exercício de cargo ou emprego no âmbito do Poder Executivo federal: I - a qualquer tempo, divulgar ou fazer uso de informação privilegiada obtida em razão das atividades exercidas; e II - no período de 6 (seis) meses, contado da data da dispensa, exoneração, destituição, demissão ou aposentadoria, salvo quando expressamente autorizado, conforme o caso, pela Comissão de Ética Pública ou pela Controladoria-Geral da União: a) prestar, direta ou indiretamente, qualquer tipo de serviço a pessoa física ou jurídica com quem tenha estabelecido relacionamento relevante em razão do exercício do cargo ou emprego; b) aceitar cargo de administrador ou conselheiro ou estabelecer vínculo profissional com pessoa física ou jurídica que desempenhe atividade relacionada à área de competência do cargo ou emprego ocupado; c) celebrar com órgãos ou entidades do Poder Executivo federal contratos de serviço, consultoria, assessoramento ou atividades similares, vinculados, ainda que indiretamente, ao órgão ou entidade em que tenha ocupado o cargo ou emprego; ou d) intervir, direta ou indiretamente, em favor de interesse privado perante órgão ou entidade em que haja ocupado cargo ou emprego ou com o qual tenha estabelecido relacionamento relevante em razão do exercício do cargo ou emprego (BRASIL, 2013, art. 5º, grifos próprios). Entende-se que tal rol é exemplificativo.*

as hipóteses de conflito de interesses. Com relação ao Poder Judiciário, o CPC, como já demonstrado, apresenta as hipóteses de suspeição e impedimento do magistrado⁴⁹.

Junto ao interesse privado, o conflito de interesses é também regulamentado pela Lei nº 6.404/1976 (Lei das Sociedades Anônimas – LSA), dentre outras normatizações, a referida norma determina que o Administrador não poderá possuir qualquer conflito entre os seus interesses e os da organização (art. 147, § 2º, inciso II, da LSA). Nesse sentido, as adoções das boas práticas ganham mais do que simples importância administrativa, tornando-se um imperativo a qualquer organização que precisar crescer e ganhar em credibilidade. A mitigação do conflito, seja de interesse, ou de qualquer natureza, confere à organização, a denominada geração de valor. Das lições acerca do conflito de interesses⁵⁰ emerge o instituto denominado parte relacionada. Por óbvio que a alta direção de uma organização possui inúmeros relacionamentos no mercado e no ambiente público. Portanto, conforme emerge das boas práticas, se não for possível a exclusão das transações com as devidas partes relacionadas, devem essas ser devidamente monitoradas e reguladas, uma vez que na intimidade dessas podem estar escondidos interesses escusos. A BM&FBOVESPA, companhia responsável pela administração do mercado acionário brasileiro, ao publicar política acerca das transações com partes relacionadas, inclusive, as conceituou⁵¹.

49 Com algumas alterações, as diretrizes envolvendo as causas de impedimento e suspeição dos magistrados foram avocadas pelo novo Código de Processo Civil (Lei 13.105/2015), nos arts. 144 e 145.

50 IBGC, 2009, pp. 66-70.

51 “São consideradas partes relacionadas as pessoas físicas ou jurídicas com as quais a Companhia tenha possibilidade de contratar em condições que não sejam as de independência que caracterizam as transações com terceiros alheios à Companhia [...] (I) Considera-se que uma pessoa está relacionada com a Companhia, quando essa pessoa ou um membro próximo de sua família: (a) tiver o controle pleno ou compartilhado da Companhia (b) tiver influência significativa sobre a Companhia; (c) for membro do pessoal com influência relevante da administração da Companhia ou de sua controladora, entendendo-se como pessoal com influência relevante da administração aquelas que têm autoridade e responsabilidade pelo planejamento, direção e controle das atividades da Companhia, direta ou indiretamente, incluindo qualquer administrador (diretor executivo ou não). Para fins desta Política, consideram-se pessoal com influência relevante da administração da Companhia cada um dos Membros do Conselho de Administração, Membros dos Comitês de Assessoramento do Conselho de Administração e membros da Diretoria Executiva e demais Diretores não estatutários. Entende-se como membros próximos da família aqueles membros da família que se pode esperar que influenciem ou sejam influenciados pela pessoa nos negócios desses membros com a entidade, podendo incluir (i) seu cônjuge ou companheiro(a) e seus filhos; (ii) filhos de seu cônjuge ou de seu companheiro(a); e (iii) seus dependentes ou os de seu cônjuge. (II) Considera-se que uma entidade está relacionada com a Companhia, quando essa entidade: (a) (i) controlar, for controlada por, ou estiver sob o controle comum da Companhia (isso inclui controladoras ou controladas); (ii) tiver influência significativa

Nesse diapasão, a transparência e os controles internos e externos ocupam lugar de destaque na evolução e desenvolvimento de uma organização. Contudo, apesar de todas as “travas” tanto no setor privado, quanto no setor público, a influência política e do mercado por vezes minam tais proteções. A escolha de um escritório de advocacia, pelo diretor jurídico de uma organização, por sorte, não irá apresentar argumentos contrários aos defendidos pelo seu “contratante”, no mesmo sentido que os cargos de livre nomeação, não irão criar muitos empecilhos aos seus nomeadores. A contratação de fornecedores “exclusivos”, de prestadores de serviços, e outros, mesmo que não acarrete prejuízos financeiros às organizações pode denotar uma troca de influências no futuro, que pode se concretizar ou não. Verifica-se na verdade que os dispositivos aqui apresentados, consubstanciam-se na verdade, mais em uma carta de intenções com pouca eficácia prática. A remessa da infração dos arts. 5º e 6º da Lei nº 12.813/2013, ao art. 11 da Lei nº 8.429/1992, torna praticamente impossível qualquer forma de punição à autoridade pública, em razão da jurisprudência dominante do Superior Tribunal de Justiça (STJ) que para a configuração do tipo descrito acima, exige-se a presença do dolo, verbis:

EMENTA: ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. IMPROBIDADE. EQUIVOCADA REJEIÇÃO INICIAL DA AÇÃO. ACÓRDÃO QUE NÃO REGISTRA NENHUMA DAS HIPÓTESES PREVISTAS NO ART. 17, § 8º, DA LEI 8.429/92. EXTINÇÃO PRECOCE DA AÇÃO. DILAÇÃO PROBATÓRIA INVIABILIZADA. CERCEAMENTO DE DEFESA. 1. Cuida-se, na origem, de Ação Civil Pública por Improbidade Administrativa que busca responsabilizar o presidente da Câmara Municipal de Catalão pela criação ilegal de 10 cargos comissionados em desatenção às disposições orçamentárias (provendo-os por critérios estranhos ao interesse público), pela promoção de licitação dirigida, pela prática de assistencialismo com recursos públicos e pela falsificação de nota fiscal relativa a doação de pneus para ambulância. 2. O art. 17, § 6º, da Lei 8.429/92 exige apenas a prova indiciária do ato de improbidade, ao passo que o § 8º do mesmo

sobre a Companhia; ou (iii) tiver controle conjunto sobre a Companhia; (b) for coligada da Companhia ou de uma terceira entidade que estiver sob o controle conjunto com a Companhia; (c) e a Companhia estiverem sob o controle conjunto (joint venture) de uma terceira entidade; (d) for entidade controlada em, de modo pleno ou sob controle conjunto ou significativamente influenciada por, ou em que o poder de voto significativo nessa entidade reside em, direta ou indiretamente, qualquer pessoa referida item I, alínea (c); ou e) for um plano de benefícios pós-emprego cujos beneficiários são os empregados da Companhia ou de qualquer entidade que seja parte relacionada com a Companhia” (BM&FBOVESPA, 2014, pp. 3-4).

dispositivo estampa o princípio *in dubio pro societate* ao estabelecer que a inicial somente será rejeitada quando constatada a “inexistência do ato de improbidade, a improcedência da ação ou a inadequação da via eleita”. [...] In casu, não tendo o acórdão recorrido identificado nenhuma das hipóteses previstas nos §§ 6º e 8º do art. 17 da LIA, não se justifica a rejeição preliminar da Ação de Improbidade, especialmente considerando a inicial apontar desvios praticados no provimento de cargos públicos em desacordo com a finalidade estabelecida em lei. 4. Fora das hipóteses de demanda temerária, a precoce extinção da ação de improbidade sob o argumento de ausência de provas caracteriza indubitosa cerceamento de defesa (e, in casu, do interesse público) e afronta ao devido processo legal, na linha do entendimento preconizado pelo Superior Tribunal de Justiça em relação ao julgamento antecipado da lide, aplicável ao caso concreto por analogia. [...] Segundo a jurisprudência do STJ, “**o dolo que se exige para a configuração de improbidade administrativa é a simples vontade consciente de aderir à conduta, produzindo os resultados vedados pela norma jurídica – ou, ainda, a simples anuência aos resultados contrários ao Direito quando o agente público ou privado deveria saber que a conduta praticada a eles levaria –, sendo despidendo perquirir acerca de finalidades específicas. Em resumo: trata-se do ‘dolo genérico’ ou simplesmente ‘dolo’ (desnecessidade de ‘dolo específico’ ou ‘especial fim de agir’)**”. (EDcl no Ag 1.092.100/RS, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 31/5/2010). No mesmo sentido: REsp 951.389/SC, Rel. Ministro Herman Benjamin, Primeira Seção, DJe 4/5/2011. 6. Não se pode, todavia, confundir a caracterização do dolo com a exigência da prova diabólica - e impossível - da confissão do agente quanto à prática do ato ímprobo, sendo certo que a demonstração do liame subjetivo entre o agente e a improbidade se dá mediante ampla produção probatória que permita ao autor demonstrar essa vinculação e ao réu dela se defender. 7. No caso concreto, ademais, o acórdão recorrido assentou a equivocada premissa de que o enriquecimento sem justa causa ou o prejuízo ao erário são requisitos indispensáveis ao ajuizamento da ação em epígrafe, sendo que “o dano ao erário não é elementar à configuração do ato de improbidade” estampada no art. 11 da LIA, que tipifica os atos atentatórios aos princípios da Administração Pública [...]”⁵².

A constatação que se chega é que a simples necessidade de comprovar

52 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Turma. Recurso Especial nº 1.357.838-GO. Rel. Min. Herman Benjamin, Brasília, 12 ago. 2014, *Diário da Justiça*, Brasília, 25 set. 2014 (grifo próprio).

o dolo nas questões envolvendo o conflito de interesses torna sem efeito os dispositivos legais. O mesmo a ser dito, no tocante, ao conflito de interesses no campo do direito privado, pois a matéria probatória é essencial na confirmação de tais casos. Portanto, apesar de positivado e individualizado pelas ciências próprias, com exceção dos casos objetivamente descritos, o fenômeno do conflito de interesses, seja ele privado ou público, no campo da eficácia, está adstrito à deontologia.

4. Considerações finais

Ao analisar a ciência que envolve a tomada de decisão, verifica-se que o processo decisório corresponde a um processo de pensamento e ação que, por sua vez, acarreta uma decisão, decisão essa que consiste em selecionar cursos alternativos de ação ou mesmo de aceitar ou rejeitar uma ação específica. Defender a ideia de um magistrado isento das interferências (econômica, social, política etc.) é uma análise simples da prerrogativa da independência. Contudo, ao contrário do senso comum, a militância de advogados, promotores, associações políticas, sociais, dentre outras formas de “pressão”, de longe significa afirmar uma conclusão da existência de uma vinculação entre o magistrado e tais relacionamentos.

Todavia, o MP, ao contrário das relações entre os operadores de Direito – incluindo o clamor público –, possui mais potência de influenciar tais decisões judiciais, uma vez que o que se almeja é uma situação de poder⁵³. Verifica-se que o MP ao permitir o acesso ao poder através de um complexo sistema de comprometimentos, favorece aos agentes públicos e políticos certa deliberação de interesses, o que por via de regras acaba gerando conflitos.

Verifica-se que, a despeito do duro discurso por parte do STF sobre a possibilidade de sofrer pressões externas envolvendo as suas decisões, tem-se que, após uma análise do sistema de composição da corte constitucional, ao menos o discurso, não está em consonância com as melhores práticas. Inegável a forte influência dos Poderes Executivo e Legislativo na escolha dos

53 Em sentido equivalente, “nesse modelo, o sistema de recompensa organizacional é fundamental para equilibrar divergências de objetivos, reconhecendo-se a impossibilidade de desenhar um sistema de incentivos no qual as pessoas ajam em completa e harmonia com os objetivos organizacionais. Enfatiza-se a divergência de objetivos, levando-se em conta ainda que o resultado das ações influencia a posição relativa de poder dos participantes. Assim a racionalidade pode não prevalecer; em razão de interesses ocultos. Essa perspectiva parece favorecer o entendimento das políticas de decisão no âmbito do Governo e de grandes burocracias” (GONTIJO; MAIA, 2004, p. 18, grifo próprio).

ministros do STF, que em maior ou menor intensidade, sim, influenciam os seus possíveis candidatos, prejudicando sua independência.

Dessa forma, a conclusão que o presente trabalho alcança é que a ingerência (direta ou indireta) dos Poderes Executivo e Legislativo causa prejuízo às diretrizes das boas práticas, no tocante às partes relacionadas. Ademais, a posição do STJ ao vincular o paradigma da Lei nº 12.813/2013, ao fazer remissão ao art. 11 da Lei nº 8.429/1992, torna praticamente impossível qualquer forma de punição à autoridade pública, em razão da jurisprudência dominante do STJ quanto à exigência do dolo para sua configuração.

Assim, as atuais regras de prevenção e as atuais resoluções dos possíveis e prováveis conflitos de interesses não se demonstram hábeis a dar uma resposta efetiva à complexidade que é o jogo político brasileiro, a partir do enfoque da sustentabilidade.

Referências

- ALMEIDA, Alessandra Bagno F. R. de; ARAÚJO, Marinella Machado. O direito ao desenvolvimento sustentável e a dimensão simbólica de sua aplicação. REZENDE, Élcio Nacur; CARVALHO, Valdênia Geralda de (Orgs.). *Direito ambiental e desenvolvimento sustentável: edição comemorativa dos dez anos da Escola Superior Dom Helder Câmara*. Belo Horizonte: Escola Superior Dom Helder Câmara ESDHC, 2013. p. 11-51.
- ALMEIDA, Ana Paula de; ENGELMANN, João Gilberto. *Direito e sustentabilidade: perspectivas de uma geração livre e possível*. Revista Veredas do Direito, Belo Horizonte, v. 7, n. 13/14, p. 11-25, jan./dez. 2010. Disponível em: <<http://www.domhelder.edu.br/revista/index.php/veredas/article/viewFile/177/140>>. Acesso em: 24 dez. 2015.
- BARROSO, Luís Roberto. *Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo*. Revista da Faculdade de Direito da UERJ, Rio de Janeiro, v. 2, n. 21, p. 02-50, jan./jun. 2012. Disponível em: <<C:\Users\Mariana\Downloads\1794-12752-2-PB.pdfhttp://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/view/1794>>. Acesso em: 19 dez. 2017.

- BM&FBOVESPA. *Política para transações com partes relacionadas e demais situações envolvendo conflito de interesses*. São Paulo: BM&FBOVESPA, 2014. Disponível em: <http://ri.bmfbovespa.com.br/fck_temp/26_28/file/Pol%C3%ADtica%20de%20Transa%C3%A7%C3%B5es%20com%20Partes%20Relacionadas.pdf>. Acesso em: 12 de fevereiro de 2015.
- BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Resolução nº 75, de 12 de maio 2009. Dispõe sobre os concursos públicos para ingresso na carreira de magistratura em todos os ramos do Poder Judiciário nacional. Diário Oficial da União, Brasília, 21 de maio 2009. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/atos-administrativos/atos-da-presidencia/resolucoes-presidencia/12190-resolucao-no-75-de-12-de-maio-de-2009>>. Acesso em: 6 de fevereiro de 2015.
- BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Resolução nº 170, de 26 fev. 2013. Regulamenta a participação de magistrados em congressos, seminários, simpósios, encontros jurídicos e culturais e eventos similares. Diário da Justiça, Brasília, 27 fev. 2013. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/atos-administrativos/atos-da-presidencia/resolucoespresidencia/23719-resolucao-n-170-de-26-de-fevereiro-de-2013>>. Acesso em: 6 de fevereiro 2015.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 out. 1988, Diário Oficial da União, Brasília, 05 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 10 dez. 2014.
- BRASIL. Decreto nº 6.021, de 22 jan. 2007. Cria a Comissão Interministerial de Governança Corporativa e de Administração de Participações Societárias da União – CGPAR, e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 22 jan. 2007. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2007/Decreto/D6021.htm>. Acesso em: 18 fev. 2015.
- BRASIL. Emenda Constitucional nº 19, de 04 jun. 1998. Modifica o regime e dispõe sobre princípios e normas da Administração Pública, servidores e agentes políticos, controle de despesas e finanças públicas e custeio de atividades a cargo do Distrito Federal, e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 05 jun. 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc19.htm#art3>. Acesso em: 06 fev. 2015.

- BRASIL. Lei Complementar nº 35, de 14 mar. 1979. Dispõe sobre a Lei Orgânica da Magistratura Nacional. Diário Oficial da União, Brasília, 14 mar. 1979. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp35.htm>. Acesso em: 05 fev. 2015.
- BRASIL. Lei nº 5.869, de 11 jan. 1973. Institui o Código de Processo Civil. Diário Oficial da União, Brasília, 17 jan. 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869compilada.htm>. Acesso em: 13 fev. 2015.
- BRASIL. Lei nº 6.404, de 15 dez. 1976. Dispõe sobre a Sociedade por Ações. Diário Oficial da União, Brasília, 17 dez. 1976. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6404consol.htm>. Acesso em: 17 fev. 2015.
- BRASIL. Lei nº 8.429, de 02 jun. 1992. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 03 jun. 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8429.htm>. Acesso em: 18 fev. 2015.
- BRASIL. Lei nº 8.906, de 04 jul. 1994. Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). Diário Oficial da União, Brasília, 05 jul. 1994. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8906.htm>. Acesso em: 06 fev. 2015.
- BRASIL. Lei nº 12.813, de 16 mai. 2013. Dispõe sobre o conflito de interesses no exercício de cargo ou emprego do Poder Executivo federal e impedimentos posteriores ao exercício do cargo ou emprego; e revoga dispositivos da Lei no 9.986, de 18 de julho de 2000, e das Medidas Provisórias nos 2.216-37, de 31 de agosto de 2001, e 2.225-45, de 04 de setembro de 2001. Diário Oficial da União, Brasília, 17 maio 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12813.htm>. Acesso em: 12 fev. 2015.
- BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 mar. 2015. Código de Processo Civil. Diário Oficial da União, Brasília, 17 mar. 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em: 30 mar. 2015.
- BRASIL. Presidência da República. Comissão de Ética Pública. Código da Alta Administração Federal. 4. ed. Brasília: CEP, 2008. Disponível em: <<http://etica.planalto.gov.br/arquivos/legislacao/livro-do-codigo-de-conduta-2009-atualiz-em-06-de-maio.pdf>>. Acesso em: 12 fev. 2015.

- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Turma. Recurso Especial nº 1.357.838-GO.. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201100904653&dt_publicacao=25/09/2014>. Acesso em: 12 fev. 2015.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Penal nº 470: Ministro Celso de Mello opta pelo cabimento de embargos infringentes. Supremo Tribunal Federal, Brasília, 18 mar. 2013. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=248624>>. Acesso em: 13 fev. 2015.
- BRÍGIDO, Carolina; FRANCO DE MELLO, Bernardo. STF reage às insinuações do ministro Lewandowski. STFempauta.com, Brasília, 31 ago. 2007. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/biblioteca/Pastas-Ministros/RicardoLewandowski/Entrevistas/2007_AGO_31_007.pdf>. Acesso em: 11 dez. 2017.
- BRUM, Alexandre. Crivella nomeia seu filho para assumir secretaria da Casa Civil. O Dia, Rio de Janeiro, 02 fev. 2017. Disponível em: <<http://odia.ig.com.br/rio-de-janeiro/2017-02-02/crivella-nomeia-seu-filho-para-assumir-secretaria-da-casa-civil.html>>. Acesso em: 11 dez. 2017.
- CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Porto Alegre: S. A. Fabris, 1999.
- CERQUEIRA, Hugo E. A. da Gama. Adam Smith e o surgimento do discurso econômico. *Revista de Economia Política*, São Paulo, v. 24, nº 3, p. 422-441, jul/set. 2004. Disponível em: <<http://www.rep.org.br/pdf/95-7.pdf>>. Acesso em: 12 fev. 2015.
- CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pelegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- CRETELLA JÚNIOR, José. *Comentários à Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1992. v. 4.
- DAMATTA, Roberto. *Carnavais, malandros e heróis*. 6. ed. Rio de Janeiro: Rocco, 1997.
- DAMATTA, Roberto. *A casa & a rua*. 5. ed. Rio de Janeiro: Rocco, 2000.
- FACCHINI NETO, Eugênio. *O Poder Judiciário e sua independência: uma abordagem de direito comparado*. Direitos Fundamentais & Justiça, Porto Alegre, v. 01, no 08, p. 121-149, jul/set. 2009. Disponível em: <http://www.dfj.inf.br/Arquivos/PDF_Livre/08_Artigo_7.pdf>. Acesso em: 05 fev. 2015.
- FERNANDES, Marcella; SHALDERS, André. Proibida há 7 anos, prática do nepotismo continua na Câmara. Estado de Minas, Belo Horizonte, 17

- de maio 2015. Disponível em: <https://www.em.com.br/app/noticia/politica/2015/05/17/interna_politica,648364/o-nepotismo-ainda-sobrevive.shtml>. Acesso em: 11 dez. 2017.
- FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho. *Influências extrajurídicas sobre a decisão judicial: determinação, previsibilidade e objetividade do direito brasileiro*. 2013. 352 f. Tese (Doutorado em Direito Estado e Constituição) – Universidade de Brasília (UnB), Faculdade de Direito, Programa de Pós-Graduação em Direito, Brasília.
- FREITAS, Henrique M. R.; KLADIS, Constatin Metaxa. O processo decisório: modelos e dificuldades. *Revista Decidir*, Rio de Janeiro, v. 2, no 08, p. 30-34, mar. 1995. Disponível: <http://www.ufrgs.br/gianti/files/artigos/1995/1995_028_rev_decidir.pdf>. Acesso em: 05 fev. 2015.
- GOMES, Magno Federici; PIGHINI, Bráulio Chagas. Sustentabilidade para governança, Supremo Tribunal Federal e conflito de interesses. *Seqüência*, Florianópolis, n. 73, v. 37, p. 165-192, ago. 2016. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.5007/2177-7055.2016v37n73p165>>. Acesso em: 11 dez. 2017.
- GONTIJO, Arimar Colen; MAIA, Claudia Santos Castro. Tomada de decisão, do modelo racional ao comportamental: uma síntese teórica. *Caderno de Pesquisas em Administração*, São Paulo, v. 11, no 04, p. 13-30, out/dez. 2004. Disponível em: <<http://www.ead.fea.usp.br/cad-pesq/arquivos/v11n4art2.pdf>>. Acesso em: 05 fev. 2015.
- GUIMARÃES, Mario. *O juiz e a função jurisdicional*. Rio de Janeiro: Forense, 1958.
- INSTITUTO BRASILEIRO DE GOVERNANÇA CORPORATIVA. Código das melhores práticas de governança corporativa. 4. ed. São Paulo: IBGC, 2009. Disponível em: <http://www.ibgc.org.br/userfiles/files/Codigo_Final_4a_Edicao.pdf>. Acesso em: 10 dez. 2014.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento: a tutela jurisdicional através do processo de conhecimento*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- MATAIS, Andreza; BRAGON, Ranier. Ministros do STF negam ter votado com “faca no pescoço”. Folha de S. Paulo, São Paulo, 31 ago. 2007. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/brasil/fc3108200702.htm>>. Acesso em: 11 dez. 2017.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

- OLIVEIRA, Fabiana Luci de. *Justiça, profissionalismo e política: o STF e o controle da constitucionalidade das leis no Brasil*. Rio de Janeiro: FGV, 2011.
- OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *O juiz na sociedade moderna*. São Paulo: FTD, 1997.
- ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. *Managing conflict of interest in the public service: OECD guidelines and country experiences*. Paris: OECD Publications, 2003. Disponível em: <<http://www.oecd.org/gov/ethics/48994419.pdf>>. Acesso em: 12 fev. 2015.
- RIBEIRO, Ivan César. *Robin Hood versus King John: como os juízes locais decidem casos no Brasil*. In: IPEA, (Org.). *Prêmio IPEA-CAIXA, 2006. Monografias Premiadas, 2007*.
- SANDES, Leonardo de Almeida. *A governança corporativa e a prevenção de conflitos societários*. 2008. 128f. Dissertação (Mestrado em Direito Empresarial) – Faculdade de Direito Milton Campos, Belo Horizonte. Disponível em: <<http://www.mcampos.br/posgraduacao/mestrado/dissertacoes/2011/leonardoalmeidasandesgovernancacorporativaprevencaoconflitosocietarios.pdf>>. Acesso em: 11 fev. 2015.
- SILVA, Arthur Stamford. *Procedimentos estatais e procedimentos para-estatais: uma descrição da práxis forense em Pernambuco*. In: *Anais da 45ª reunião anual da SBPC*. Recife: UFPE, 1993. p. 115.
- SILVA, Ovídio A Baptista da. *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*. 2. ed. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 1997.

Recebido em 22 de fevereiro de 2016.

Aprovado em 21 de novembro de 2017.

O papel civilizatório dos direitos humanos: diálogo com Bobbio e Elias

*The civilizatory role of human rights: a dialogue with Bobbio
and Elias*

Marcelo Weishaupt Proni*

Universidade Estadual de Campinas, Campinas-SP, Brasil

Thaíssa Tamarindo da Rocha Weishaupt Proni**

Universidade Estadual de Campinas, Campinas-SP, Brasil

Direitos do homem, democracia e paz são três momentos necessários do mesmo movimento histórico: sem direitos do homem reconhecidos e protegidos, não há democracia; sem democracia, não existem as condições mínimas para a solução pacífica de conflitos. Em outras palavras, a democracia é a sociedade dos cidadãos, e os súditos se tornam cidadãos quando lhes são reconhecidos alguns direitos fundamentais; haverá paz estável, uma paz que não tenha a guerra como alternativa, somente quando existirem cidadãos não mais apenas deste ou daquele Estado, mas do mundo¹.

Como ser humano, o indivíduo tem direitos que nem mesmo o Estado pode negar-lhe. Estamos somente numa etapa inicial da transição para o estágio de integração mais abrangente e a elaboração do que se pretende dizer com direitos humanos está apenas começando. Mas a liberdade de não usar nem ameaçar o uso da violência talvez tenha recebido, até o momento, uma atenção demasiadamente pequena como um dos direitos que, no correr do tempo [...], terá que se afirmar a favor do indivíduo, em nome da humanidade².

* Professor Livre Docente do Instituto de Economia da Unicamp. E-mail: mwproni@unicamp.br.

** Mestre em Direito pela Faculdade de Direito da USP e Doutoranda em Ciências Sociais pelo Instituto de Filosofia e Ciências Humanas da Unicamp. E-mail: thaissa.rocha@gmail.com.

1 BOBBIO, 2004, p. 1.

2 ELIAS, 1994, pp. 189-190.

1. Introdução

Em diversos ramos do Direito, é frequentemente ressaltada a necessidade da efetividade das leis e do aprimoramento das instituições jurídicas para o progresso civilizatório. E, como sugerem as duas epígrafes acima, prevalece a crença de que o respeito a direitos universais seja capaz de unir os povos (a humanidade) em torno de um padrão de convivência mais civilizado. Contudo, após 70 anos da proclamação da *Declaração universal dos direitos humanos* pela Assembleia Geral das Nações Unidas, é fácil constatar que permanece uma profunda desigualdade entre as nações no que se refere à garantia e à proteção dos direitos humanos, tais como são entendidos atualmente.

No Brasil contemporâneo, há múltiplos exemplos de condutas que violam as regras de civilidade: as mortes violentas impunes, as agressões domésticas, as brigas entre torcidas de futebol, as transgressões no trânsito, os crimes hediondos, a violência policial, os presídios superlotados, o racismo, a homofobia. Por isso, há bons motivos para duvidar de que tenha havido um avanço significativo do estágio civilizatório no País após a expansão dos direitos humanos na Constituição Federal de 1988.

O artigo pretende colocar o tema em discussão por meio de um diálogo com as abordagens teóricas de Norberto Bobbio e Norbert Elias, que fundamentam esse debate. São enfatizados os pontos de convergência e divergência entre as duas abordagens, especialmente no que se refere à correspondência entre a promoção dos direitos humanos e a elevação do padrão de civilidade. A conjugação das duas abordagens permite constatar que os direitos humanos são resultado e, ao mesmo tempo, condição para o avanço civilizatório, embora sua eficácia não seja automática nem inexorável. Argumenta-se que o poder coercitivo da lei só é plenamente efetivo na regulação da conduta dos indivíduos quando reforçado por regras morais compartilhadas e uma cultura da tolerância.

O artigo é composto por cinco seções, além desta introdução. A próxima apresenta breve esclarecimento sobre o nexo entre Direito e civilização. Em seguida, o papel civilizatório dos direitos humanos é examinado na perspectiva de Bobbio. Na sequência, são explicadas as principais proposições apresentadas por Elias sobre o processo civilizador. A seção seguinte contrapõe essas duas interpretações para discutir o argumento de que a expansão dos direitos humanos pressupõe e, ao mesmo tempo, induz um

padrão civilizatório mais avançado. E a seção final traz considerações sobre o desafio da efetivação dos direitos humanos no Brasil contemporâneo.

2. Direito e civilização

O Direito está ligado geneticamente às tradições, costumes e padrões morais de cada povo, é essencial para a manutenção da ordem social, e vai se modificando à medida que se renovam os interesses e necessidades sociais ao longo do tempo³. Do ponto de vista filosófico, pode ser entendido como necessário para a existência de instituições promotoras de um padrão de civilidade nas relações sociais⁴.

A Revolução Francesa é considerada um divisor de águas na história do Direito em razão da formação de um ordenamento jurídico constitucional moderno, com clara separação entre a esfera pública e a esfera privada, sendo relevante mencionar a transformação dos códigos e normas (começa com a *Declaração dos direitos do homem e do cidadão*, 1789, e culmina com o *Código civil*, 1804) e a adoção de novos parâmetros e instrumentos para regular a conduta dos indivíduos⁵.

A partir do século XIX, nas sociedades europeias e americanas em transição para a modernidade, o desenvolvimento da economia de mercado, a transição para uma sociedade urbano-industrial e a instauração do regime republicano (ou da monarquia constitucional), em meio à influência do iluminismo e do liberalismo, provocaram uma metamorfose da civilização no Ocidente e fortaleceram a crença na força irresistível do progresso e da razão⁶. Em paralelo com a ação civilizatória das normas morais transmitidas pela religião e pela educação laica, a consolidação de um novo ambiente jurídico-institucional alterou regras, normas, convenções e hábitos que condicionam o comportamento social dos indivíduos e abriu novas possibilidades de ação para os atores sociais.

O papel atribuído ao Direito no novo contexto histórico ultrapassa a constatação de que se trata de um instrumento de legitimação da ordem

3 COULANGES, 2006, p. 417.

4 NUNES, 2009, p. 152.

5 CICCO, 2009, p. 165.

6 POLANYI, 1980, cap. 1 e 12.

econômica e política. De acordo com a concepção positivista de Durkheim⁷, as normas jurídicas têm a função de soldar relações de “solidariedade orgânica” e evitar “o estado de anomia”, uma vez que as paixões humanas só se detêm diante de uma força moral ou de regras institucionalizadas, e que a liberdade dos indivíduos só pode ser garantida por meio de regulamentação jurídica e do poder de coerção de instituições sociais. O aprofundamento da divisão do trabalho e da diferenciação social e a evolução para uma sociedade urbano-industrial vão tornando as relações sociais cada vez mais impessoais, requerendo novos modos de regulação das condutas individuais e das ações coletivas. Nesse sentido, fica evidente que tanto a manutenção da ordem social como o progresso cultural passam a exigir um sistema jurídico moderno, com ramos especializados nas mais diversas áreas de interação humana.

No século XX, o Direito continuou acompanhando as profundas transformações da civilização ocidental. Nesse sentido, existem pelo menos mais duas perspectivas válidas para examinar o seu papel civilizatório. Primeiro, como o próprio Bobbio destaca, a reformulação e ampliação do escopo dos “direitos humanos”, que passam a ser entendidos como direitos universais historicamente constituídos⁸. Após a II Guerra Mundial, em resposta aos horrores cometidos e com o propósito de instaurar um novo padrão civilizatório, as Nações Unidas proclamaram a *Declaração universal dos direitos humanos* (1948), afirmando os direitos civis e políticos e adicionando os direitos econômicos, sociais e culturais⁹. Mas, a efetivação dos direitos humanos permanecia restrita a um grupo seletivo de nações. Em 1966, as Nações Unidas adotaram o *Pacto internacional sobre direitos civis e políticos* e o *Pacto internacional sobre direitos econômicos, sociais e culturais*, mas tais pactos só entraram em vigor em 1976, quando alcançaram um número suficiente de ratificações¹⁰. Em 1993, na Conferência Mundial sobre Direitos Humanos, foi elaborada a *Declaração e programa de ação de Viena*, documento mais abrangente adotado consensualmente pela comunidade internacional sobre o tema. Desde então, a maioria dos países membros

7 DURKHEIM, 1999, pp. 216-220.

8 BOBBIO, 2004, p. 18.

9 Os direitos civis e políticos são “autoaplicáveis” (não dependem de leis posteriores que os regulamentem); os direitos econômicos, sociais e culturais são “programáticos” (demandam aplicação progressiva, pois não podem ser implementados sem que existam recursos econômicos disponíveis) (PIOVESAN, 2015, p. 303).

10 COMPARATO, 2003, p. 69.

da ONU assumiu o compromisso de institucionalizar políticas de governo para assegurar uma série de direitos e liberdades essenciais e inalienáveis, entre os quais interessa mencionar: o direito à vida, à integridade pessoal, à liberdade pessoal e às garantias judiciais; a proteção contra a detenção arbitrária, a tortura e tratamentos cruéis ou degradantes; a proteção da honra e da dignidade; a liberdade religiosa e de consciência, a liberdade de pensamento, de expressão e de livre associação; o direito de trabalhar, de estudar e de ter condições de vida adequadas; e o direito à participação na vida cultural da comunidade¹¹.

A outra perspectiva que também merece destaque pode ser encontrada no pensamento de Habermas¹². De acordo com este autor, em sociedades democráticas complexas, o Direito contribui para produzir consensos e atenuar conflitos em diferentes instâncias (públicas e privadas) e no interior de variados segmentos da comunidade, colaborando para que a sociabilidade moderna seja marcada por condutas civilizadas, permitindo a convivência de opiniões e modos de vida plurais e possibilitando a conciliação de interesses divergentes. Esta perspectiva se fundamenta na constatação de que um sistema jurídico racionalmente organizado tem legitimidade diante da opinião pública desde que aumente a eficácia das ações estratégicas dos indivíduos; e na crença de que o Direito reforça o poder de uma comunicação voltada ao entendimento racional e ao respeito das experiências compartilhadas.

A contribuição de Bobbio, examinada na próxima seção, está centrada na discussão dos direitos humanos. Como será explicado, sua abordagem é compatível com os enfoques de Durkheim e de Habermas, mas segue uma linha própria de argumentação.

Para subsidiar a reflexão proposta, também é preciso ressaltar que o significado do termo “civilização” é muito abrangente e tem se alterado ao longo do tempo, carregando consigo distintos juízos de valor e atributos normativos¹³. Renomados sociólogos e historiadores europeus – tais como Émile Durkheim, Max Weber, Karl Polanyi, Herbert Marcuse, Arnold Toynbee e Fernand Braudel – se apropriaram do conceito e fizeram proposições instigantes para discutir o tema. Contudo, a interpretação

11 PIOVESAN, 2015, p. 290.

12 HABERMAS, 2003, cap. I, parte III.

13 BOWDEN, 2012.

seminal de Norbert Elias tem sido considerada a principal referência nesse campo de estudo¹⁴.

De acordo com Elias¹⁵, só é possível compreender a civilização ocidental contemporânea a partir do entendimento de sua gênese e da identificação dos vetores (tanto na esfera privada como na esfera pública) responsáveis pelas mudanças no padrão de convivência social e pela definição do que representa ser “civilizado”¹⁶.

Como os fenômenos sociais não devem ser estudados de modo estático, uma vez que só podem ser apreendidos a partir de uma abordagem que entenda a sua dinâmica, Elias¹⁷ se dedica a explicar a civilização como um processo incessante, entendendo esse processo civilizatório como um aspecto inseparável de outros processos históricos (está entrelaçado a desdobramentos de manifestações culturais e preceitos éticos, assim como aos avanços econômicos, políticos, sociais e científicos). Sua principal contribuição para a discussão aqui proposta se refere à explicação de que o movimento de afirmação e difusão de etiquetas e comportamentos civilizados (ou melhor, a internalização nos indivíduos de padrões de conduta socialmente aceitos) requereu o desenvolvimento do autocontrole das emoções e da aversão a condutas violentas. Elias também esclarece que a crescente complexidade das configurações sociais e a multiplicação das relações de interdependência exigiram o desenvolvimento de instituições jurídicas e a constituição de sofisticadas estruturas de poder político. Assim, ele combina diferentes níveis de análise para desvendar os mecanismos pelos quais, numa ordem regulada por instituições jurídicas que asseguram liberdades individuais, os padrões de conduta “superiores” tendem a se difundir entre as diferentes classes sociais e, ao mesmo tempo, disseminam-se no plano internacional a partir da influência das nações “mais civilizadas”¹⁸.

14 BURKE, 2008.

15 O livro *O processo civilizador* foi publicado em dois volumes: ELIAS, 1990; ELIAS, 1993.

16 “O conceito de ‘civilização’ refere-se a uma grande variedade de fatos: ao nível da tecnologia, ao tipo de maneiras, ao desenvolvimento de conhecimentos científicos, às ideias religiosas e aos costumes. Pode-se referir ao tipo de habitações ou à maneira como homens e mulheres vivem juntos, à forma de punição determinada pelo sistema judiciário ou ao modo como são preparados os alimentos. Rigorosamente falando, não há nada que não possa ser feito de forma ‘civilizada’ ou ‘incivilizada’. Daí ser sempre difícil sumarizar em algumas palavras tudo o que se pode descrever como civilização” (ELIAS, 1990, p. 23).

17 ELIAS, 1993, Sinopse.

18 Escrevendo em 1936, ele dizia: “Os contrastes em conduta entre os grupos superior e inferior são reduzidos com a disseminação da civilização, e aumentam as variedades, ou nuanças, da conduta civilizada. Essa

Porém, deve-se considerar que a história do Oriente mostra a formação e evolução de uma variedade de “civilizações”: chinesa, japonesa, hindu, budista, islâmica, ortodoxa. Cada civilização tem seu próprio conjunto de normas jurídicas e princípios éticos, com um entendimento particular do que é a dignidade do ser humano e como assegurá-la. Por isso, a campanha das Nações Unidas para a adoção de um estatuto universal no campo dos direitos humanos encontrou resistência, como se houvesse um “choque de civilizações”¹⁹. A promoção dos direitos humanos foi criticada por ser vista como uma estratégia imperialista de imposição de um único padrão civilizatório (o ocidental) para todas as nações. Esse ponto será retomado mais à frente.

3. Bobbio: os direitos humanos são essenciais para o progresso civilizatório

O jurista, filósofo e político italiano Norberto Bobbio [1909-2004] é considerado um dos maiores expoentes da Filosofia do Direito e da Filosofia Política do século XX. Como pensador influente, preocupado com as questões essenciais da humanidade, dizia que o único salto qualitativo possível – mas não necessário – da convivência coletiva corresponde à passagem do reino da violência para o reino da não violência, para um mundo regido por normas morais e pelo Direito²⁰.

O positivismo jurídico é uma das teorias mais amplamente defendidas por Bobbio²¹. Ele se contrapõe à ideia de direito natural dos jusnaturalistas modernos, que definem o direito natural como um ditame da justa razão destinado a mostrar que um ato é torpe ou necessário segundo seja ou não conforme a própria natureza racional do homem²². Assim, as leis que regem os homens exprimem necessidades da natureza humana, assumindo o atributo de um direito universal e imutável, que estabelece *a priori* aquilo que é bom segundo a razão. O direito positivo, em oposição, é aquele representado pelo conjunto de leis que se fundam apenas na vontade declarada de um legislador, num certo tempo e em certo lugar²³.

incorporação incipiente dos povos orientais e africanos aos padrões ocidentais representa a última onda do contínuo movimento civilizador que vimos observando” (ELIAS, 1993, pp. 213-214).

19 HUNTINGTON, 1997.

20 LAFER, 2013.

21 BOBBIO, 1995.

22 BOBBIO, 1995, p. 20.

23 A contraposição entre jusnaturalismo e positivismo se baseia em alguns critérios de distinção: univer-

Em *O positivismo jurídico* Bobbio dialoga com as várias dimensões do conceito de jusnaturalismo, enfatizando sua posição teórica positivista, uma vez que entende o fenômeno jurídico por meio de um método científico capaz de isolar o seu objeto (o próprio Direito) das questões filosóficas ou ideológicas, centrando sua investigação na norma jurídica, cujas funções primordiais seriam permitir, proibir ou obrigar as ações dos homens. Entretanto, no mundo contemporâneo, o Direito não se limita a tais funções, tendo também o papel de estimular ou desestimular comportamentos. E pode atuar não só como agente de conservação, mas também como um vetor de mudança. Neste sentido, um dos seus principais legados é o empenho em vincular Direito e Democracia com base na defesa da liberdade e da igualdade²⁴.

Para Bobbio, a vida em sociedade só é possível com a existência de normas de conduta, e a melhor maneira de compreender a função do Direito é entendê-lo como um conjunto de normas destinadas a um fim específico. Em *Teoria da norma jurídica*, ele diz: “Acreditamos ser livres, mas na realidade, estamos envoltos em uma rede muito espessa de regras de conduta que, desde o nascimento até a morte, dirigem nesta ou naquela direção as nossas ações”. Em seguida, ele acrescenta:

A História pode ser imaginada como uma imensa torrente fluvial represada: as barragens são as regras de conduta, religiosas, morais, jurídicas, sociais, que detiveram a corrente das paixões, dos interesses, dos instintos, dentro de certos limites, e que permitiram a formação daquelas sociedades estáveis, com as suas instituições e seus ordenamentos, que chamamos de “civilização”. Há, indubitavelmente, um ponto de vista normativo no estudo e na compreensão da história humana: é o ponto de vista segundo o qual as civilizações são caracterizadas pelos ordenamentos de regras nas quais as ações dos homens que as criaram estão contidas²⁵.

salidade do direito natural (vale em todo lugar) x particularidade do direito positivo (vale em determinado lugar); imutabilidade x mutabilidade (o direito positivo muda e o natural é imutável no tempo); fonte do direito (natural baseado na razão x positivo na vontade do legislador); o modo pelo qual o direito é conhecido (através da razão x através de promulgação de ato do legislador); por fim, o critério da valoração (aquilo que é “bom” x aquilo que é “útil”) (BOBBIO, 1995, pp. 22-23).

24 REALE, 2004.

25 BOBBIO, 2001, pp. 24-25.

Uma sociedade é constituída por grupos de indivíduos que disciplinam suas respectivas atividades com distintos objetivos, o que requer a criação de instituições públicas e privadas e a adoção de formas variadas de regulamentação. O processo de institucionalização e a produção de regras de conduta não podem ser desvinculados. Certamente, cada sociedade possui seu próprio sistema normativo.

Bobbio explica que as normas jurídicas são essenciais ao progresso civilizatório. Ao distinguir as normas jurídicas das normas morais e sociais, ele chega à conclusão de que a diferença entre elas está na sanção que deverá receber o indivíduo que violou a prescrição. Se é da natureza de toda prescrição ser violada ou se a possibilidade de transgressão da prescrição é esperada, faz-se necessária a criação de um mecanismo que elimine ou minimize as consequências danosas da violação. Esse mecanismo é a sanção – e a diferença entre as normas está na natureza da sanção²⁶.

Para Bobbio, ainda em *Teoria da norma jurídica*, a sanção moral é puramente interior, caracterizada pelo arrependimento ou remorso, mas possui pouca eficácia porque apenas os sujeitos que respeitam a norma moral podem sentir qualquer insatisfação ao desrespeitá-la. A sanção social é externa, pois quem a aplica é o grupo social, podendo variar de acordo com a gravidade da violação: reprovação, eliminação, isolamento, expulsão ou até linchamento. Em ambas não há uma regularidade na proporção entre violação e sanção, o que significa que um mesmo ato pode ter punição diferente conforme a circunstância. Assim, esses tipos de sanção apresentam incerteza e inconstância na sua aplicação. A sanção jurídica, por sua vez, é institucionalizada e regulamentada, tanto em sua medida quanto em sua forma de aplicação, estando a cargo de órgãos (geralmente do Estado) criados especificamente para essa função.

Em *Teoria geral da Política*, Bobbio esclarece que há uma relação entre política e moral, uma vez que ambas estão ligadas à ação humana (práxis). Porém, o que fundamenta ou motiva, o que é permitido ou proibido, nem sempre tem o mesmo sentido para a política e para a moral. Segundo ele, pode haver ações morais que são apolíticas e ações políticas que são imorais ou amorais. A política expressa a razão do Estado, os meios para legitimá-la, enquanto a moral fundamenta a razão do indivíduo, guiando ou julgando seus atos. A modernidade estabelece a autonomia da ação

26 BOBBIO, 2001, cap. V.

política, que é motivada por razões que não são as mesmas da ação no âmbito privado²⁷.

Falar em política enquanto prática humana conduz, necessariamente, a discutir o conceito de poder, entendido como a disponibilidade dos meios para que um homem ou um grupo possa impor sua vontade sobre outros e assim obter vantagens. A constituição de um Estado de Direito e, em adição, de um regime político democrático, pode ser considerada, na perspectiva de Bobbio, como condição necessária para a pacificação das relações sociais e para um significativo progresso civilizatório.

Para a discussão aqui proposta, importa frisar que: i) as normas que regulam a conduta dos indivíduos podem ter distintas fontes; ii) uma ordem civilizada requer o afastamento da barbárie (por meio do monopólio do uso da força pelo Estado), a contenção das paixões e o regramento de relações interpessoais; iii) ao contribuir para a garantia de liberdades individuais e para o estabelecimento de relações impessoais, o Estado de Direito conferiu mais autonomia e mais responsabilidades aos indivíduos.

Na modernidade, todo indivíduo tem o direito irrenunciável e intransmissível de controlar o uso de seu corpo, nome, imagem ou qualquer aspecto constitutivo de sua identidade. Em *A era dos direitos*, Bobbio explica que os “direitos da personalidade”²⁸ pressupõem três condições essenciais: autonomia da vontade, alteridade e dignidade. E enfatiza que estão vinculados de forma indissociável ao reconhecimento da dignidade humana, qualidade necessária para o desenvolvimento das potencialidades físicas, psíquicas e morais de todo ser humano.

Numa análise histórica, as várias civilizações podem ser caracterizadas pelo predomínio de determinados valores fundantes e valores acessórios. A cada civilização corresponde um quadro dos direitos da personalidade, conceito que se torna mais complexo com as novas conquistas no plano da sensibilidade e do pensamento, graças ao progresso das ciências humanas e a inovações no campo da ética e da estética.

Ao longo da segunda metade do século XX, houve uma expansão muito significativa dos direitos humanos, o que Bobbio considera (segundo a tradição kantiana) como um possível sinal do progresso moral da humanidade em meio à modernidade, uma vez que um amplo conjunto de

27 BOBBIO, 2000, cap. 3.

28 BOBBIO, 2004, pp. 15-24.

relações sociais passou a ser regulado por instituições jurídicas e que a transformação dos indivíduos em cidadãos portadores de direitos e deveres²⁹ contribuiu para que algumas sociedades alcançassem um nível de sociabilidade mais civilizado. Ao tratar do tema dos direitos humanos ele explica que:

A maioria das definições são tautológicas [...] Finalmente, quando se acrescenta alguma referência ao conteúdo, não se pode deixar de introduzir termos avaliativos: “Direitos do homem são aqueles cujo reconhecimento é condição necessária para o aperfeiçoamento da pessoa humana, ou para o desenvolvimento da civilização etc., etc.” E aqui nasce uma nova dificuldade: os termos avaliativos são interpretados de modo diverso conforme a ideologia assumida pelo intérprete; com efeito, é objeto de muitas polêmicas apaixonantes, mas insolúveis, saber o que se entende por aperfeiçoamento da pessoa humana ou por desenvolvimento da civilização³⁰.

Para ele, a vigência e a generalização de valores fundamentais da civilização ocidental permitem atribuir sentido à história moderna, ao menos como possibilidade de interpretação. Desse ponto de vista, a universalização dos direitos humanos foi condição para a consolidação da democracia e para a solução pacífica de conflitos, em especial no espaço público delimitado pelo Estado, mas também no plano internacional.

Bobbio afirma que os direitos fundamentais do homem são direitos históricos, caracterizados por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes e nascidos de modo gradual. Ele explica que a expansão dos direitos humanos passou por diversas fases³¹. Inicialmente, os direitos do homem estavam ligados às liberdades civis, e numa segunda fase vieram os direitos políticos, completando uma primeira geração de direitos fundamentais centrados no indivíduo. Na terceira fase, foram proclamados

29 O Direito foi essencial para a expansão do conceito de “cidadania” (MARSHALL, 1967), que ocorreu paulatinamente por meio de conquistas tanto no espaço privado (direitos civis) como no espaço público (direitos políticos), passando posteriormente a englobar os direitos econômicos, sociais e culturais. Mas, em muitos países, como o Brasil e os Estados Unidos, a validação desse conjunto de direitos não foi um processo linear, nem imune a contradições. A efetividade da cidadania (em sociedades em que todos cidadãos deveriam ter os mesmos direitos) fica prejudicada diante de uma ordem econômica e social profundamente desigual.

30 BOBBIO, 2004, p. 17.

31 BOBBIO, 2004, p. 32.

os direitos sociais e foram incluídas questões mais amplas relativas aos interesses da coletividade, configurando o que foi chamado de direitos de “segunda geração”³². Em seguida, se consolidou uma “terceira geração”, na qual os direitos humanos alcançam uma dimensão supranacional e difusa, ou seja, sua titularidade alcança todos os indivíduos integrantes da humanidade indistintamente, como é o caso da proteção ao meio ambiente e da paz entre as nações. Ele identifica, ainda, o surgimento de direitos de “quarta geração”, relativos aos impactos do progresso tecnológico e a questões éticas que emergem na atualidade: “Mas já se apresentam novas exigências que só poderiam chamar-se de direitos de quarta geração, referentes aos efeitos cada vez mais traumáticos da pesquisa biológica, que permitirá manipulações do patrimônio genético de cada indivíduo”³³. Também poderiam ser considerados como direitos de “quarta geração” aqueles relacionados com o acesso à internet, com a democratização da informação e com a garantia à privacidade numa sociedade cada vez mais informatizada e vigiada. O importante é que os direitos humanos devem ser entendidos como um conceito em evolução: começaram com os direitos de personalidade, mas foram muito além, definindo uma noção de dignidade humana, de solidariedade entre os povos e de patrimônios da humanidade.

Para Bobbio, “o problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de *justificá-los*, mas o de *protegê-los*. Trata-se de um problema não filosófico, mas político”³⁴. Nesse sentido, a proteção e efetivação dos direitos de todos os seres humanos (o que requer sua disseminação para um número cada vez maior de países) é condição necessária para o “desenvolvimento global da civilização humana”³⁵. Essa é uma questão que não pode ser tratada de forma isolada, tendo em vista as conexões com outras dimensões da transformação social em curso na era da globalização.

Conforme explicitou em alguns de seus escritos, essa transformação social ainda em curso traz consigo um rol cada vez mais extenso e complexo de direitos, os quais podem ser prontamente inscritos em normas e estatutos, mas que permanecem carentes de efetivação. Os direitos sociais

32 BOBBIO, 2004, p. 5.

33 BOBBIO, 2004, pp. 5-6.

34 BOBBIO, 2004, p. 23.

35 BOBBIO, 2004, p. 44.

são mais difíceis de serem efetivados do que os direitos de liberdade, porque dependem de políticas de bem-estar social e mecanismos de distribuição de renda. Essa discrepância entre norma e realidade denota os limites do positivismo jurídico, que ele próprio reconhece³⁶.

Também é importante ressaltar que Bobbio estabelece um claro divisor entre a esfera da vida pública e a esfera da vida privada, mas busca ao mesmo tempo evidenciar as conexões entre ambas. Nesse sentido, o respeito à alteridade e o exercício da tolerância constituem condições essenciais para a sobrevivência e progresso do mundo civilizado contemporâneo, mas não podem ser negligenciados os direitos à intimidade e à privacidade, que permitem equilibrar a garantia das liberdades individuais com a promoção dos interesses coletivos.

Bobbio dedica especial atenção à questão da tolerância, que surgiu na Europa com o problema da divisão do mundo cristão entre católicos e protestantes (aparece, primeiro, como liberdade religiosa), depois envolveu a afirmação de liberdades políticas (que são a base da democracia). No capítulo “*As razões da tolerância*”³⁷, explica que, na atualidade, há dois tipos de intolerância: a que se manifesta contra determinadas crenças e a que ocorre por causa de certas diferenças, por motivos físicos, sexuais, sociais. Enquanto a intolerância às crenças se origina da convicção de se possuir a verdade naquele assunto, a intolerância às diferenças se baseia no julgamento que coloca o observador em posição superior e agressiva ou discriminatória. O preconceito e a discriminação não são atitudes civilizadas, porque pressupõem o desrespeito à pessoa alheia. Há várias razões para o reconhecimento do valor da tolerância, em especial o respeito pelo outro, a compreensão, no plano do convívio cotidiano e no da vida política, de que o mundo é complexo e de que é preciso lidar com as alteridades. Ele diz que a tolerância é uma maneira de lidar com opiniões e verdades diversas e que é um desafio conviver com os diferentes, proteger as minorias, combater todas as formas de preconceito, num mundo multicultural e multidiverso. Mas, enfrentar esse desafio é a única opção, se o propósito é continuar avançando no progresso civilizatório.

36 BOBBIO, 2004, p. 60.

37 BOBBIO, 2004, p. 186 e ss.

4. Elias: o processo civilizador como condição para os direitos humanos

O sociólogo alemão Norbert Elias [1897-1990] buscou construir uma abordagem metodológica holística para entender como as sociedades modernas se configuram e como se transformam. Ele criticou abertamente o uso de modelos sociológicos baseados na imputação de funções pré-estabelecidas, recusando as interpretações que consideram o desenvolvimento da sociedade como um fenômeno linear inevitável e enfatizando a necessidade de uma análise processual que contempla tanto os processos de integração como os de diferenciação social. Argumentou que é preciso superar a antítese usualmente encontrada no debate sociológico, que opõe duas perspectivas: determinismo de normas e estruturas vs. liberdade da ação individual.

Na “sociologia figuracional” de Elias³⁸, o ponto de partida é a compreensão das figurações produzidas pelas relações de poder³⁹ entre indivíduos no âmbito das instituições ou fora delas. Para explicar como e por que uma figuração particular se metamorfoseia ou se cristaliza não são válidas explicações baseadas numa linha de causalidade, uma vez que no fluxo dos acontecimentos não é possível isolar fatores independentes, nem identificar uma causa inicial e seus efeitos subsequentes.

Em *Introdução à sociologia*, Elias postula que o estágio de desenvolvimento de uma civilização pode ser compreendido a partir de uma “tríade de controles básicos”⁴⁰: i) as possibilidades de domínio sobre o meio ambiente (“fenômenos naturais”); ii) o alcance da regulação das conexões interpessoais (“relações sociais”); e iii) o grau de autodomínio requerido dos indivíduos (“segunda natureza”). Nesse sentido, pode-se argumentar que a evolução das sociedades europeias desde a dissolução do Antigo Regime envolveu simultaneamente três dimensões entrelaçadas: uma dimensão econômico-tecnológica (como avança o controle do homem sobre a natureza e como

38 ELIAS, 1980.

39 É oportuno esclarecer que o conceito de “poder” na obra de Elias tem um sentido diferente daquele usado por cientistas políticos e por juristas. Por ser uma relação entre duas ou mais pessoas e entre grupos ou instituições, o poder é um atributo de conexões que se estabelecem em configurações sociais e se mantêm num equilíbrio instável de forças. O poder coercitivo exercido no cotidiano (mesmo que de modo informal) se reproduz quando há grupos ou indivíduos que monopolizam aquilo que os outros necessitam (comida, amor, segurança, conhecimento etc.), numa extensão proporcional ao tamanho ou prioridade de tais necessidades (GEBARA & LUCENA, 2011).

40 ELIAS, 1980, p. 171.

se altera o modo de produzir e distribuir os bens); uma dimensão político-jurídica (como a progressiva descentralização do poder encaminha o estabelecimento de uma ordem social liberal); e uma dimensão psicossocial (como se aprofunda o autocontrole entre indivíduos e se difundem hábitos civilizados entre diferentes grupos sociais). Esta terceira dimensão – a essência do processo civilizador – é inerente à formação e desenvolvimento das sociedades modernas⁴¹.

Em seu livro mais conhecido, *O processo civilizador*, Elias oferece uma visão interdisciplinar, bem articulada e documentada, de facetas que foram compondo a civilização ocidental. Ao estabelecer os principais nexos de sentido entre a formação e desenvolvimento de estruturas da sociedade (“sociogênese”) e a origem e evolução de estruturas da personalidade (“psicogênese”), demonstra que há correspondências evidentes entre fenômenos que costumam ser estudados de forma isolada, tais como o desenvolvimento tecnológico, a recorrente transformação das relações econômicas, a ampliação do ordenamento jurídico, a emergência de instituições políticas democráticas, o refinamento dos costumes de convivência e o autocontrole emocional dos indivíduos⁴².

Todos esses processos evidenciam um progresso das sociedades modernas (que ganha força na Europa e depois se difunde para outras regiões) na direção de um padrão civilizatório mais avançado. A urbanização, a industrialização e a burocratização das instituições devem ser entendidas, nesta perspectiva, como fenômenos de uma complexa evolução da sociedade marcada pelo entrelaçamento e interdependência entre indivíduos aparentemente isolados, em sintonia com uma crescente racionalização dos comportamentos sociais. Tal racionalização do modo de agir, sentir e se expressar é o fundamento do que ele denomina “processo civilizador”.

Para ele, o processo civilizador extrapola os mecanismos de coerção impostos por leis promulgadas por um Estado secular ou pelas regras rígidas de instituições públicas ou privadas, uma vez que também se apoia na difusão de normas informais de conduta social que inibem tanto as agressões físicas como as demonstrações espontâneas de sentimentos, conformando hábitos culturais e padrões de relacionamento que são internalizados pelos indivíduos e repetidos quase automaticamente. Portanto, a

41 ELIAS, 1980, p. 172.

42 ELIAS, 1993, Sinopse.

manutenção da ordem social e a promoção do progresso geral requerem mais do que o respeito às leis e regras vigentes, sendo necessário entender como se difunde um nível razoável de autocontrole nos indivíduos inseridos em figurações sociais.

Elias explica que, desde a formação da sociedade de corte e depois na sociedade burguesa, a necessidade de autodomínio dos impulsos (sexuais, agressivos, lúdicos etc.) conformou uma “segunda natureza” nos indivíduos, parte constitutiva da personalidade humana, resultando num repertório de condutas e formas de expressão forjado pela ação de instituições civilizatórias (família, escola, igreja, trabalho, esporte etc.), que incutem padrões morais e disciplinam os comportamentos.

Uma ressalva⁴³: embora tenha havido uma descentralização dos mecanismos de controle social, não houve uma distribuição equilibrada do poder (a balança de poder continuou pendendo mais para certos grupos e autoridades). O processo civilizador provocou o empoderamento daqueles que incorporaram os costumes civilizados e um sentimento de inferioridade entre a grande maioria que não acompanhou as mudanças e continuou “sem modos”, “incivilizada”. Na sociedade urbano-industrial as distâncias sociais são relativamente menores, mas grupos privilegiados desenvolveram novos hábitos sociais para refletir posições de prestígio e poder em sua comunidade, reproduzindo o mecanismo de diferenciação social.

É preciso ressaltar que seu objetivo era ultrapassar os cânones da sociologia convencional e construir uma teoria social que estimulasse novas reflexões sobre o mundo contemporâneo, conectando a leitura do cotidiano com a perspectiva da longa duração. Ainda que não seja um processo intencional, deliberadamente imposto, é possível atribuir um sentido às transformações observadas nas estruturas da personalidade em sinergia com as mudanças na sociedade de uma geração para outra, dando um significado histórico ao processo civilizador:

Mostramos como o controle efetuado através de terceiras pessoas é convertido, de vários aspectos, em autocontrole, que as atividades humanas mais animais são progressivamente excluídas do palco da vida comum e investidas de sentimentos de vergonha, que a regulação de toda a vida instintiva e afetiva por um firme autocontrole se torna cada vez mais estável, uniforme e gene-

43 ELIAS, 1993, pp. 210 e segs.; pp. 260 e segs.

ralizada. Isso tudo certamente não resulta de uma ideia central concebida há séculos por pessoas isoladas, e depois implantada em sucessivas gerações como a finalidade da ação e do estado desejados, até se concretizar por inteiro nos “séculos de progresso”. Ainda assim, embora não fosse planejada e intencional, essa transformação não constitui uma mera sequência de mudanças caóticas e não estruturadas.⁴⁴

Ainda que Elias – comparando com Durkheim e Weber – tenha dado pouco destaque na sua obra ao ordenamento jurídico e à emergência do Estado de Direito, reconheceu que o Direito desempenha um papel relevante na pacificação das tensões sociais e na configuração de relações de poder em diferentes contextos históricos. Mas, o que ele enfatizou, em *O processo civilizador*, foi como se tornou possível (e necessário) ultrapassar o âmbito do controle social (exercido por meio de coerções institucionalizadas) para alcançar um nível aceitável de autocontrole dos impulsos e das paixões humanas.

No século XIX, para que se consolidasse o Estado de Direito, a manutenção da ordem social teve de combinar mecanismos de coerção externa com a internalização de critérios que regem a conduta do cidadão responsável, o que requereu um nível maior de autocontrole. Para se tornarem portadores de direitos, os indivíduos tiveram de aceitar uma série de deveres – como obedecer à legislação e às deliberações da Justiça –, sem questionar o monopólio da tributação e do uso legítimo da violência pelo Estado. Mas, essa noção de cidadania só poderia se efetivar numa sociedade onde os indivíduos fossem educados para controlarem suas emoções e pudessem fazer escolhas de forma autônoma.

Para Elias⁴⁵, a sociedade é uma rede de relações abertas, uma configuração relacional complexa, que pode ser concebida como um imenso sistema de relações entre grupos e indivíduos interdependentes. Os indivíduos estão ligados uns aos outros, são dependentes uns dos outros. Nesse sentido, a sociedade pode ser compreendida como o entrelaçamento de interdependências formadas pelos indivíduos. Quanto mais diferenciada a sociedade, maior é o adensamento das interdependências, que permanecem funcionais à medida que acompanham as mudanças em andamento. Ele usa o

44 ELIAS, 1993, pp. 193-194.

45 ELIAS, 1980, pp. 140-145.

conceito de “configuração” para exprimir o caráter relacional da vida social e a forma dinâmica das interações humanas (de forma metafórica, como uma rede de jogadores interdependentes, que resulta num equilíbrio móvel de tensões). Assim, à medida que tais configurações se tornam mais complexas, mais diferenciadas, com mais jogadores, torna-se necessário adotar regras mais sofisticadas, aprimorar as normas (formais e informais) que buscam ordenar ou regular essas interdependências mais densas, com inúmeras pessoas interagindo em múltiplos planos.

Deve-se mencionar também que, ao longo do século XX, aumentou a interação entre indivíduos de distintas nacionalidades e cresceram as tensões no plano internacional. Em paralelo, foram criados novos mecanismos para manter a coesão social no nível local. Assim, foram se alterando os tipos de pressões exercidas sobre os indivíduos, dando novo caráter ao processo civilizador, mas tal processo avançou lentamente e a evolução social ocorreu de modo descontínuo e diferenciado entre as nações⁴⁶.

Nessa abordagem, a ampliação dos direitos humanos pode ser considerada como um processo que acompanha o fluxo de mudanças nas grandes configurações sociais e nas estruturas da personalidade. Em *A sociedade dos indivíduos*, Elias afirma que há sinais inequívocos de que as pessoas começam a se identificar com referências que ultrapassam as fronteiras nacionais, em especial a importância assumida pela vigência dos direitos humanos. Ele explica que se trata de estabelecer limites para a onipotência do Estado diante de cada cidadão e que os direitos humanos incluem um repúdio ao uso abusivo da força física. Gradualmente, vai ocorrendo uma transição para um nível novo e mais elevado de integração, no qual a humanidade se sobrepõe ao nível da nação e se torna a unidade predominante de sobrevivência, aprofundando o processo de individualização. Para isso, é preciso difundir certos direitos fundamentais:

Ao falar de direitos humanos, estamos dizendo que o indivíduo como tal, como membro da humanidade, está autorizado a ter direitos que limitem o poder do Estado sobre ele, sejam quais forem as leis desse Estado. Esses direitos são geralmente tidos como incluindo o direito de o indivíduo buscar moradia ou trabalho onde desejar, isto é, uma liberdade local ou profissional de movimentação. Outro conhecido direito humano é a proteção do indivíduo

46 ELIAS, 1980, pp. 183-187.

contra o aprisionamento pelo Estado, salvo quando legitimado por processos judiciais públicos.⁴⁷

Os avanços (ou recuos) do processo civilizador dependem da sustentação (ou erosão) do equilíbrio de poder entre as liberdades e direitos dos indivíduos, de um lado, e os poderes e deveres do Estado, de outro. Considerando que se trata de um processo de longa duração, a afirmação dos direitos humanos está ainda num estágio inicial: o estabelecimento de limites mais rígidos para o uso da violência por qualquer governo (não apenas contra as câmaras de tortura e campos de concentração, mas regrado a ação cotidiana dos policiais) e a proteção da dignidade humana para quaisquer minorias (por exemplo, contra a xenofobia e a homofobia) são conquistas que ainda vão demorar a serem garantidas na maioria das nações.

Em *Condição humana*, embora concorde com o emprego de meios diplomáticos para estimular o respeito aos direitos humanos e induzir o progresso civilizatório no conjunto da humanidade, Elias se posiciona contra o uso de meios violentos nas relações entre nações soberanas e questiona a ação imperialista dos EUA:

É bonito que a exigência de respeito pelos direitos humanos elementares encontre hoje mais audiência. Tal significa um fortalecimento da consciência humana, da simpatia e da compaixão dos homens uns para com os outros [...] É encorajador que o governo de um Estado militarmente tão poderoso como os Estados Unidos intervenha tão decididamente em defesa dos direitos do homem. Todavia, [...] por mais sérios que sejam estes objetivos, não nos podemos furtar à suspeita de que eles estejam a ser utilizados por este governo para, sobretudo, reforçar a sua pretensão a uma posição hegemônica entre os Estados do mundo.⁴⁸

Como o processo civilizador avança simultaneamente em diferentes planos de maneira não planejada, conectando distintas instâncias de poder, pode-se argumentar que, também para Elias, a consolidação de algo similar ao “Estado de Direito” em nível mundial é um passo necessário em direção à universalização de condutas civilizadas. Mas, tal civilidade não se

47 ELIAS, 1994, p. 189.

48 ELIAS, 1991, p. 91.

efetiva onde os cidadãos não possuem um nível razoável de autocontrole. Em adição, o reconhecimento internacional dos direitos humanos pode ser considerado como mais um degrau na lenta evolução civilizatória, mas a sua efetivação não é um resultado automático. E não há motivo para supor que o processo civilizador esteja conduzindo as nações para um padrão uniforme de sociabilidade ou apagando as identidades nacionais.

Por fim, é preciso enfatizar que o processo civilizador não é linear, nem inexorável. As duas guerras mundiais na primeira metade do século XX e a guerra ao terrorismo nas primeiras décadas do século XXI demonstram como a paz e o respeito à vida humana são frágeis. Ainda hoje, a violência contra minorias eclode cotidianamente, mesmo no mundo dito civilizado. Fazendo um paralelo com a ideia de “anomia social”⁴⁹ – quando as normas morais existentes não regulam as condutas dos indivíduos –, pode-se encontrar em Elias forte preocupação com surtos de violência física que rompem o pacto de convivência civilizada e podem inclusive fazer recuar o processo civilizador:

A civilização a que me refiro nunca está completada, e está sempre ameaçada. Corre perigo porque a salvaguarda dos padrões mais civilizados de comportamento e sentimento em sociedade depende de condições específicas. Uma destas é o exercício de autodisciplina, relativamente estável, por cada pessoa. Isto, por sua vez, está vinculado a estruturas sociais específicas. Estas incluem também, sobretudo, a resolução pacífica de conflitos intra-estatais – isto é, a pacificação social. Mas a pacificação interna de uma sociedade está sempre correndo perigo. Ela é ameaçada por conflitos tanto sociais quanto pessoais, que são atributos normais da vida humana em comunidade – os próprios conflitos que as instituições pacificadas estão interessadas em dominar.⁵⁰

5. Visões divergentes, preocupações convergentes proposições complementares

Sem dúvida, as proposições de Bobbio e Elias denotam diferentes interesses e sugerem diferentes desdobramentos, estando inseridas em debates acadêmicos e políticos de teores distintos. Mas, há em comum a preocupação

49 DURKHEIM, 1999, pp. 431-432.

50 ELIAS, 1997, p. 161.

com o padrão civilizatório predominante nas sociedades contemporâneas, embora as discussões no âmbito da Filosofia do Direito tendam a ser mais normativas, ao passo que nas Ciências Sociais as discussões se concentrem na compreensão da função das normas legais e da motivação das políticas públicas. Sem desconsiderar as diferenças epistemológicas, há motivos para apontar uma convergência entre as duas abordagens aqui expostas no entendimento de que a expansão dos direitos humanos pressupõe e, ao mesmo tempo, induz um padrão civilizatório mais avançado.

Evidentemente, pode-se questionar até que ponto a ação das instituições jurídicas colaborou, em cada país, na promoção de valores éticos “universais” e na difusão de mecanismos de autocontrole dos variados impulsos emocionais ou instintivos (pulsões), ou mesmo no condicionamento de formas impessoais de socialização. Mas, parece evidente que a obediência das normas legais exige um comportamento contido e racional, o qual constitui o fundamento de diferentes padrões de sociabilidade (principalmente na política e na economia, mas também na escola, no lazer e em outras atividades sociais), especialmente nas nações consideradas mais “civilizadas”.

Vale frisar que as instituições jurídicas, em geral, são permeáveis a distintas configurações sociais e não se manifestam de modo uniforme, uma vez que estão entranhadas no interior de cada sociedade e necessariamente refletem suas diversidades e especificidades. Desse modo, não deveriam ser entendidas como produto imediato de relações econômicas, ou como elementos externos às estruturas sociais, nem como ideologia ou instrumento das classes dominantes. O Direito pode ser melhor apreendido a partir de uma perspectiva abrangente, que considere toda a complexidade da estrutura social e ressalte as interdependências que se estabelecem na interação das instituições jurídicas com os demais componentes desse todo⁵¹.

As sucessivas ampliações dos direitos humanos exprimem um processo recorrente de expansão do escopo das proteções e de incorporação de novas dimensões de integração social, compatibilizando cada vez mais o olhar sobre as necessidades e anseios do indivíduo com a valorização dos nexos que mantêm a coesão da sociedade, indo em direção a uma configuração supranacional e abrangendo indistintamente todos os seres humanos. Por isso, a reflexão sobre o papel do Direito no processo de construção e

51 GRAU, 2002, pp. 21-22.

renovação da civilização contemporânea requer uma abordagem multidisciplinar, com a contribuição de juristas, historiadores, cientistas políticos, sociólogos e filósofos.

Tanto o posicionamento de Bobbio a respeito da importância dos direitos humanos para dar substância às democracias modernas como a interpretação de Elias sobre o sentido evolucionário (mas não linear) do processo civilizador evidenciam preocupação com questões que abrangem a humanidade, embora suas análises sejam focadas na Europa e na América do Norte. O diálogo entre as duas abordagens parece fértil, também, para explicitar a tensão entre a afirmação de princípios éticos gerais e a escolha individual de referências morais, assim como as fissuras e ameaças causadas por condutas coletivas que contradizem o atual padrão civilizatório.

Conjugando as duas visões, a ampliação e a maior abrangência dos direitos humanos podem ser entendidas como resposta não deliberada, desde meados do século passado, às transformações subjetivas na maneira de sentir e racionalizar o processo de construção de identidades sociais (lembrando que o lugar ocupado pelos indivíduos nas configurações existentes pode mudar e que há uma disputa incessante por *status*). Nesse sentido, a expansão de “direitos da personalidade” (Bobbio) pode ser lida sob a ótica da “evolução de estruturas da personalidade” (Elias). No presente estágio do processo civilizador ocidental, a maioria das pessoas adultas adota um modo de vida altamente individualizado, as relações de interdependência são tensionadas pela competição exacerbada e o espaço público se torna mais estreito, exigindo que sejam reinventadas as formas de ação e participação coletiva.

Convém ressaltar que Elias não concorda com a ideia de que o progresso civilizatório seja a expressão de uma superioridade cultural e que possa impor o modo de vida ocidental a outras nações. Ele explica⁵² que o conceito de “civilização” minimiza as diferenças nacionais entre os povos, ao passo que, em oposição, o conceito de “cultura” remete à identidade nacional – mas, um não anula o outro. Por sua vez, o entendimento de Bobbio a respeito dessa proposição não está explícito.

Embora muitos hábitos sociais estejam se globalizando e muitas normas jurídicas estejam se tornando fenômenos universais, a promoção dos direitos humanos não pode ser entendida como evidência de uma “civilização

52 ELIAS, 1990, p. 25.

global” e precisa ser compatível com um mundo “multicivilizacional”⁵³. Por isso, o ideário das Nações Unidas em prol dos direitos humanos reforça o princípio da igualdade e, ao mesmo tempo, reconhece o valor da diferença. Ou seja, assegura a todas as pessoas o direito de tratamento igualitário para evitar quaisquer mecanismos de discriminação ou inferiorização e, ao mesmo tempo, garante o direito de ser autêntico para evitar a descaracterização da identidade social. Enfim, para se generalizar, a promoção dos direitos humanos deve estar pautada numa “visão multiculturalista”⁵⁴.

Há divergência entre Bobbio e Elias no entendimento do papel desempenhado pelo Estado (e sua relação com os indivíduos). Daí emanam compreensões distintas sobre a possibilidade de um avanço civilizatório significativo a partir da eficácia das normas jurídicas e da adoção de políticas públicas centradas em ações afirmativas. Bobbio assume uma posição mais normativa (positivista), ao passo que Elias ajuda a entender as condições para a efetividade das normas em sociedades com distribuição assimétrica de poder.

A promoção efetiva dos direitos humanos, na visão de Bobbio, pressupõe que a exclusão social deve ser combatida, que os indivíduos precisam se integrar plenamente no todo social, num regime democrático, para que todos os cidadãos possam viver com dignidade e desenvolver suas potencialidades⁵⁵. Entretanto, no mundo contemporâneo – num contexto de intensos conflitos sociais provocados por fenômenos como a globalização econômica, a cultura de consumo, o esvaziamento das antigas utopias e o acirramento das intolerâncias étnicas e religiosas – há situações em que a efetividade dos direitos humanos ainda encontra muitos obstáculos, e isso é mais grave em países menos desenvolvidos, nos quais é elevada a assimetria de poder entre os grupos sociais. Por isso, os indivíduos não podem ser deixados à sua própria sorte e necessitam de um Estado Democrático de Direito que garanta liberdades concretas (e não apenas formais), por meio de políticas públicas, para que as pessoas tenham capacidade de agir no mundo, livres da opressão e de privações (individuais e coletivas).

53 Como argumenta Boaventura de Sousa Santos: “É sabido que os Direitos Humanos não são universais na sua aplicação. Serão os direitos humanos universais, enquanto artefato cultural, um tipo de invariável cultural ou transcultural, parte de uma cultura global? A minha resposta é não” (SANTOS, 2009, p. 13).

54 SANTOS, 2009. Esse ponto é bem explicado por BITTAR, 2009, pp. 90-91.

55 Essa visão deriva do “socialismo liberal” de Bobbio (OLIVEIRA, 2016).

Convém mencionar que o modo de proceder das instituições jurídicas contemporâneas tem relevância para a sustentação de uma cidadania substantiva. Num regime democrático, a resolução dos conflitos com base no consentimento de todos os interessados – o que implica o fim da arbitrariedade e da coerção nas questões que circundam a vida em comunidade – abre a possibilidade de avançar para um estágio superior de civilização a partir do “agir comunicativo”, que se fundamenta na construção de soluções consensuais por meio de uma “política deliberativa”⁵⁶. Dessa forma, é possível supor que as normas jurídicas possam ganhar uma efetividade maior, inclusive no campo dos direitos humanos, sem que isto exija uma exagerada centralização do poder nas mãos do Estado – entendimento compartilhado por Elias e Bobbio. Sem dúvida, é necessário um nível maior de autocontrole para que os indivíduos possam assumir maior responsabilidade na resolução de conflitos, mas também é essencial que os indivíduos tenham autonomia para se engajarem na vida pública e influenciarem na definição das políticas prioritárias adotadas pelos governos eleitos. Porém, as condições para o exercício de uma cidadania plena ainda permanecem restritas a uma minoria de países.

É preciso ressaltar que Bobbio e Elias, cada um à sua maneira, estão empenhados em oferecer argumentos racionais para o combate à violência e à opressão. Mas, o avanço da civilização também é requerido como condição para que as pessoas pertencentes a uma configuração social, num tempo e espaço definidos, possam tecer uma identidade social e conferir um sentido às suas vidas, num sistema valorativo estável. Para ser tolerante é preciso um elevado grau de autocontrole, é preciso formar uma personalidade individual coesa e se sentir integrado numa coletividade. E para ser efetiva, a tolerância deve ser cultivada em todas as instâncias sociais e se tornar parte constitutiva do *habitus* social. Só assim é possível criar condições favoráveis à construção de consensos que possam ter duração e relevância.

Sumarizando o argumento, embora as duas visões sejam divergentes em vários aspectos, alguns pontos de convergência permitem apontar uma complementaridade nas proposições destacadas neste artigo. Convém frisar a compreensão de que o poder coercitivo da lei é essencial para o avanço da civilização, mas só é plenamente efetivo na regulação da conduta dos indivíduos quando reforçado por regras morais (incutidas pela educação

56 HABERMAS, 2003, cap. VII, pp. 45-47.

religiosa ou transmitidas pela educação laica) e por uma cultura da tolerância (disseminada pelos meios de comunicação de massa e compartilhada por diversos estratos da população). Ademais, é muito variado e incerto o modo como as instituições jurídicas afetam os hábitos sociais e a sociabilidade dos indivíduos em cada nação.

6. O problema da baixa efetividade dos direitos humanos no Brasil contemporâneo

Apesar da grande maioria dos estados-membros das Nações Unidas já terem ratificado as duas principais convenções internacionais sobre os direitos humanos, estas são apenas diretivas gerais que não oferecem a garantia de tais direitos em âmbito nacional ou internacional. Para enfatizar esse ponto, Bobbio faz um alerta em referência à distância existente entre a ratificação de uma convenção e a proteção efetiva:

“Os direitos do homem constituem hoje em dia um novo *ethos* mundial”. Naturalmente, é necessário não esquecer que um *ethos* representa o mundo do dever ser. O mundo real nos oferece, infelizmente, um espetáculo muito diferente. À visionária consciência a respeito da centralidade de uma política tendente a uma formulação, assim como a uma proteção, cada vez melhor dos direitos do homem corresponde a sua sistemática violação em quase todos os países do mundo, nas relações entre um país e outro, entre uma raça e outra, entre poderosos e fracos, entre ricos e pobres, entre maiorias e minorias, entre violentos e conformados. O *ethos* dos direitos do homem resplandece nas declarações solenes que permanecem quase sempre, e quase em toda parte, letra morta.⁵⁷

Há inúmeros exemplos de como o desrespeito aos direitos humanos tem provocado indignação e perplexidade em diferentes lugares do planeta, confirmando que esse *ethos* está em formação e que o processo civilizador contribuiu para uma maior sensibilidade diante de ações que agridem a dignidade do ser humano, exigindo ações das autoridades competentes para que não se repitam.

Talvez a situação mais dramática, na atualidade, seja retratada pelos horrores da longa guerra civil na Síria, que já causou mais de 400 mil

57 BOBBIO, 2004, p. 210.

mortos e provocou o êxodo de mais de 5 milhões de pessoas no período 2011-2016. As imagens das vítimas chocaram a opinião pública internacional, em especial quando houve uso de armas químicas, algo totalmente inaceitável numa ordem social “civilizada”. Mas, esse drama afeta também outros povos no Oriente Médio e na África: dezenas de milhões de pessoas fugiram de perseguições políticas, de guerras, de grupos terroristas ou da fome. Os refugiados sírios são apenas uma parte de um fenômeno que as Nações Unidas consideram ser a pior crise humanitária do século XXI.

Por outro lado, as demonstrações de xenofobia contra refugiados e a discriminação contra negros, muçulmanos e migrantes pobres, em países europeus e nos Estados Unidos, comprovam que não é fácil sustentar um padrão de convivência baseado no respeito e na tolerância, que não é simples educar as pessoas para um convívio civilizado. Portanto, além de ser evidente que as Nações Unidas não conseguem criar e manter uma cultura de paz em nível mundial⁵⁸, também é evidente que, mesmo nas nações que modelaram a civilização contemporânea – nas quais o grau de autocontrole dos indivíduos contribui para que as normas jurídicas sejam eficazes – os direitos humanos não são plenamente efetivos.

No Brasil, nação multicultural e profundamente desigual, a questão da baixa efetividade dos direitos humanos é complexa e tem várias nuances. Tomando como referência as proposições de Bobbio e Elias, é oportuno fazer apontamentos para estimular reflexões.

Os direitos humanos estão inscritos na Constituição Federal de 1988, que consagra o princípio da dignidade da pessoa humana, assegurando em seu artigo 5º o direito à vida, à privacidade, à igualdade, à liberdade, à segurança e à propriedade. Esses direitos fundamentais (que são divididos em direitos individuais, coletivos, difusos e de grupos) são complementados pelo artigo 6º, dedicado aos direitos sociais: educação, saúde, trabalho, moradia, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e à infância, assistência aos desamparados. Esse conjunto de direitos forma a base jurídica para uma cidadania plena. De fato, o Brasil é um dos países com o mais completo ordenamento jurídico em relação aos direitos humanos.

Contudo, tais direitos são efetivos apenas para uma parcela da população, uma vez que impera no País uma enorme desigualdade social,

58 Note-se que, para Elias, “[...] os movimentos terroristas representam movimentos regressivos no contexto do processo civilizador. Eles têm um caráter anticivilizador” (ELIAS, 1997, p. 251).

responsável pela existência de diversos grupos vulneráveis, privados de vida digna, expostos cotidianamente à violência, à discriminação, à segregação ou à humilhação, e com dificuldade de acesso à Justiça. Assim, observa-se um quadro crônico de violação de direitos humanos, que parece ter piorado em 2016-2017⁵⁹.

Exemplos de grave desrespeito a direitos humanos ainda são frequentes, no Brasil: moradores de rua incendiados por adolescentes drogados; índios assassinados por jagunços de proprietários rurais; adolescentes negros vítimas de violência policial; crianças recrutadas pelo tráfico de drogas e impedidas de estudar; traficantes chacinados por milícia paga por moradores aterrorizados; detentos confinados em presídios superlotados e tratados como bichos; travestis e homossexuais agredidos nas ruas por gangue homofóbica; imigrantes trabalhando em condição análoga à de escravo; pessoas doentes não atendidas ou maltratadas em hospitais públicos; famílias desalojadas de suas casas por causa de desastre ambiental. Há, também, cenas cotidianas que mostram a fragilidade das instituições civilizatórias no País: crianças vítimas de agressão doméstica; calouros vítimas de trote humilhante na universidade; mulheres vítimas de estupro acusadas de provocar a ocorrência; motoristas bêbados linchados após atropelamento de pedestres; torcedores uniformizados agredidos covardemente por causa de rivalidade no futebol.

Apesar de um ordenamento jurídico avançado, a impunidade é a regra (e não a exceção) no caso das violações de direitos humanos no Brasil, segundo o Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas⁶⁰. E, seguindo a argumentação de Bobbio, essa é uma das principais razões para a reprodução de comportamentos que contrariam as normas de sociabilidade numa nação civilizada.

Não se pode dizer que o Estado brasileiro tem sido omissivo, ou que suas ações não têm eficácia alguma. Nas últimas duas décadas, o governo federal se comprometeu com o combate a tais violações e a promoção de mudanças de mentalidade e conduta na população⁶¹. A partir de 1996,

59 ANISTIA INTERNACIONAL, 2017, pp. 82-87. Os indicadores de segurança pública mostram que a violência no País se agravou na década de 1990. Por exemplo, a taxa de mortes por agressão saltou de 22,2 para 28,3 por 1.000 habitantes entre 1990 e 2013.

60 Conforme matéria publicada no portal UOL: “Impunidade é a regra no Brasil”, diz ONU”. UOL Notícias, 08 de março de 2016.

61 VANNUCHI, 2013.

com a criação do Programa Nacional de Direitos Humanos (em virtude de orientação das Nações Unidas e da pressão de movimentos sociais denunciando episódios cotidianos de desrespeito a direitos fundamentais, inclusive por agentes públicos), foram adotadas várias políticas específicas nesse campo, que resultaram em avanços na promoção dos direitos humanos no Brasil. Em 2003, foi conferido status de ministério à Secretaria Especial dos Direitos Humanos e foram criadas a Secretaria Especial de Políticas de Promoção da Igualdade Racial e a Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres. Um marco importante nessa trajetória foi o Plano Nacional de Educação em Direitos Humanos, lançado no final de 2003, que teve o propósito de contribuir na construção de uma cultura voltada ao respeito aos direitos da pessoa humana. Por sua vez, a Lei Maria da Penha, sancionada em 2006, tornou-se a principal referência no enfrentamento da violência contra a mulher. Outros marcos merecem ser mencionados: a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, que entrou em vigor em 2008 e deu origem ao Estatuto da Pessoa com Deficiência, instituído em 2015; o Plano Nacional de Promoção da Cidadania e Direitos Humanos LGBT (lésbicas, gays, bissexuais, travestis e transexuais), apresentado em maio de 2009; o Estatuto da Igualdade Racial, promulgado em 2010; e a aprovação de uma nova Lei da Migração, em 2017.

A principal demonstração de que se formulou uma política de Estado nesse campo foi a aprovação, em dezembro de 2009, da terceira versão do Programa Nacional de Direitos Humanos, que ampliou significativamente o seu escopo e seus compromissos. O PNDH-3 foi estruturado em seis eixos orientadores⁶²: i) interação democrática entre estado e sociedade civil; ii) desenvolvimento e direitos humanos; iii) universalizar direitos em um contexto de desigualdades; iv) segurança pública, acesso à justiça e combate à violência; v) educação e cultura em direitos humanos; vi) direito à memória e à verdade.

As políticas propostas nos PNDH, as ações executadas por órgãos do poder público (em especial o Ministério Público), as denúncias de assédio moral no trabalho e as campanhas educativas na mídia para inclusão de minorias são necessárias para a disseminação de padrões civilizados de convivência, a generalização do repúdio a condutas que violam a dignidade de outras pessoas e a prevalência de uma sociabilidade baseada no

62 SEDH/PR, 2010.

entendimento e na tolerância. Porém, os seus efeitos são graduais e uma mudança mais significativa parece requerer o empenho de várias gerações, ao longo de décadas.

O respeito às leis vigentes e a aversão a comportamentos violentos ou intolerantes reforçam condutas civilizadas. No Brasil, os meios de comunicação de massa têm divulgado campanhas de prevenção de acidentes de trânsito, combate à discriminação racial, combate à violência doméstica, aceitação da diversidade de gênero, mas tais condutas ainda não se difundiram no conjunto da população como *habitus* social internalizado nos indivíduos – utilizando a terminologia de Elias.

É notória a necessidade de educar as pessoas para o respeito aos direitos humanos. Por exemplo, uma pesquisa de opinião realizada na década passada apontou que 39% dos brasileiros apoiavam a violência sexual contra estupradores na cadeia; 36% eram favoráveis a que a polícia batesse em presos como forma de obter a confissão; 27,5% dos entrevistados apoiavam o linchamento em caso de crime muito grave; e 29,5% consideravam aceitável o assassinato de ladrões pela polícia após a prisão. Ou seja, no caso de crimes considerados muito graves, a aplicação da “lei de talião” era aceita por parcela expressiva da população entrevistada. Por sua vez, aqueles que não concordavam em nenhuma circunstância com essas formas de “administração da justiça” correspondiam a apenas 46% dos entrevistados⁶³. Nesse sentido, pode-se dizer que a Comissão Nacional da Verdade, criada em 2012, poderia ter desempenhado um caráter educativo, contribuindo para o repúdio à tortura e ao uso abusivo de força por policiais, mas ganhou pouca visibilidade na mídia.

Algumas ações para garantir o respeito aos direitos humanos requerem uma mudança na forma de operar das instituições públicas, como é o caso da criação de “Unidades de Polícia Pacificadora”. A estratégia de pacificação de favelas no Rio de Janeiro, a partir de 2008, pode ser vista como uma tentativa de estabelecer uma cultura de paz fundada no diálogo do Poder Público com os cidadãos. A proposta era trocar as invasões armadas da polícia na comunidade pelo combate sistemático da criminalidade no cotidiano, gerando maior proximidade e buscando a prevenção de conflitos por meio da construção de soluções negociadas pacificamente. Entretanto, os efeitos produzidos foram efêmeros. Uma mudança cultural na direção

63 SÁ E SILVA; LOPEZ & PIRES, 2010, cap. 14, p. 464.

desejada seria mais provável se houvesse a legalização do uso de drogas e mudança expressiva nas condições de vida da população (eliminação da pobreza, redução das desigualdades sociais, integração urbana, acesso a serviços públicos de qualidade).

O crime organizado prospera quando a atuação do Estado é falha ou está corrompida, gerando maior violência. A chacina ocorrida no Complexo Penitenciário Anísio Jobim, em Manaus, no início de 2017, que causou 56 mortes em virtude de confronto entre facções criminosas, colocou em evidência uma das facetas mais perversas no terreno das violações cotidianas dos direitos humanos no Brasil. O problema não se limita ao sistema penitenciário, ficando evidente a incapacidade do Estado em estabelecer políticas públicas adequadas a situações de alta complexidade no campo da segurança pública⁶⁴.

O avanço em outras frentes depende diretamente do combate à impunidade. Podem ser citadas duas iniciativas nesse sentido: a alteração no Código de Trânsito Brasileiro, que tornou mais severas as punições aos condutores que desrespeitam regras de segurança e causam acidentes; o indiciamento pelo Ministério Público de torcedores de futebol acusados do crime de injúria racial. Mas, há temas mais polêmicos, tais como a criminalização da homofobia na reforma do Código Penal e a proibição de encontro de torcidas adversárias no estádio em jogos entre times de futebol da mesma cidade. Em geral, a punição é necessária, mas não suficiente, diante de comportamentos transgressores.

Ainda que neste artigo não seja possível aprofundar a discussão sobre os direitos humanos no Brasil contemporâneo, o diálogo com Bobbio e Elias permite levantar algumas hipóteses com o propósito de estimular novos questionamentos:

i) O processo civilizador não avançou na sociedade brasileira após a aprovação da Constituição Federal de 1988. Houve conquistas (ainda incipientes) no campo da afirmação dos direitos de grupos sociais específicos, mas houve também retrocessos no que diz respeito à segurança pública.

Embora tenha se estabelecido uma ordem constitucional democrática fundada na garantia de um conjunto amplo de direitos individuais e coletivos, essa proteção formal não propiciou um avanço efetivo no que se refere ao controle da violência ou à pacificação das relações pessoais,

64 LIMA; BUENO & MINGARDI, 2016.

conforme comprova o número elevado de mortes violentas no País (mais de 61 mil registros em 2016). A violência aumentou nos grandes centros urbanos e continua muito presente no meio rural. Não podem ser negadas as conquistas de movimentos em defesa de grupos vulneráveis, tais como as mulheres, os negros, os homossexuais, as pessoas com deficiência. Mas, há ainda um longo caminho a percorrer nesse terreno.

ii) *Parcela expressiva da população tem alguns de seus direitos violados com frequência no Brasil em razão da impunidade e da desigualdade social.*

O baixo risco de punição no caso de violações dos direitos humanos enfraquece o poder das normas jurídicas, ao passo que a enorme desigualdade social gera um desequilíbrio de poder que dificulta o exercício da cidadania e a generalização do tratamento igualitário como regra válida para todos. Além disso, pode-se supor que a reprodução da desigualdade dificulta a percepção das relações de interdependência e reforça distúrbios psicossociais, tais como o preconceito e o complexo de inferioridade, que acarretam desvios de conduta baseados em menosprezo, intolerância, indiferença, exploração e revolta.

iii) *O Estado brasileiro tem contribuído muito pouco para o desenvolvimento de uma cultura da tolerância e para consolidar um padrão civilizatório mais elevado.*

A tímida promoção dos direitos humanos pelo governo federal não é capaz de produzir mudanças nos hábitos sociais nem de fortalecer mecanismos de solução de conflitos por meio do diálogo e da negociação. É necessária a articulação sinérgica de um leque abrangente de políticas públicas com a finalidade de redução substantiva das desigualdades sociais e de eliminação das privações que limitam a capacidade de ação dos indivíduos. Também é preciso patrocinar campanhas permanentes de conscientização nos meios de comunicação. E, principalmente, é necessário que a Polícia e a Justiça tratem de forma igualitária os cidadãos, em vez de alimentarem o sentimento de que os ricos são protegidos e apenas aos pobres se aplicam os rigores da lei.

iv) *Uma maior efetividade dos direitos humanos não depende apenas da adequada intervenção do Estado.*

O poder coercitivo da lei só é plenamente efetivo na regulação da conduta dos indivíduos quando reforçado por regras morais compartilhadas nos diversos espaços de sociabilidade. Portanto, qualquer esforço nesta direção não pode ficar restrito às instituições governamentais, sendo fundamental

o engajamento de todas as instituições sociais que podem contribuir para internalizar condutas civilizadas nas crianças, nos jovens e mesmo nos adultos (em especial, as escolas e universidades, as igrejas, a mídia, os sindicatos, os movimentos populares, as federações esportivas, os clubes de futebol e as academias de artes marciais).

Concluindo, a efetivação dos direitos humanos pode ser considerada uma condição para a consolidação da democracia e para a solução pacífica de conflitos no Brasil. E, inversamente, também se pode afirmar que a fragilidade da democracia e a elevada concentração da riqueza e do poder estão entre os principais motivos para a baixa efetividade dos direitos humanos no País, o que bloqueia o avanço em direção a um padrão civilizatório mais elevado.

Referências

- ANISTIA INTERNACIONAL. *Informe 2016/17: O estado dos direitos humanos no mundo*. Rio de Janeiro: Anistia Internacional Brasil, 2017.
- BITTAR, Eduardo C. B. “Cosmopolitismo e direitos humanos”, in E. C. B. Bittar (org.) *Direitos humanos no século XXI: cenários de tensão*. Rio de Janeiro: Forense Universitária; São Paulo: ANDHEP, 2009.
- BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. São Paulo: Ícone, 1995.
- _____. *Teoria geral da política*. Rio de Janeiro: Ed. Campus, 2000.
- _____. *Teoria da norma jurídica*. Bauru: Edipro, 2001.
- _____. *A era dos direitos*. Nova edição, Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
- BOWDEN, Brett. (2012), “Politics in a world of civilizations: long-term perspectives on relations between peoples”. *Human Figurations*, 1 (2), July, 2012.
- BURKE, Peter. *O que é história cultural?* 2ª edição, Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008.
- CICCO, Claudio de. *História do pensamento jurídico e da filosofia do direito*. 4ª edição, São Paulo: Saraiva, 2009.
- COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 3ª edição, São Paulo: Saraiva, 2003.
- COULANGES, Fustel de. *A cidade antiga*. São Paulo: Martin Claret, 2006.

- DURKHEIM, Émile. *Da divisão social do trabalho*. 2ª edição, São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- ELIAS, Norbert. *Introdução à sociologia*. Lisboa, Edições 70, 1980.
- _____. *O processo civilizador: uma história dos costumes*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1990.
- _____. *Condição humana: considerações sobre a evolução da humanidade*. Lisboa: Difel; Rio de Janeiro: Bertrand Brasil. (Coleção Memória e Sociedade), 1991.
- _____. *O processo civilizador: formação do estado e civilização*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1993.
- _____. *A sociedade dos indivíduos*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1994.
- _____. *Os alemães: a luta pelo poder e a evolução do habitus nos séculos XIX e XX*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1997.
- GEBARA, Ademir & Lucena, Ricardo. “Norbert Elias, poder e cotidiano”. *Revista da Alesde*, 1 (1): 56-66, 2011.
- GRAU, Eros. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. São Paulo: Malheiros, 2002.
- HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. 2ª edição, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.
- HUNTINGTON, Samuel. *O choque de civilizações e a recomposição da ordem mundial*. Rio de Janeiro: Objetiva, 1997.
- LAFER, Celso. *Norberto Bobbio: trajetória e obra*. São Paulo: Perspectiva, 2013.
- LIMA, Renato S. de; BUENO, Samira & MINGARDI, Guaracy. “Estado, políticas e segurança pública no Brasil”. *Revista Direito GV*, 12 (1): 49-85, 2016.
- MARSHALL, Thomas H. *Cidadania, classe social e status*. Rio de Janeiro: Zahar, 1967.
- NUNES, Rizzatto. *Manual de filosofia do direito*. 2ª edição, São Paulo: Saraiva, 2009.
- OLIVEIRA, Samuel Antonio Merbach de. *O socialismo liberal na filosofia de Norberto Bobbio*. Jundiaí: Paco Editora, 2016.
- PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 15ª edição. São Paulo: Saraiva, 2015.
- POLANYI, Karl. *A grande transformação: as origens de nossa época*. Rio de Janeiro: Campus, 1980.
- REALE, Miguel. “Legados de Norberto Bobbio”. *Revista Brasileira, Academia Brasileira de Letras fase vii*, 10 (40): 131-134, 2004.

- SÁ E SILVA, Fábio; Lopez, Felix & Pires, Roberto (Eds.). *Estado, instituições e democracia: democracia*. Brasília: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, 2010.
- SANTOS, Boaventura de S. “Direitos humanos: o desafio da interculturalidade”. *Revista Direitos Humanos*, Secretaria Especial dos Direitos Humanos, 1 (2): 10-18, 2009.
- SEDH/PR. *Programa Nacional de Direitos Humanos (PNDH-3)*. Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República, 2010.
- VANNUCHI, Paulo. “Direitos humanos e o fim do esquecimento”, in Emir Sader (org.), *10 anos de governos pós-neoliberais no Brasil: Lula e Dilma*. São Paulo, Boitempo, 2013.

Recebido em 7 de setembro de 2017.

Aprovado em 18 de novembro de 2017.

O poluidor-pagador: uma nova análise de um princípio clássico

Polluter pays principle: a new analysis of a classical principle

Roberto Muhájir Rahnemay Rabbani*

Universidade Federal do Sul da Bahia, Itabuna-BA, Brasil

1. Introdução

A crise econômica global teve início nos anos 2000, com a criação de hipotecas de alto risco nos Estados Unidos da América, que criou uma bolha econômica¹ que veio a estourar em 2007, acarretando a crise econômica de 2008-2009². No Brasil, após um longo período de instabilidade e baixa atividade econômica, de 2004 a 2008 houve um crescimento na economia acompanhado de uma baixa inflação, com a liquidação da dívida externa e o aumento das reservas internacionais³. A recessão econômica inicia-se em 2014 como rombo nas contas públicas, ocasionado pelos gastos maiores que as arrecadações⁴. Em 2016, as despesas do setor público superaram as receitas dos tributos (déficit primário) em 155,791 bilhões. Em um conglomerado de acontecimentos, em que se identificam fatores como a crise política, denúncias de corrupção, operação Lava Jato, desemprego, inflação, rebaixamento da classificação do crédito no Brasil e a especulação maciça de estrangeiros, que repatriaram seus capitais com a normalização de seus mercados originários, acarretando o aumento do dólar no início de 2016.

* Doutor em Direito pela Universidade de Santiago de Compostela, Espanha (USC). Mestre em Fiscalidade Internacional e Comunitária pela USC. Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Sergipe (UFS). Professor Adjunto do Curso de Direito da Universidade Federal do Sul da Bahia (UFSB). E-mail: roberto-rabbani@gmail.com.

1 SOROS, 2007.

2 KOTZ, 2009; PRASAD; SORKIN, 2009.

3 ARESTIS; BALTAR; PRATES, 2016, pp. 157-174.

4 FERRARI-FILHO, 2014, p. 513 e ss.

A economia acaba se tornando um gerador de desigualdades socioeconômicas, que culminam na acumulação de capital em setores econômicos específicos e voláteis em um mundo cibernético e globalizado. As sociedades se tornam vítimas de uma ideologia dominante⁵ e é a natureza que arca com os custos dessa devastação⁶. Este cenário enquadra-se no conceito de “sociedade de risco” de Ulrich Beck⁷. O autor destaca que o termo “risco” é algo presente, provável e que deve ser enfrentado. O “risco” nas sociedades atuais não é um evento atípico, mas algo que se deve aprender a conviver: está sempre presente. Assim, a sociedade tem que buscar uma compatibilidade entre a sobrevivência e os direitos humanos, dentro de “riscos” que foram criados pelos próprios seres humanos. É justamente nesse aspecto que emerge a exigência em proteger o meio ambiente, como forma de suprir as necessidades antrópicas, sem esquecer do “risco” existencial que pode advir da escassez e devastação irremediáveis dos recursos naturais. Os “riscos” produzidos pela sociedade industrial acarretam questões globais, que não se traduzem apenas em problemas ambientais, mas em uma crise institucional com significado político: o conflito ecológico gira, por um lado, em torno de lucros, prosperidade e bens de consumo, e, por outro lado, perdas, devastação e ameaças⁸.

Nesse sentido, limitar as atividades poluentes não é uma questão fácil, especialmente em épocas de crise, em que qualquer fator que implique no aumento dos preços não é necessariamente bem-vindo. A saída seria desenvolver formas mais sustentáveis de produção e consumo, o que a professora Alexandra Aragão denomina de “pagar para não poluir”⁹. É justamente neste aspecto que o presente trabalho busca uma revisão do clássico princípio do poluidor-pagador, buscando, através de um estudo comparado, incorporá-lo às demandas nacionais, mesmo em tempos de retração econômica.

O princípio do poluidor-pagador busca evitar que os custos da contaminação sejam atribuídos a toda a sociedade, concentrando esta imputação ao sujeito poluidor. Essa teoria da atribuição dos custos da poluição e danos ambientais aos seus causadores teve origem a partir da década de 1920

5 BOURDIEU; BOLTANSKI, 2009.

6 RABBANI, 2017b, pp. 210-229.

7 BECK, 2011.

8 BECK, 1995, pp. 2; 127.

9 ARAGÃO, 2015, pp. 13-23.

com a teoria econômica de Pigou, que evoluiu até se tornar um princípio consubstanciado no universo jurídico por meio do denominado princípio do poluidor-pagador. As teorias econômicas de atribuição de custos possuem uma essência meramente dirigida à busca pela compensação dos custos que a sociedade têm em permitir que certos agentes façam uso do meio ambiente, determinando que os recursos naturais que outrora não possuíam um valor comercial passem a integrar os bens públicos dentro do comércio, isto é, passam a atribuir ao meio ambiente um valor econômico.

A evolução destas teorias e sua aceitação política fez com que surgisse o princípio do poluidor-pagador, que não se restringiu apenas ao seu aspecto econômico, mas progrediu de tal forma que passou a ser consagrado como um princípio muito mais amplo, incorporando inclusive a prevenção e precaução dos danos ambientais. Portanto, passou a englobar não somente a designação econômica, mas também as regulamentações, sanções e o poder de polícia em geral¹⁰. Nesse panorama, o princípio do poluidor-pagador, apesar de ter sido projetado como uma concretização dos direitos inerentes ao homem e das teorias econômicas, pode ser implementado por diversos meios, seja através de intervenções diretas (*e.g.*, medidas administrativas, sanções ou reparação civil), seja através de instrumentos indiretos (*e.g.*, os tributos) e híbridos (*e.g.*, comércio de emissões).

Assim, a estrutura do presente trabalho estará dividida em quatro partes. Primeiramente, será analisada a origem do princípio do poluidor-pagador nas teorias econômicas. Posteriormente, será verificado como estas teorias econômicas foram evoluindo e passaram a ser aceitas no plano internacional como um princípio universal do Direito. Em seguida, o princípio do poluidor-pagador será verificado segundo sua aceitação e normatização na Espanha e no Brasil, através de um estudo comparativo. Finalmente, nas conclusões, será feita uma renovada interpretação do clássico princípio do poluidor-pagador, demonstrando sua importância, inclusive em economias em crise.

2. Os modelos econômicos e a origem do princípio do poluidor-pagador

Os modelos econômicos surgiram como fundamento da atribuição dos custos aos poluidores, portanto, sendo a base do princípio do poluidor-pagador,

10 RABBANI, 2016, p. 3 e ss.

bem como para os instrumentos econômicos, em especial para a tributação ambiental. Foram justamente as ideias dos economistas que vieram a evoluir e desenvolver até se consubstanciar no universal princípio-guia do poluidor-pagador, tão proclamado e defendido nas últimas décadas¹¹.

De acordo a ciência da economia ambiental, o problema da degradação ambiental é relevado porque os bens ambientais são considerados de natureza pública¹². Assim, na economia, os *bens públicos* são aqueles cuja utilização pelo indivíduo não reduz a possibilidade de seu uso pelos demais, não existindo a competição. Portanto, não é possível o seu racionamento mediante um sistema de controle (*e.g.*, preços, fiscalização), ou seja, não há exclusão. Com isso, os economistas distinguem entre a riqueza privada e riqueza comum, determinando que a riqueza privada se origina através do trabalho individual ou coletivo, ao passo que a riqueza comum tange ao que é fornecido pela natureza.

Nessa esteira, a questão ambiental é influenciada pelas *externalidades*, que podem ser definidas como todo impacto de uma decisão sobre aqueles que não participaram desta deliberação¹³. Estas externalidades podem ser negativas ou positivas. A sua qualificação como “negativa” designa os prejuízos que essa decisão acarreta na produção ou consumo. Ou seja, é a relação de custo-benefício em que o exercido por um agente econômico atinge aos demais, sem que estes tenham oportunidade de impedi-los ou a obrigação de pagá-los. Em outras palavras, a externalidade é negativa quando acarreta custos para os demais agentes, *e.g.*, uma fábrica que contamina a água, afetando o abastecimento de uma cidade. Em sentido contrário, a externalidade é considerada positiva quando os demais agentes são involuntariamente beneficiados, *e.g.*, os investimentos do governo na infraestrutura e equipamentos públicos.

O problema ambiental existe porque as externalidades negativas realizadas pelos poluidores causam degradação ambiental, que em termos econômicos é designado como uma ineficiência ou *falha de mercado*¹⁴, ou seja, a atividade realizada por um agente econômico reduz as possibilidades de produção ou consumo por outrem, sem que se realize qualquer compensação por estes prejuízos.

11 RABBANI, 2017b.

12 DIEKERT, 2017, pp. 30-49.

13 GAGO RODRÍGUEZ; LABANDEIRA VILLOT, 1999.

14 BATOR, 1958, p. 351-379; BAULMOL, OATES, 1982, p. 17.

Nesse sentido, os *custos sociais* são as consequências negativas e danos resultantes de atividades produtivas ou consumistas que oneram a outras pessoas ou à comunidade, e pelas quais os empresários e consumidores não se consideram responsáveis. Contudo, para que a ineficiência ou falha de mercado seja considerada um custo social, segundo Kapp, devem concorrer as seguintes características: a) deve haver a possibilidade de evitá-los; b) devem surgir no decurso de uma atividade produtiva; e c) devem ser suscetíveis de ser transferidos para terceiros ou à comunidade como um todo¹⁵. Portanto, a poluição ambiental integra o conceito de custo social, devendo ser qualificada como uma externalidade negativa¹⁶.

Na contabilidade do empresário privado somente entram aqueles fatores pelos quais se tem que pagar um preço, enquanto outros fatores, tais como os danos derivados da indústria, não entram em sua contabilidade e são considerados entre os custos sociais gerais¹⁷. Nesse sentido, a poluição ambiental provoca custos sociais de cunho econômico, o que em teoria permite sua quantificação. Portanto, qualquer que seja a forma de poluição ambiental (ar, água, solo etc.), deverá ser assumida pelo agente causante, e não pela sociedade em geral, pois, devido à crescente demanda, cada vez mais será maior a perda social. Nesse sentido, a qualificação das externalidades negativas é um dos mais urgentes problemas da sociedade moderna¹⁸.

Nesse contexto, Pigou¹⁹ propôs a subjetivação e internalização dos custos sociais ambientais por meio da tributação, denominado de *tributo ambiental ótimo ou tributo corretor pigouviano*. Em seu modelo, esquematizou que a empresa sempre tenta produzir até o limite em que ganha algum benefício por sua produção, sem se importar que esse seja o nível maior de poluição degradante.

Utilizando a teoria da produção ótima para empresa, em que o benefício marginal privado (BMP) iguala o custo marginal privado (CMP), o autor sugere o nível ótimo de poluição ou emissões, no qual a produção se limita até o ponto em quem o BMP é igual ao custo marginal externo

15 KAPP, 1966, p. 30.

16 TIETENBERG; LEWIS, 2016, pp. 25-26.

17 LANGUE, 1938, pp. 103-104.

18 KAPP, 1966, p. 36.

19 PIGOU, 1920.

(CME), ou seja, o custo que a sociedade arca pelas atividades poluentes. Isso permitiria com que tanto a empresa, como a sociedade se beneficiassem. Para tanto, Pigou propõe que sejam identificados os CME e que estes sejam somados ao preço de mercado do produto, representando assim o preço social deste, para que com isso o interesse individual do poluidor não ocasione uma perda geral do bem-estar.

Não obstante, a complexidade administrativa da “imposição pigouviana” está diretamente associada à quantificação do custo social, visto que os diversos fatores que estão diretamente associados com a atividade do poluidor são difíceis ou impossíveis de serem calculados. Desta forma, infere-se que a carência de informações para obter um nível ótimo de poluição obriga a intervenção pública através de um “modelo tributário sub-ótimo”, fixando como objetivo um nível de emissão razoavelmente satisfatório²⁰ para poder cumprir os compromissos ambientais. Sob este prisma, os “tributos sub-ótimos” ou “custo-eficientes” são aqueles que não precisam de cálculos sobre os efeitos da poluição. Não perseguem a consecução das emissões ótimas, mas sim a obtenção de um objetivo ambiental fixado a um custo mínimo. Portanto, não é necessário calcular os CME, nem os BMP ou os CMP.

O tributo descentraliza aos poluentes o poder de decisão sobre a quantidade de emissão, já que estes pretendem sempre igualar seus CMP de despoluir à alíquota ambiental, diminuindo assim a sua imposição tributária. Assim, utilizando uma alíquota inferior ao ótimo, consegue-se diminuir e compensar os efeitos ambientais da produção, a um custo mínimo para o Estado, já que não necessitará realizar uma medição precisa dos impactos ambientais em cada caso concreto. De fato, a utilização sub-ótima da arrecadação ambiental com objetivos compensatórios é solução mais aceitável socialmente e mais aplicável na realidade.

Por outro lado, dentro das teorias econômicas, Coase²¹ propôs que através da negociação entre o poluidor e o poluído poderia se interiorizar o efeito externo, independentemente de quem possuísse o direito sobre a propriedade, existindo uma tendência natural para se chegar ao nível ótimo social. Os agentes envolvidos negociariam e chegariam voluntariamente a um acordo, em que o poluidor ofereceria, para compensar o poluído, uma

20 BUÑUEL GONZÁLEZ, 2002, p. 8; BROOME, 2017.

21 COASE, 1960.

quantidade maior do que a de sua perda, mas que ainda assim geraria benefícios para o poluidor e que lhe permitiria seguir com sua atividade contaminante, ou, caso contrário, quando o valor para continuar poluindo fosse menor que o valor que teria que ser pago para o poluído, este pagaria para que o poluidor não poluísse, gerando em qualquer dos dois casos uma “melhora de Pareto”²².

Apesar de alguns autores defenderem que o estudo de Coase é inaplicável na gestão dos graves problemas ambientais contemporâneos, visto que seria necessário um número reduzido de partes envolvidas, com um custo baixo de negociação e que a origem do efeito externo fosse bem definido²³, defende-se aqui que, em certa medida, esta teoria serve de fundamento para os comércios de emissões (ou licenças de emissões negociáveis).

Ressalta-se que está superada a antiga ideologia econômica de que as disfunções do mercado poderiam ser corrigidas, diante de sua ineficiência, através da “mão invisível” do livre jogo de forças econômicas do próprio sistema de mercado, cedendo lugar à intervenção do Estado, que se torna o novo regulador destas influências negativas. Desta forma, os instrumentos econômicos propõem que este custo social deve ser corrigido pelo setor público, possibilitando a adequada proteção dos bens ambientais.

Traduzindo para o Direito, o motivo para se corrigir este custo social se dá porque o meio ambiente é um bem de domínio público, tanto pelo Direito inerente ao homem (*ius naturale*) como por determinação jurídica (normatizada pela constituição). Nessa esfera, é dever do Estado impedir ou inibir as externalidades negativas, através de mecanismos tais como as normas proibitivas, sanções legais, tributos, renúncia fiscal ou concessão de subsídios, ao mesmo tempo em que possui a responsabilidade de estabelecer e estimular atividades que constituam externalidades positivas.

De fato, os organismos e governos internacionais de países desenvolvidos vêm defendendo nas últimas décadas com maior ênfase os instrumentos econômicos de políticas ambientais, permitindo que os poluidores paguem para manter seu nível de poluição, ou que reduzam o nível de poluição através da mudança de comportamentos, *e.g.*, adquirindo tecnologia limpa ou investindo em pesquisas neste sentido²⁴.

22 BARR, 2012, p. 46.

23 RODRÍGUEZ LUENGO, 2004, p. 7; e GAGO RODRÍGUEZ, LABANDEIRA VILLOT, 1999, p. 19.

24 HARTZOK, 2001, p. 9; KRAEMER, 2017.

3. O desenvolvimento do princípio do poluidor-pagador no âmbito internacional

A aceitação e incorporação do princípio do poluidor-pagador foi dada de forma paulatina e gradual. Do ponto de vista histórico, as primeiras discussões internacionais políticas sobre o uso irracional dos recursos naturais para a produção e o consumo humano iniciaram-se entre o final de 1960 e início de 1970, destacando-se primariamente que as formas ordinárias de uso destes recursos revelaram-se degradantes ao meio ambiente.

Alguns pensadores da época e ativistas ambientais deram início às primeiras reivindicações para se adicionar um custo para cada ação degradadora, aplicando um sistema de preços para cada produto do mercado que visasse recompor o que havia sido destruído no processo produtivo.

Concretamente, este princípio foi primeiramente incorporado em 1970 no Japão²⁵, como forma de regular as ações sobre o meio ambiente, mas somente reconhecido institucionalmente como um direito internacional em 1972 pela OCDE, que estabeleceu *in verbis* que

o princípio usado para alocar custos de prevenção e meios de controle da poluição, objetivando encorajar o uso racional dos escassos recursos naturais e afastar distorções no comércio e investimentos internacionais denomina-se 'Princípio do Poluidor Pagador'. Este princípio significa que o poluidor deve suportar os custos de manter atividades acima das medidas mencionadas e medidas por autoridades públicas para assegurar que o meio-ambiente se encontra em um estado aceitável. Em outras palavras, os custos destas medidas devem refletir no custo dos bens e serviços que causam poluição na produção e/ou no consumo. Essas medidas não devem ser alcançadas por subsídios que criam distorções significantes no comércio e investimento internacional²⁶.

Posteriormente, guiando-se pela Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente de Estocolmo de 1972, a Comunidade Europeia documentou em 1973 uma longa lista dos princípios, que veio a ser adotada no *Primeiro Programa de Ação Ambiental para a Comunidade* (1973 a 1976), utilizando-se como base o princípio do poluidor-pagador. Em 1975, em

25 CARMONA LARA, 1998, p. 55.

26 OECD, 1995, p. 12.

documentação anexada (75/436, JO L 194, de 25/07/1975), o Conselho da União Europeia manifestou-se no sentido que o princípio deveria ser incluído nas leis dos países membros da comunidade²⁷.

Contudo, concretamente, este princípio só foi integrado à União Europeia no Ato Único de 1986, quando os ordenamentos jurídicos de todos os países da então Comunidade Europeia e também o Conselho da Europa aceitaram o princípio do poluidor-pagador²⁸, e todos os demais Tratados da União subsequentes incorporaram a importância da política meio ambiental através da instituição deste princípio²⁹. Nesse sentido, o princípio foi abordado no então no art. 130 R.2 do Tratado constitutivo da Comunidade Europeia, o Tratado de Maastricht, assinado em 7 de fevereiro de 1992, que entrou em vigor em 1 de novembro de 1993. O mesmo Tratado, com redação posterior dada pelo Tratado de Amsterdã, recepcionou o princípio em seu art. 172, mas também sem incluir uma definição para o princípio do poluidor-pagador³⁰. Posteriormente, com as alterações no Tratado de Maastricht (1992), em seu art. 174.2, e no atual Tratado de Lisboa - TUE (2007), art. 191.2, o princípio do poluidor-pagador foi estabelecido em título próprio.

Desta forma, apesar de muito constar nos diplomas legais da União Europeia, poucas são as referências que articulam tecnicamente o princípio³¹. Para poder aplicar o princípio sob estudo no âmbito do Direito da União Europeia, vem se recorrendo à *Recomendação 75/436/Euratom, CECA, CEE, de 3 de março de 1975*, que estipula a imputação dos custos e a intervenção dos poderes públicos em matéria de meio ambiente. De acordo com esta Recomendação, “as pessoas físicas ou jurídicas, sejam de Direito privado ou público, responsáveis por uma poluição, devem pagar os gastos das medidas necessárias para evitar a poluição ou para reduzi-la”.

A Recomendação busca evitar que a política ambiental se fundamente em subvenções ou ajudas estatais que atribuam a carga financeira da batalha contra a poluição à própria União Europeia, apesar de se admitirem exceções, como em caso de: a) dificuldades anormais - nos casos em que se

27 COFFEY, NEWCOMBE, 2001, p. 2.

28 HERRERA MOLINA, 2000, p. 40.

29 MARTÍN MATEO, 1991, p. 239.

30 ANTUNES, 2016, p. 31.

31 MORENO MOLINA, 1996, p. 171.

provocam perturbações econômicas e sociais, ou de ajudas indiretas decorrentes de políticas estruturais; e b) derrogações - construção e utilização de qualidade ambiental, estímulos e promoção da pesquisa e desenvolvimento de tecnologia ambiental, entre outros³².

Esta Recomendação serve de amparo à normativa do Tratado de Lisboa, art. 192, que não traz especificado quais são as exceções ao princípio do poluidor-pagador, mas apenas se refere de forma ampla que quando as medidas ambientais adotadas pelas autoridades públicas forem consideradas desproporcionadas, poderá se prever derrogações de caráter temporário e/ou um apoio financeiro. Assim, observa-se que os instrumentos utilizados pelos Estados-Membros para aplicar o princípio do poluidor-pagador têm sido o estabelecer normas e padrões ambientais aos poluidores.

No âmbito da União Europeia, o princípio do poluidor-pagador pode obrigar que o poluidor suporte todos os gastos necessários para a proteção ambiental, bem como pode parte destes gastos ser financiada pelos recursos gerais do Estado (pagos pela população), como ocorre, *e.g.*, na gestão e controle das medidas ambientais e projetos de pesquisa³³.

Assim, o princípio do poluidor-pagador responde à exigência de se internalizar os custos sociais e a de imputar os custos ao responsável, sendo esta responsabilização a forma pela qual se alcança um estado aceitável do meio ambiente, ao mesmo tempo em que contribui para o uso racional dos recursos naturais³⁴.

Entretanto, deve-se priorizar uma atuação preventiva, não necessitando que os problemas ambientais surjam para atuar posteriormente, até mesmo porque alguns problemas ambientais são irreversíveis. Essa ação preventiva pode ser concretizada com a exigência de que os poluidores realizem uma avaliação do impacto ambiental ou de uma autorização outorgada pelos poderes públicos que comprovam o cumprimento dos padrões ambientais mínimos exigidos (Diretivas 2011/92/EU e Diretiva 2014/52/UE).

Ainda dentro da normativa da União Europeia, observa-se que o princípio vem reiteradamente sendo utilizado nas políticas ambientais e deve inevitavelmente ser aceito nos ordenamentos jurídicos internos dos Estados-Membros (cf. Diretiva 2004/35/CE). Não obstante, durante sua evolução

32 PAREJO ALFONSO, 1996, pp. 50-51.

33 GARCIA-URETA, 1992, p. 109; ARAGÃO, 2011, pp. 5-7.

34 DÍAZ VARGAS, 1991, p. 139.

no cenário internacional, o princípio do poluidor-pagador ganhou outras acepções e teve aumentando seu significado, atribuindo maiores responsabilidades ao poluidor e também ao Estado, este que agora se encontra encarregado de administrar as atividades de degradação ambiental para poder garantir direitos fundamentais.

Nesta linha de raciocínio, entram em jogo os diversos fatores que influenciam as políticas públicas, se fazendo necessário harmonizar elementos como a economia e competitividade entre as empresas e os custos que envolvem desde o impacto na sociedade até toda a questão ambiental³⁵.

Nessa esfera, podem ser questionados vários conceitos, como quem é o poluidor, se ele deve se pagar pela forma de emissão ou pela poluição em geral, qual o valor que se deve pagar, se o investimento em tecnologia limpa é forma de cumprir com o princípio do poluidor-pagador etc.³⁶

Não obstante, a violação deste princípio-dever atribuído aos Estados-Membros da União Europeia pode gerar a anulação por ato de violação de Tratado (art. 190 do TUE) ou por declaração de omissão de pronúncia (art. 192 do TUE). Contudo, a aplicação deste princípio por si só não garante uma adequada imputação dos custos, visto que nem sempre é possível determinar o custo aproximado da poluição e em outros casos o dano ambiental é impossível de ser recuperado³⁷.

Portanto, na União Europeia, apesar de constituído como um direito originário vigente, o princípio do poluidor-pagador é um princípio de justiça distributiva e de alocação de custos, que possui um valor de uma declaração política³⁸. Segundo alguns autores³⁹, o princípio pode ter sua eficácia e alcance limitado ao âmbito dos interesses da União Europeia, enquanto que para outros doutrinadores⁴⁰ não haveria tal limitação, já que o princípio guia a intervenção dos poderes públicos, tanto nacionalmente como no âmbito supranacional⁴¹. Sem dúvida, nosso posicionamento se inclina para a segunda doutrina, em que deve haver aplicação direta e

35 OECD, 2008.

36 KRÄMER, 1999, p. 97 e ss.

37 RIVAS, 1989, p. 191 e ss.; JORDANO FRAGA, 1995, p. 138; KRÄMER, 1999, pp. 97-99.

38 FERRER DUPUY, 2001, p. 200.

39 PAREJO ALFONSO, 1996, p. 49 e ss.; ALONSO GARCÍA, 1993, p. 78 e ss.

40 FALCON Y TELLA, 1988, p. 85; ROSEMBUJ, 1995, p. 79.

41 MARTÍN FERNÁNDEZ, 2007, pp. 107-132.

imediate do princípio por parte das Administrações, pois ao contrário aceitaríamos o paradoxo de incorporar um princípio inaplicável⁴².

Observa-se que os poluidores possuem responsabilidade enfatizada através de diversos documentos internacionais e nacionais, que passaram a prescrever e determinar a internalização dos custos externos, enfatizando a agregação dos custos de prevenção e controle da poluição, e incluindo ainda um caráter educacional, que visa alterar os comportamentos dos agentes poluidores. Desta forma, não se pode limitar o conceito do princípio do poluidor-pagador a um princípio de compensação dos danos causados pela poluição: seu alcance é mais amplo, incluindo todos os custos da proteção ambiental, quaisquer que eles sejam, abarcando os custos de prevenção, de reparação e de repressão do dano ambiental⁴³. Nesse sentido, no plano teórico, o princípio do poluidor-pagador é uma regra de bom senso econômico, jurídico e político, não sendo um fim em si mesmo, mas um princípio instrumental para a realização concreta do Direito do ambiente⁴⁴.

Por outro lado, no plano prático, pode se revelar por meio dos: a) instrumentos diretos ou imediatos (medidas administrativas e controle penal); b) instrumentos indiretos ou mediatos, que buscam o controle da degradação com a alteração do preço do produto ou serviço (instrumentos financeiros); e c) instrumentos híbridos ou mistos, com a limitação de quantidades (licenças de emissões negociáveis), conforme será estudado em detalhes mais à frente, no estudo sobre os instrumentos coercitivos de intervenção estatal.

Assim, há a vinculação da autoridade administrativa, que se justifica pela obrigatoriedade da preservação ambiental, nos moldes determinados pelo direito fundamental ao meio ambiente.

Nesse sentido, a professora Alexandra Aragão⁴⁵ enumera os *principais deveres do princípio do poluidor-pagador* para os poderes públicos como sendo:

- a) a criação de normas claras e congruentes de proteção ambiental, conforme o princípio do poluidor-pagador, definindo: os destinatários, o conteúdo

42 VAQUERA GARCÍA, 1999, p. 142 e ss.; HERRERA MOLINA, 2008, pp. 187-212; TOLEDO JÁUDENES, 1987, pp. 289-336.

43 BENJAMIN, 1993, p. 227.

44 OCDE, 1995, p. 25.

45 ARAGÃO, 2014, pp. 211-213.

da obrigação, os prazos de cumprimento, o limite qualitativo de ambiente, as atividades perigosas potencialmente poluentes, as atividades gradualmente poluentes, as presunções de causalidade para efeito de aplicação das normas, os meios e processos de precaução e prevenção da poluição acidental e gradual a executar pelos poluidores, obrigações monetárias aos poluidores para com o Estado que permitam a angariação de receitas para financiamento da política de proteção do ambiente (equilíbrio ambiental);

b) o dever de correção e atualização de normas de acordo com: a reação dos poluidores, os novos conhecimentos científicos e tecnológicos, a evolução do limiar de aceitabilidade da qualidade do ambiente;

c) o dever de desenvolver ações públicas de proteção do ambiente financiadas pelos poluidores, dentre elas medidas públicas de despoluição ativa, de precaução e de prevenção de poluição (dentro do princípio da correção na fonte), investigação científica e tecnológica, auscultação pública para atualização do limiar de aceitabilidade e educação ambiental;

d) a obrigação de auxiliar as vítimas, com receitas provenientes da política do ambiente;

e) o dever de controlar e sancionar a criação, aplicação e cumprimento das normas por: auditorias administrativas ambientais e processos judiciais, controle da aplicação das normas pela administração (justiça administrativa), controle da criação de normas (justiça constitucional, decidindo sobre a conformidade das normas com o princípio do poluidor-pagador ou o cumprimento do dever de produção normativa), controle das exceções do princípio do poluidor-pagador (pelos critérios da temporalidade, necessidade, proporcionalidade, adequação, etc.), controle das ações públicas de proteção do ambiente na sua compatibilidade com o princípio (conformidade com o subprincípio da correção na fonte - necessidade de intervenção, tipo de intervenção, modo de financiamento), controle da providência dos fundos de auxílio às vítimas.

Desta forma, verifica-se que os poderes públicos são os destinatários diretos, necessitando-se da intervenção do legislador para definir o âmbito subjetivo, o conteúdo, a extensão e os limites das obrigações dos poluidores⁴⁶.

Cabe destacar mais uma vez a nítida transição teleológica pela qual passou o princípio do poluidor-pagador. Sob uma perspectiva histórica,

46 VILLAR EZCURRA, 2006, p. 674

observa-se que o princípio, na Recomendação da OCDE de 1974, instituiu que os países não deveriam apoiar os poluidores com subvenções, benefícios fiscais ou qualquer outro tipo de medida de caráter econômico, bem como que os poluidores deveriam suportar os custos de medidas introduzidas pelo governo para evitar ou controlar a poluição.

Entretanto, em um momento posterior, foi prevista a possibilidade de estabelecer ajudas, especialmente em um período transitório para a aplicação do princípio, permitindo exceções ao mesmo⁴⁷. Podemos enumerar: ajudas relacionadas a indústrias ou zonas industriais com graves problemas econômicos; ajudas limitadas a períodos transitórios e bem definidos, relacionados com concretos problemas econômicos, específicos e derivados da execução de programas dos poderes públicos para conseguir objetivos ambientais; e ajudas que não produzem distorções nos investimentos internacionais e nos processos comerciais e de intercâmbio⁴⁸.

Semelhantemente ocorreu na União Europeia. No Primeiro Programa de Ação em Matéria de Meio Ambiente (1973-1976), havia uma declaração do Conselho que estabelecia, seguindo o recomendado pela OCDE (1972, 1974), que o custo de prevenir ou eliminar a deterioração ambiental devia, a princípio, ser paga pelo sujeito poluidor.

De forma transitória, poderiam ser criadas ajudas econômicas aos poluidores, sempre e quando não se produzissem significantes distorções no mercado. Ainda, em 1975, o Conselho emite uma Recomendação sobre a designação dos custos, na qual estabelecia como excessiva a concessão de ajudas econômicas para a adaptação a novas exigências ambientais e se justificava pela provocação de graves problemas econômicos⁴⁹.

Claro que qualquer ajuda deveria estar em consonância com o art. 92 do então vigente Tratado de Maastricht, preceito que regulava a concessão de ajudas dentro do marco da não distorção da concorrência.

Assim, os outros programas de ação que sucedem também pretendem compatibilizar as ajudas ambientais de Estado com o princípio do poluidor-pagador e com o atual art. 87.1 do Tratado de Lisboa. Portanto, observa-se uma nítida rigidez na hora da instituição do princípio do poluidor-pagador, mas de uma necessária flexibilização na hora de sua

47 FUENTES BOLEDÓN, 1990, pp. 29-56.

48 DÍAZ VARGAS, 1991, p. 139.

49 CONSELHO DAS COMUNIDADES EUROPEIAS, 1975, pp. 1-4.

aplicação, que possibilita a sua adequação ao sistema econômico, social, político e jurídico⁵⁰.

4. O princípio do poluidor-pagador na Espanha e no Brasil: um estudo comparado

A aplicação do princípio do poluidor-pagador na Espanha perpassa pela Constituição espanhola, que enfatiza os aspectos jurídicos e socioeconômicos da proteção ambiental, sendo que esta influência do princípio do poluidor-pagador surge como um reflexo do contexto mundial pós-Estocolmo 1972, no qual se projetou e se inseriu não somente o referido princípio, mas também, o conceito de usuário-pagador e o dever de recuperação do meio ambiente dos que desenvolvem atividades predatórias⁵¹. Nos termos do art. 45, incisos 1 e 3, da Constituição espanhola de 1978, o conceito de usuário-pagador determina que todos têm o dever de conservar o meio ambiente e utilizar racionalmente os recursos naturais, de forma que aqueles que não agirem desta forma serão obrigados a reparar o dano causado⁵². A preocupação com o meio ambiente fez com que surgissem diversos dispositivos normativos na Espanha baseados no princípio do poluidor-pagador, se convertendo em um ponto prioritário na normativa ambiental e também extrafiscal⁵³.

A importância do meio ambiente na Espanha transcendeu de uma mera orientação para se destacar como um elemento fundamental no desenvolvimento do ser humano e da coletividade, bem como tendo seus reflexos no desenvolvimento econômico, transferindo tanto para os cidadãos como para as autoridades públicas a obrigação de garanti-lo (art. 45.2 da Constituição espanhola), dentro do institucionalizado princípio ambiental da solidariedade coletiva, impondo a todos o dever de assegurar o uso racional de todos os recursos naturais, protegendo e melhorando a qualidade de vida, e preservando e restaurando o meio ambiente.

De fato, o art. 45 da Constituição espanhola serve de porta de entrada para a aplicação do princípio do poluidor-pagador no ordenamento jurídico

50 VAQUERA GARCÍA, 1999, p. 218.

51 DUARTE, 2007, p. 2.

52 SOLER TORMO, 2016.

53 RABBANI, 2017a.

espanhol. Assim, a proteção do ambiente se revela como objeto de atuação pública e cidadã, invocando que o cidadão também, individualmente considerado, preserve o meio natural que o cerca⁵⁴.

Destarte, não se pode negar que o art. 45.2 da Constituição espanhola também invoca a responsabilidade civil dos danos ambientais, que prevê a função de restauração do meio ambiente, função esta que cabe ao Estado em cooperação com os responsáveis causadores do dano.

Por outro lado, como já mencionado, o princípio também se projeta no campo jurídico financeiro, patrocinando os tributos ambientais como instrumentos adequados para a internalização dos custos ambientais⁵⁵. Com isso, observa-se que por meio deste dispositivo legal, o princípio do poluidor-pagador ingressa no ordenamento jurídico espanhol como critério fundamental no direito e dever de proteção ambiental⁵⁶, englobando não apenas o aspecto econômico, mas também dos diversos outros mecanismos de intervenção dos poderes públicos⁵⁷.

Nesse sentido, o art. 45 da Constituição espanhola é o que permite no ordenamento jurídico espanhol a concretização da teoria econômica da internalização dos custos sociais e da acepção mais extensa do princípio do poluidor-pagador. Ressalte-se mais uma vez que o princípio é uma ficção jurídica de políticas públicas que já vinham sendo aplicadas mesmo antes de sua existência, bem como posteriormente, não havendo a necessidade de sua presença expressa em um texto legal para que o mesmo seja observado ou aplicado.

Por outro lado, no Brasil, como resultado das discussões internacionais e do Direito comparado, que tiveram início na década de 1970 (Conferência da ONU de Estocolmo de 1972), e se reafirmaram no Princípio 16 da Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento da ONU de 1992, na Declaração Final da Conferência das Nações Unidas sobre Desenvolvimento Sustentável (Rio + 20) e na Conferência das Nações Unidas sobre Mudança Climática de 2015 (COP21), o marco regulatório constitucional da proteção do meio ambiente no Brasil ocorre com o art. 225 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/1988), que

54 ESEVERRI MARTÍNEZ, 2008, p. 235.

55 HERRERA MOLINA, 2008, p. 84.

56 ROSEMBUJ, 1998, p. 47

57 FERRER DUPUY, 2001, p. 206.

determina o direito de todos ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, ao mesmo tempo em que incumbe o dever de proteção dos recursos naturais ao Estado *lato sensu* e à coletividade⁵⁸.

Semelhantemente ao art. 45 da Constituição Espanhola de 1978, há um preceito constitucional claro e definido do direito-dever de proteção do meio ambiente, que se irradia sobre o ordenamento jurídico pátrio. É justamente através deste preceito constitucional que se permite a inserção do princípio do poluidor-pagador no ordenamento jurídico brasileiro.

A legislação infraconstitucional brasileira, na Lei nº 6.938/1981, em seu art. 4º, inciso VII, institui que a Política Nacional do Meio Ambiente deverá visar “à imposição, ao poluidor e ao predador, da obrigação de recuperar e/ou indenizar os danos causados e, ao usuário, da contribuição pela utilização de recursos ambientais com fins econômicos”. Será considerado poluidor-pagador aquele que puder controlar as condições que ocasionam a poluição, mediante adoção de medidas que previnam ou evitem sua ocorrência⁵⁹.

Assim, o princípio do poluidor-pagador possui respaldo no art. 225, §3º, CRFB/1988, que determina que:

“As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados”⁶⁰.

Por outro lado, ao tratar “Da Ordem Econômica e Financeira”, a CRFB/1988, no art. 170, inciso VI, estabelece a “defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação”. Ou seja, este dispositivo busca um equilíbrio do desenvolvimento econômico sustentável, incorporando em seu íntimo o princípio do poluidor-pagador, sendo obrigação do Estado intervir na economia para fixar diretrizes dentro de níveis aceitáveis de danos ao meio ambiente. Verifica-se que o meio ambiente possui papel de destaque como sendo um interesse fundamental e coletivo constitucionalmente protegido pelo Estado.

58 RABBANI, 2017a.

59 BARBOSA, et al., 2015, p. 131 e ss.

60 SILVA-MANN, et al., 2014, pp. 255-263.

Contudo, apesar da inexistência de uma norma constitucional específica sobre a proteção ambiental anteriormente à CRFB/1988, já havia legislação infraconstitucional que tratava da questão ambiental, qual seja, a Lei nº 6.938/81, que instituía a Política Nacional do Meio Ambiente (PNMA), dentro do qual previa o Sistema Nacional de do Meio Ambiente (SISNAMA), dotando aos órgãos e entidades dos entes federativos responsabilidades para a proteção e melhoria da qualidade ambiental, além de instituir o Conselho Nacional do Meio Ambiente (CONAMA), conforme veremos mais adiante no presente tópico.

Assim, havendo um interesse ambiental a ser protegido, infere-se que se exige uma necessária competência material para tanto. De forma geral, a competência material se resume na competência ambiental, apesar haver outras competências materiais correlatas ao assunto, a exemplo da competência sobre bens de domínio público, saneamento, fornecimento de energia, água etc., dependendo do problema ambiental que a figura impositiva visa atacar.

No que se refere à competência ambiental, o art. 23 da CRFB/1988 institui a competência comum da União, Estados, Distrito Federal e Municípios para proteger bens de valor histórico, artístico e cultural, as paisagens naturais notáveis e os sítios arqueológicos (inciso III); proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas (inciso VI); preservar as florestas, a fauna e a flora (inciso VII); e inclusive de melhorar as condições de saneamento básico nas moradias (inciso IX). Dentro deste arcabouço legislativo, verifica-se que todos os entes devem zelar pela proteção do meio ambiente na forma preconizada pelo mencionado dispositivo.

Por outro lado, os incisos I, VI e VII, do art. 23, da CRFB/1988, atribuem à União, Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre direito urbanístico, florestas, caça, pesca, fauna, conservação da natureza, defesa do solo e dos recursos naturais, proteção do meio ambiente e controle da poluição, e proteção do patrimônio histórico, cultural, artístico, turístico e paisagístico. Apesar de não estar integrado dentre os atribuídos para legislar sobre estas matérias, os Municípios também possuem competência para legislar sobre matéria ambiental, tanto pelo permissivo do art. 23, supra-mencionado, como pelo art. 30, incisos I e II, da CRFB/1988, que confere a estas entidades políticas suplementar a legislação federal e a estadual, no que for de interesse local⁶¹.

61 MUNIZ, FALCÃO, 2006, p. 135

Dentro deste emaranhado de competências ambientais que se irradiam sobre as mais diversas questões de outra natureza (por uma inquestionável multidisciplinaridade inerente), deve-se simplificar a matéria ao ponto crucial que cinge a proteção ambiental. Neste escopo, no sistema de repartição de competências em matéria ambiental, a competência é concorrente em que à União cabe dispor de normas gerais aplicáveis a todos os entes federativos (art. 24, §1º, CRFB/1988), sendo que estas normas não poderão ser contraditórias às normas dos Estados, Distrito Federal e Municípios.

Não obstante, a competência da União para editar normas gerais ambientais não retira a autonomia dos Estados, Distrito Federal e Municípios para estruturarem, segundo critérios próprios, seus sistemas administrativos de proteção ambiental. Os Estados terão responsabilidade sobre o interesse regional, enquanto que ao Município caberá o interesse local, ao passo que ao Distrito Federal incumbirá exercer as competências estadual e municipal. Inclusive, a competência concorrente pode ser exercida não somente para a elaboração de leis, mas de decretos, resoluções e portarias⁶².

Quando a União não ditar normas gerais, os Estados exercerão a competência legislativa plena para atender a suas peculiaridades (art. 24, §3º, CRFB/1988), sendo esta competência limitada territorialmente e hierarquicamente, ou seja, não pode ultrapassar o interesse do próprio Estado e em caso de norma federal superveniente, deverá se ajustar aos limites impostos por esta. De fato, será suspensa a eficácia da lei estadual que for contrária à lei federal (art. 24, §4º, CRFB/1988). Assim, cabe ressaltar que qualquer ente da Federação poderá aplicar a legislação de outro sem que isso se configure como uma violação de autonomia de cada pessoa política.

Por outro lado, o poder de polícia ambiental pode ser exercido por todas as pessoas políticas de acordo com o âmbito espacial do interesse público a ser protegido em consideração ao fato de que todos os entes da Federação têm competência administrativa comum para proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas⁶³.

Portanto, a abrangência legislativa do poder de polícia vai variar de acordo com o interesse tutelado, cabendo de forma concreta ao responsável pela prestação dos serviços públicos de proteção⁶⁴. Portanto, mesmo que

62 MACHADO, 2016, p. 85.

63 MILARÉ, 2016, pp. 144-145

64 BASTOS, MARTINS, 2004, p. 44.

a União estabeleça uma norma geral de proteção ambiental, os Estados e os Municípios poderão aplicar esta norma, sem que isto represente uma violação da autonomia destes em relação à União, desde que esta aplicação esteja dentro do seu âmbito territorial e de suas competências.

Com isso observa-se, via de regra, que a competência ambiental é comum entre as entidades federativas (art. 23, incisos VI e VII, CRFB/1988), havendo competência legislativa concorrente (art. 24, inciso VI, CRFB/1988), cabendo à União, por sua posição de supremacia na proteção ambiental, editar normas gerais, de cunho nacional, vinculante para Estados, Distrito Federal e Municípios.

O objeto da tutela ambiental, dentro das competências atribuídas pela Constituição, possibilita que as entidades federativas possam, através do legislador ordinário e na esfera de sua competência, adotar diversas políticas públicas e instrumentos para cumprir o dever constitucional de defesa e preservação do meio ambiente, incluindo dentre estas medidas a tributação ambiental.

Cabe ressaltar que a repartição de competências administrativas e legislativas veio destacada na Lei nº 6.938/81, de Política Nacional de Meio Ambiente, que em seu art. 6º institui o SISNAMA, o qual por sua vez cria o CONAMA, como o órgão deliberativo e consultivo de âmbito federal, tendo entre outras atribuições a de deliberar sobre normas e padrões compatíveis com o meio ambiente ecologicamente equilibrado e essencial à sadia qualidade de vida. Por outro lado, o art. 6º atribuiu ao Instituto Brasileiro de Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (IBAMA) a função de executar, como órgão federal, a política e diretrizes governamentais fixadas para o meio ambiente.

Também é estabelecido no referido artigo que dentro do Sistema Nacional do Meio Ambiente se integram os órgãos seccionais, no âmbito estadual, sendo estes responsáveis pela execução de programas, projetos e pelo controle de fiscalização de atividades capazes de provocar a degradação ambiental e os órgãos locais, que serão criados pelos Municípios, com a atribuição de controlar e fiscalizar as atividades relacionadas ao meio ambiente no espaço local de atuação administrativa⁶⁵.

Apesar do teor da norma constitucional e infraconstitucional, não há como se sustentar que a proteção ambiental poderia se figurar no Brasil

65 DERANI, 2008.

apenas com uma norma abstrata e genérica. O estudo ambiental, por seu caráter complexo e multidisciplinar, exige um uma análise multifacetada, para que possa se adequar à realidade.

A mera suposição de que o Direito ambiental seria um conjunto de princípios e normas para a proteção e promoção do meio ambiente saudável, equilibrado e seguro, e o seu reconhecimento como sendo de importância à saúde e qualidade de vida dos cidadãos, não é suficiente para reconhecer sua autonomia dentro de um ordenamento jurídico. Por tais motivos, especialmente na necessidade de intervenção estatal sobre o domínio do meio ambiente, compreendemos a perfeita aceitação e aplicação do princípio do poluidor-pagador no ordenamento jurídico brasileiro⁶⁶.

Por fim, cabe destacar a recorrente aplicação do princípio do poluidor-pagador pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ)⁶⁷, em que se reconhece a aplicação do princípio como uma responsabilidade civil pelos danos causados. Por outro lado, no Recurso Especial 1.164.630/2010⁶⁸, o STJ reconheceu que o princípio do poluidor-pagador, além de significar uma responsabilização pelos danos causados, possui uma finalidade de cunho preventivo (“pagar para não poluir”⁶⁹), representando um avanço na compreensão da jurisprudência pátria. De fato, o STJ julgou mais de 1.700 (mil e setecentas) vezes sobre o princípio do poluidor pagador até fevereiro de 2017⁷⁰, em que trata da responsabilidade ambiental sob a esfera da reparação civil. Contudo, com esta nova abertura para incluir a possibilidade preventiva, observa-se que o princípio do poluidor-pagador passa a ter um alargamento de seu reconhecimento para além das responsabilidades civil, administrativa e penal, inferindo que sua magnitude e importância determinam um novo patamar nas questões ambientais no Brasil, que inclusive possibilita incorporar os instrumentos econômicos de intervenção do Estado no meio ambiente.

66 Para maior aprofundamento, *vid.* SEROA DA MOTTA, 1998, e SEROA DA MOTTA, 2006

67 Nesse sentido, *vid.* STJ, RESP no 1.114.398, Segunda Seção, Rel. Min. Sidnei Beneti, julgado em 08/02/2012, publicado em 16/02/2012; STJ, RESP no 1.269.494, 2a Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, julgado em 24/09/2013, publicado em 01/10/2013.

68 STJ, RESP no 1.164.630, 2a Turma, Rel. Min. Castro Meira, julgado em 18/11/2010, publicado em 01/12/2010.

69 ARAGÃO, 2015, pp. 13-23.

70 PIMENTA; ROCHA, 2017.

5. Conclusões

O conceito de desenvolvimento sustentável impõe que os seres humanos preservem a natureza de tal forma que as futuras gerações possam ter acesso à mesma qualidade de vida que as atuais gerações. Em épocas de crise e de retração econômicas, a questão ambiental é de certa forma marginalizada, sob o fundamento da necessidade de se manter um crescimento econômico, de acordo com os mercados internacionais. Contudo, não se pode conceber a ideia de sobrevivência humana sem a preservação ambiental: o ser humano necessita da natureza, mas a natureza não precisa do ser humano. A releitura do princípio do poluidor-pagador torna-se um imperativo do reconhecimento dos avanços político-sociais em matéria de proteção ambiental.

Como uma das formas de mitigar estas ações antrópicas, o princípio do poluidor-pagador tem seus primórdios nos modelos econômicos, podendo ser considerado em sua forma original como um princípio econômico, em que se busca atribuir ao uso dos recursos naturais e à poluição um determinado valor. Este valor, que é assimilado pela sociedade em geral, deve ser atribuído àquele que realiza determinado ato danoso ao meio ambiente. Ao longo das últimas décadas, o princípio do poluído-pagador se tornou uma diretriz universal do Direito ambiental.

O princípio norteia a ordem pública ecológica e apresenta uma margem de flexibilidade, não se esgotando como sinônimo do princípio de responsabilidade civil, de forma a abranger os fins de precaução, prevenção e redistribuição dos custos da poluição. Nesse sentido, o princípio do poluidor-pagador possui uma forte natureza preventiva, ao se estabelecerem normas inibidoras da conduta lesiva do poluidor, inclusive através da instituição de tributos ambientais, ao mesmo tempo em que o princípio também atua no campo da coibição, por meio do estabelecimento da responsabilização. Além de responsabilidade civil, o princípio tem um viés extrafiscal ambiental (desmotivando condutas permitidas, contudo perniciosas ao mesmo ambiente, através de tributos que inibem a prática destas condutas poluidoras), além de também se irradiar na esfera administrativa e criminal, através das responsabilidades administrativa e penal.

O princípio do poluidor-pagador não é um fim em si mesmo, mas um princípio instrumental para a realização concreta da proteção ambiental, subdividindo-se em subprincípios como a precaução, a prevenção, o equilíbrio

do orçamento ambiental (redistribuição), a correção da fonte dos danos ao ambiente (poluidor-eliminador) etc.

Nesse sentido, os poderes públicos podem ser considerados os destinatários diretos deste princípio, tendo em vista que devem produzir e fiscalizar a aplicação do mesmo, ao passo em que os poluidores podem ser considerados os destinatários indiretos, ou seja, exige-se a intervenção do legislador para definir o âmbito subjetivo, o conteúdo, a extensão e os limites das obrigações dos poluidores. Para a operabilidade do princípio do poluidor-pagador exige-se a fixação exata do conteúdo através de uma produção legislativa clara e precisa, e de uma aplicação incisiva por parte dos órgãos administrativos e judiciários.

Assim, o princípio do poluidor-pagador revela-se como matriz das normas que o concretizam, aferindo a validade destas, bem como servindo para fundamentar eventual omissão das normativas ambientais. Portanto, verifica-se que a instituição do princípio do poluidor-pagador pode ter cunho sancionador, indenizatório ou tributário, cabendo aos poderes públicos definirem a forma com a qual deverão realizar essa aproximação: através da obrigação do particular em arcar com essas despesas que vem causando, ou destinando recursos dos mecanismos coletivos de financiamento, *i.e.*, seria a comunidade que conjuntamente arcaria com este ônus. Fica a cargo dos poderes públicos decidir em que medida deve o poluidor arcar com os custos da poluição do meio ambiente. Não se trata de pagar para poder poluir, mas de pagar para evitar a poluição.

Em épocas de retração econômica, o meio ambiente aparenta ter sua importância ofuscada, sob uma pseudojustificativa de necessidade de crescimento econômico. O capital tem um importante papel na determinação das relações de mercado, bem como na influência sobre quais interesses devem ou não ser protegidos. A releitura do princípio do poluidor-pagador deve sempre estar presente, guiando o Estado e as relações comerciais, sob pena de se esquecer todas as lutas e conquistas pela qualidade ambiental no último século e aceitar os efeitos perniciosos da devastação ambiental como algo normal. Trata-se de garantir a proteção do meio ambiente sob o fundamento de justiça social, garantindo à coletividade o acesso aos recursos naturais.

Referências

- ALONSO GARCÍA, E. *El Derecho Ambiental de la Comunidad Europea*, vol. I. Madrid: Civitas, 1993.
- ANTUNES, P. D. B. *Direito Ambiental*. 18. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2016.
- ARAGÃO, A. A Natureza Não Tem Preço... Mas Devia: o Dever de Valorar e Pagar os Serviços dos Ecossistemas. *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Jorge Miranda*. Coimbra: RevCedoua, 2011.
- _____. *O Princípio do Poluidor Pagador: Pedra Angular da Política Comunitária do Ambiente*. Coord. [da série] Antonio Herman Benjamin, José Rubens Morato Leite. São Paulo: Inst. O Direito por um Planeta Verde, 2014.
- _____. O Princípio do Poluidor Pagador em Tempo de Recessão Económica: Breve Ensaio sobre um Princípio Antigo, Quando as Exigências de Equilíbrio Económico são Quase tão Grandes como as de Equilíbrio Ecológico. In: *Estudos Comemorativos dos 20 Anos da Abreu Advogados*. Coimbra: Almedina, 2015, pp. 13-23.
- ARAUJO, C. C. DE ET AL. *Meio Ambiente e Sistema Tributário: Novas Perspectivas*. São Paulo: SENAC, 2003.
- ARESTIS, P.; BALTAR, C. T.; PRATES, D. M. Brazilian Economic Performance since the Emergence of the Great Recession: The Effects of Income Distribution on Consumption. *Panoeconomicus*, Novi Sad vol. 63, n. 2, 2016, pp. 157-174.
- ARNER GÜERRE, A. Ayudas Públicas en la Protección Medioambiental: el Caso de la Gestión de Residuos. *Acciones e Investigaciones Sociales*, n. 6. Zaragoza: E.U.E.S., 1997, pp. 139-150.
- BARBOSA, E. M.; MEDEIROS, O. D.; RABBANI, R. M. R.; SOARES, J. F. *Direito Constitucional e Direito Ambiental: Diálogos Possíveis*. São Paulo: Max Limonad, 2015.
- BARR, N. *Economics of the Welfare State*. 5. ed. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 46.
- BASTOS, C. R.; MARTINS, I. G. *Comentários à Constituição do Brasil*. Vol 6. tomo I. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- BATOR, F. M. The Anatomy of Market Failure. *The Quarterly Journal of Economics* 72(3), 1958, pp. 351-379.
- BAULMOL, W. J.; OATES, W. E. *La Teoría de la Política Económica del Medio Ambiente*. Barcelona: Bosch, 1982.

- BECK, U. *Ecological Enlightenment: Essays on the Politics of the Risk Society*. Trad. Mark A. Ritter. New York: Humanity Books, 1995.
- _____. *Sociedade de Risco: Rumo a uma Outra Modernidade*. São Paulo: Editora 34, 2011.
- BENJAMIN, A. H. D. V. O Princípio Poluidor-Pagador e a Reparação do Dano Ambiental. *Dano Ambiental: Prevenção, Reparação e Repressão*. Antônio Herman Vasconcellos Benjamin (coord.), São Paulo: RT, 1993, p. 227 e ss.
- BOURDIEU, P.; BOLTANSKI, L. *La Produccion de la Ideologia Dominante*. Buenos Aires: Nueva Vision, 2009.
- BROOME, J.R. Efficiency and future generations. *Economics and Philosophy*. Cambridge: Cambridge University Press, 2017.
- BUÑUEL GONZÁLEZ, M. El Uso de Instrumentos Fiscales en la Política del Medio Ambiente: Teoría, Práctica y Propuesta Preliminar para España. *Papeles de Trabajo sobre Medio Ambiente y Economía*, nº1. Madrid: Fundación Biodiversidad, 2002, p. 8;
- CARMONA LARA, M. D. C. Notas para el Análisis de la Responsabilidad Ambiental y el Principio de Quien Contamina Paga a la Luz del Derecho Mexicano. *Responsabilidad Jurídica en el Daño Ambiental*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas (UNAM), 1998.
- CEREZO LÓPEZ, J. M.; LARA DE VICENTE, F E LÓPEZ-GUZMÁN GUZMÁN, T. J. El Sujeto Pasivo del Tributo Ambiental: una Aproximación al Principio de 'Quien Contamina, Paga'. *Personalidad y Capacidad Jurídicas*, vol. 2., Rafael Casado Raigón e Ignacio Gallego Domínguez (coord.). Córdoba: Universidad de Córdoba, 2005, pp. 787-801.
- CHUECA SANCHO, A. G. 'Quien Contamina, Paga', en el Derecho de la Unión Europea. *Revista de Derecho de la Unión Europea*, nº 15. Madrid: Constitución y Leyes, 2008, pp. 183-196.
- COASE, R. H. The Problem of Social Cost. *Journal of Law and Economics*, nº 3, out. 1960, pp. 1-44.
- COFFEY, C. E NEWCOMBE, J. *The Polluter Pays Principle and Fisheries: the Role of Taxes and Charges*. London: Institute for European Environmental Policy, 2001.
- COMISSÃO EUROPEIA. *Meio Ambiente 2010: o Futuro Está Em Nossas Mãos*. [COM (2001), 31 final]. Bruxelas, 2001.
- CONSELHO DAS COMUNIDADES EUROPEIAS. *Recomendação do Conselho, de 3 de Março de 1974: Relativa à Imputação dos Custos e à Intervenção*

- dos Poderes Públicos em Matéria de Ambiente, 75/436/Euratom, CECA, CEE, Jornal Oficial nº L 194 de 25/07/1975.
- DÍAZ VARGAS, A. El Principio 'Quién Contamina Paga'. *Seminario sobre Instrumentos Jurídicos y Económicos para la Protección del Medio Ambiente*. Oviedo: Servicio Central de Publicaciones del Principado de Asturias, 1991.
- DIEKERT, F. K. Threatening thresholds? The effect of disastrous regime shifts on the non-cooperative use of environmental goods and services. *Journal of Public Economics*, n. 147, 2017, pp. 30-49.
- DUARTE, A. Política de Alterações Climáticas. *Apontamentos de Política Económica*. Coimbra: Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra, 2007.
- EFFENDI, S. Compilation of Baha'i Writings: Conservation of the Earth's Resources. [s.d.]: [s.l.] 1989. [Carta escrita em 1933].
- EMBID IRUJO, A. La Fiscalidad Ambiental y los Principios de su Régimen Jurídico: Consideraciones Específicas en el Ámbito de las Aguas Continentales. *Revista de Administración Pública*, nº 148. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1999.
- ESEVERRI MARTÍNEZ, E. La Jurisprudencia del Tribunal Constitucional en Materia de Tributación Medioambiental. *Tratado de Tributación Ambiental*, vol. I. Cizur Menor: Thomson Aranzadi, 2008.
- EUROPEAN COMMUNITY. *Environment Action Plan 1973-1976*, OJ C 112, 20.12.1973.
- EUROPEAN UNION COMMISSION. *Environmental Taxes and Charges in the Single Market*. Communication from the Commission, COM (97) 9 final, 26.03.1997.
- FALCON Y TELLA, R. Introducción al Derecho Financiero y Tributario de las Comunidades Europeas. Madrid: Civitas, 1988.
- FERRARI-FILHO, F.; CUNHA, A. M.; BICHARA, J. D. S. Brazilian Countercyclical Economic Policies as a Response to the Great Recession: a Critical Analysis and an Alternative Proposal to Ensure Macroeconomic Stability. *Journal of Post Keynesian Economics*, vol. 36, n. 3, 2014, pp. 513-540.
- FERRER DUPUY, P. *Perspectiva Jurídico-Financiera del Medio Ambiente*. Tese de doutoramento inédita do Departament de Dret, Àrea de Dret Financer i Tributari. Fabra: Universitat Pompeu, 2001.
- FUENTES BOLEDÓN, F. Incentivos Medioambientales en la CEE. *Revista de Derecho Ambiental*, nº 6. Murcia: Ambiental, 1990, pp. 29-56.

- GAGO RODRÍGUEZ, A.; LABANDEIRA VILLOT, X. *La Reforma Fiscal Verde: Teoría y Práctica de los Impuestos Ambientales*. Madrid: Mundi-Prensa, 1999.
- GARCIA-URETA, A. Un Repàs a l'Evolució de les Bases Legals de la Política Ambiental de la Comunitat Econòmica Europea. *Autonomies: Revista Catalana de Derecho Público*, nº 15. Barcelona: [s.e.], 1992.
- HARTZOK, A. Financing Local to Global Public Goods: an Integrated Green Tax Shift Perspective. *Global Institute for Taxation Conference for Tax Alternatives for the 21st Century*. New York: St. John's University, jan. 2001.
- HENRI, S. Le Principe Pollueur Payeur, un Principe Économique Erigé en Principe de Droit de l'Environnement? *Revue de Droit International Public*, avril-juin, nº 2, 1993, p. 362 e ss.
- HERRERA MOLINA, P. M. *Derecho Tributario Ambiental: la Introducción del Interés Ambiental en el Ordenamiento Tributario*. Madrid: Marcial Pons, 2000.
- _____. El Principio 'Quien Contamina Paga'. *Tratado de Tributación Medioambiental*, vol. 1. Fernando Becker Zuazua, Luis María Cazorla Prieto, Julián Martínez-Simancas Sánchez (coord.). Navarra: Thomson Aranzadi, 2008, pp. 187-212.
- _____. El Principio 'Quien Contamina, Paga' desde la Perspectiva Jurídica. *Noticias de la Unión Europea*, nº 122. Valencia: Ciss Praxis, 1995, pp. 81-92.
- IZCARRA PALACIOS, S. P. La Contaminación Agraria en la Unión Europea. *Revista de Desarrollo Rural y Cooperativismo Agrario*, nº 7. Unidad de Economía Agraria, Departamento de Producción Animal y Ciencia de los Alimentos. Zaragoza: Universidad de Zaragoza, 2003, pp. 127-144.
- JORDANO FRAGA, J. *La Protección del Derecho a un Medio Ambiente Adecuado*. Barcelona: Bosch, 1995.
- KAPP, W. K. *Social Cost of Business Enterprise*. Barcelona: Oikos-Tau, 1966.
- KOTZ, D. M. The Financial and Economic Crisis of 2008: A Systemic Crisis of Neoliberal. *Review of Radical Political Economics*, vol. 41, nº 3, Summer 2009, pp. 305-317.
- KRÄMER, L. *Derecho Ambiental y Tratado de la Comunidad Europea*. Madrid: Marcial Pons, 1999.
- KRAEMER, R. A. et al. *Green Shift to Sustainability: Co-Benefits & Impacts of Energy Transformation on Resource Industries, Trade, Growth, and Taxes*. Hamburg: G20 Insights, 2017.

- LANGUE, O. E TAYLOR, F. M. *On the Economic Theory of Socialism*. Minneapolis: The University of Minnesota Press, 1938.
- LÓPEZ-GUZMÁN GUZMÁN. T. J., ET AL. Financiación Autonómica e Incidencia Fiscal de los Tributos Ecológicos: una Reflexión en Torno al Principio de 'Quién Contamina, Paga'. *Revista de Estudios Regionales*, nº 78. Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales. Málaga: Universidad de Málaga, 2007, pp. 401-408.
- MACHADO, P. L. A. *Direito Ambiental Brasileiro*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.
- MARTÍN FERNÁNDEZ, J. La Deducción por Inversión en Bienes Ambientales a la Luz del Principio 'Quién Contamina Paga' y la Prohibición de Ayudas de Estado. *Estudios sobre Fiscalidad de la Energía y Desarrollo Sostenible*. Ramón Falcón y Tella (coord.). Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, 2007, pp. 107-132.
- _____. La Deducción por Inversión en Bienes Ambientales a la Luz del Principio 'Quién Contamina Paga' y la Prohibición de Ayudas de Estado. *Noticias de la Unión Europea*, nº 237. Valencia: Ciss Praxis, 2004, pp. 95-105.
- MARTÍN MATEO, R. *Tratado de Derecho Ambiental*, vol. I. Madrid: Trivium, 1991.
- MILARÉ, E. *Reação Jurídica à Danosidade Ambiental: Contribuição para o Delineamento de um Microsistema de Responsabilidade*. Tese de doutorado em direito apresentando à Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo: PUC-SP, 2016.
- MORENO MOLINA, A. M. La Empresa y el Derecho de la Unión Europea en Medio Ambiente. *Derecho Medioambiental de la Unión Europea*. Madrid: McGraw-Hill, 1996.
- MUNIZ, I.; FALCÃO, M. V. Constituição, Meio Ambiente, Tributação e o Problema da Repartição de Competências. *Direito Tributário Ambiental*. Breno Ladeira Kingma Orlando et al. (coord.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- OECD. Guiding Principles Concerning International Economic Aspects of Environmental Policies. C(72)128, Recommendation adopted on 26th May, 1972.
- _____. Recommendation on the Application of the Polluter-Pays Principle to Accidental Pollution, C(89)88(Final), 7 jul. 1989.
- _____. *The Implementation of the Polluter-Pays Principle*. C(74)223, Recommendation adopted on 14th November, 1974.

- _____. The Polluter Pays Principle: Definition, Analysis, Implementation. *Environmental Principles and Concepts*. C(72)128, Paris: reprinted in OECD (1975), 1995.
- _____. The Polluter-Pays Principle as it Relates to International Trade. *Joint Working Party on Trade and Environment*. Paris: OECD Publishing, 2008.
- PAREJO ALFONSO, L. Origen y desarrollo del Derecho Medioambiental en el Ordenamiento Comunitario Europeo. *Derecho Medioambiental de la Unión Europea*. Madrid: McGraw-Hill, 1996, p. 49 e ss.
- PIGOU, A. C. *The Economics of Welfare*, Macmillan, Londres, 1920.
- PIMENTA, P.R.L.; ROCHA, J.C.D.S.D. Aplicação do Princípio do Poluidor-Pagador à Fauna na Jurisprudência do STJ. *Revista Brasileira de Direito Animal*, v. 12, n. 1, 2017, pp. 135-154.
- PRASAD, E.; SORKIN, I. *Assessing the G-20 Economic Stimulus Plans: A Deeper Look*. Washington: Brookings, March 2009.
- RABBANI, R. M. R. A Extrafiscalidade como Instrumento da Responsabilidade Ambiental: os Tributos Ambientais. *Revista de Direito Internacional Econômico e Tributário*, v. 12, n. 1 Jan/Jun 2017a, pp. 362-390.
- _____. *A Tutela Jurídica do Meio Ambiente: o Caso Espanhol*. São Cristóvão: UFS, 2013.
- _____. A Releitura do Princípio da Capacidade Econômica nos Tributos Ambientais e o Novo Princípio da Capacidade Poluidora. *Revista de Direito Econômico e Socioambiental*, vol. 8, n. 2, pp. 210-229, maio/agosto 2017b.
- _____. Poluição Sonora e Proteção Ambiental: Intervenção Estatal Atual e a Possibilidade da Tributação Ambiental. *Revista de Direito Econômico e Socioambiental*, v. 7, pp. 3-21, 2016.
- RIVAS, D. M. Insuficiencias y Fallos del Principio ‘Contaminador-Pagador’: un resumen. *Seminario sobre Instrumentos Jurídicos y Económicos para la Protección del Medio Ambiente*. Oviedo: [s.n.], 1989, p. 191 e ss.
- RODRÍGUEZ LUENGO, J. *El Impuesto Especial sobre los Hidrocarburos y el Medio Ambiente*. Universidad Complutense de Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2004.
- ROSEMBUJ, T. *Los Tributos y la Protección Medio Ambiental*. Madrid: Marcial Pons, 1995.
- _____. Tributos Ambientales. *Fiscalidad Ambiental*. Ana Yábar Sterling (coord.). Barcelona: Cedecs, 1998, p. 47 e ss.

- SEROA DA MOTTA, R. *Economia Ambiental*. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2006.
- _____. *Manual para Valoração Econômica de Recursos Ambientais*. Brasília: Ministério do Meio Ambiente, 1998.
- SILVA-MANN, R.; RABBANI, R. M. R.; RABBANI, A. R. C. *Legislação e uso dos recursos genéticos vegetais: usos, percepções, instrumentos de gestão e sustentabilidade da flora do estado de Sergipe*. São Cristóvão: UFS, 2014, pp. 255-263.
- SOLER TORMO, J. I. *La Configuración Constitucional del Medio Ambiente como Derecho*. Tesis doctoral dirigida por Remedio Sánchez Ferriz (dir. tes.). Valencia: Universitat de València, 2016.
- SOROS, G. The Worst Market Crisis in 60 Years. *Financial Times*, 22 jan., 2008.
- TIETENBERG, T.H.; LEWIS, L. *Environmental and Natural Resource Economics*. New York: Routledge, 2016.
- TOCINO BISCAROLASAGA, I. La Responsabilidad Civil en Materia Ambiental: Hacia la Efectiva Plasmación Legal del Principio de Quien Contamina Paga. *La Ley: Revista Jurídica Española de Doctrina, Jurisprudencia y Bibliografía*, nº 2. Madrid: Edilex, 2000, pp. 1753-1754.
- TOLEDO JÁUDENES, J. El Principio 'Quien Contamina, Paga' y el Canon de Vertidos. *Revista de Administración Pública*, nº 112. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1987, pp. 289-336.
- UNIÃO EUROPEIA. *Comunicação Impostos e Gravames Ambientais no Mercado Único*. Comunicado da Comissão de 26 de março de 1997, [COM (97) 9 final - Diário Oficial C 224 de 23.7.1997]. Bruxelas: Comissão Europeia, 1997.
- VAQUERA GARCÍA, A. *Fiscalidad y Medio Ambiente*, Lex Nova, Valladolid, 1999.

Recebido em 17 de fevereiro de 2016.

Aprovado em 30 de outubro de 2017.

Os chamados da população para a polícia: a gestão policial do território em contextos de aproximação entre polícia e população, o caso do Ronda do Quarteirão

*The calls for service made to the police: the police
management of territory in contexts of approximation
between police and population, the case of
"Ronda do Quarteirão"*

Wendell de Freitas Barbosa*

Universidade Federal do Cariri, Juazeiro do Norte-CE, Brasil

1. Introdução

Este artigo reúne importantes reflexões frutos de pesquisa realizada entre os anos de 2010 e 2012 com policiais militares e moradores da cidade de Juazeiro do Norte, Ceará¹. O trabalho de campo foi realizado acompanhando os policiais na viatura durante a realização do patrulhamento e o atendimento aos chamados da população. Também foram mantidas relações com moradores dos bairros que possuíam residência na área de operações da polícia militar da cidade onde o estudo se concentrou.

A investigação sobre as forças policiais como objeto de estudo da sociologia tem em suas raízes a abordagem de Max Weber sobre a consolidação do Estado moderno. Para ele, tal processo foi possível mediante a racionalização dos meios de legitimidade da dominação, baseado em princípios

* Doutor em Sociologia pela Universidade Federal do Ceará. Professor Adjunto da Universidade Federal do Cariri, vinculado ao Centro de Ciências Sociais Aplicadas e ao Curso de Administração Pública. E-mail: wendell.Barbosa@ufca.edu.br.

¹ Região situada ao centro-sul cearense entrecortando estados circunvizinhos. No Ceará, a microrregião inclui as cidades de Juazeiro do Norte, Crato, Barbalha, Jardim, Missão Velha, Nova Olinda, Porteiras, Santana do Cariri, Caririçu e Farias Brito. A região metropolitana se concentra nos municípios de Juazeiro do Norte, Crato e Barbalha, cidades com maiores populações, equipamentos urbanos e atividade econômica.

legais impessoais. Essa configuração se manteria estável por meio autorização social do monopólio legítimo da força física pelo Estado. Embora a sua discussão se restrinja à atuação do uso desse instrumental para a proteção das fronteiras e do território dos Estados Nacionais Modernos², a regulação interna do território também está relacionada a reivindicação desse monopólio legítimo. O objeto de atenção desse artigo recorta justamente os contextos da atuação das forças policiais, especificamente a atuação da Polícia Militar do Ceará (PMCE) e sua relação com a população, durante as atividades de patrulhamento e o atendimento a ocorrências.

O olhar sobre a configuração das forças policiais e da segurança pública pelas ciências sociais tem provocado profícuos debates entre a academia e o poder público. Essa tradição, que, no Brasil, tem como um de seus pilares os estudos realizados na década de 1980 por Paulo Sérgio Pinheiro sobre a crise nas polícias militares³, tem inspirado uma incursão analítica sobre as práticas policiais. Os estudos brasileiros sobre as práticas policiais têm polarizado tradicionalmente os dilemas na ruptura do legado autoritário, relacionado ao período da ditadura militar (1964-1985), com a implantação do regime democrático no Brasil. Os estudos apontam para a dificuldade que a ruptura com práticas atribuídas à polícia tradicional (truculência, desrespeito aos direitos humanos, repressão aos movimentos sociais etc.) gera para o surgimento de uma “nova” polícia (respeitando aos direitos humanos, fortalecendo o diálogo e a aproximação com a sociedade) de interesse e afinidade democrática.

No caso do estado do Ceará em particular, destacam-se os estudos de Brasil⁴, Barreira⁵, Pinheiro⁶ e Freitas, Melo e Almeida⁷ que, discutindo essa temática, refletiram sobre os avanços e recuos na democratização das práticas policiais no Ceará⁸. Esses pesquisadores têm discutido as dificuldades de mudança no interior do campo da política de segurança pública, frente

2 WEBER, 2002.

3 PINHEIRO, 1982.

4 BRASIL, 2003.

5 BARREIRA, 2004.

6 PINHEIRO, 2008.

7 FREITAS; MELO; ALMEIDA, 2010.

8 No cenário nacional mais amplo, sobretudo em abordagens sobre a crise das instituições policiais no contexto da região sudeste brasileira, podem ser citados outros autores que pensaram sobre questões semelhantes, ver, por exemplo: CERQUEIRA, 2001; MUNIZ, 2001; ZAVERUCHA, 2001; e BENGOCHEA, 2004.

ao contexto de desgaste da imagem das instituições policiais — marcadas por um passado obscuro de corrupção, truculência, criminalização dos movimentos sociais, o uso da tortura, a violação dos direitos humanos etc.

Nessa perspectiva, esses estudos abordam as tentativas de modernização e moralização da polícia⁹. Isso se deu por meio de tentativas de mudanças ocorridas na política de segurança pública do Ceará desde a chamada democratização do regime (após 1985). É o chamado “Governo das Mudanças” que marca esse período político do estado do Ceará até a primeira década dos anos 2000¹⁰. A insurgência de demandas públicas por mudanças nas práticas policiais, diante de escândalos envolvendo policiais militares, propiciaram tentativas de integração entre as polícias militar e civil e o corpo de bombeiros, a criação da corregedoria integrada de polícia e a implantação dos distritos modelos no ano de 1997¹¹.

Na continuidade desse contexto, durante o primeiro mandato Governador Cid Gomes (2006-2010), após intensa campanha publicitária nas eleições, foi implantado no estado do Ceará o Programa de Policiamento Comunitário Ronda do Quarteirão. Acompanhado de um forte *marketing* político, esse programa foi implantado inicialmente em Fortaleza no ano de 2007 e expandido para outras cidades do interior do Ceará nos anos seguintes. Na cidade Juazeiro do Norte, contexto da presente pesquisa, a chamada “Polícia da Boa Vizinhança”¹² teve sua chegada em meados do ano de 2008¹³. Inicialmente, foi apontada como a solução para reduzir os índices de violência da cidade¹⁴. Contando com viaturas modernas, armamentos novos, telefone móvel, computador de bordo e policiais que passaram por treinamento trabalhando habilidades como a mediação de conflitos e direitos humanos, por exemplo, esse programa ficou marcado pelas grandes expectativas da população a respeito do sucesso de seu funcionamento.

O programa atuava por meio de áreas de operações que delimitavam geograficamente os lugares onde cada viatura devia circular¹⁵. O presente

9 BARREIRA, 2004.

10 BARREIRA, 2004, p. 80.

11 BRASIL; ABREU, 2002.

12 Slogan do Programa de Policiamento Ronda do Quarteirão.

13 O Ronda do Quarteirão foi ampliado nos anos seguintes progressivamente para os municípios do interior do estado com população igual ou superior a 50.000 (cinquenta mil) habitantes.

14 FREITAS, 2010.

15 As “Áreas Operacionais” delimitam o espaço de 1,5 a 3 quilômetros quadrados.

estudo retrata o contexto do período que data do início do ano de 2010 e cessa nos primeiros meses de 2012. A discussão do artigo caminha pelo debate acerca das práticas policiais no Brasil e sobre as concepções teóricas do policiamento comunitário. Aborda, dessa maneira, os contextos da implantação de programas pretendidos e divulgados como sendo de proximidade e comunitários no Brasil¹⁶. A abordagem metodológica do estudo se concentrou em entender as relações entre polícia e população tendo como pano de fundo os atendimentos dos chamados da população, aquilo que é denominado no meio policial como a “ocorrência policial”.

Durante o desenvolvimento da pesquisa, todas as áreas de operações da cidade foram visitadas. No entanto, optou-se por concentrar o estudo em uma área de operações específica. A área em questão é composta por bairros periféricos tratados ficcionalmente por questões éticas pelos codinomes de bairros *Bairro X*, *Bairro Y* e *Bairro Z*. Essa escolha deve-se ao fato de a área ser considerada a de maior complexidade na cidade pelos policiais do Ronda do Quarteirão. Nessa área há maior número de ocorrências policiais, bem como casos constantes de conflitos envolvendo moradores e policiais.

O presente estudo analisa as relações entre moradores e policiais contextualizadas nas práticas de uma “polícia do presente”¹⁷. A questão central tratada é a forma como os chamados realizados à polícia pela população configuram uma dimensão importante a ser considerada sobre as relações entre a polícia e suas clientelas em territórios que, até então, estiveram esquecidos pelas políticas de segurança e sociais.

Os chamados são denúncias elaboradas e realizadas para a instituição policial pelos moradores que revelam as relações que se forjam no interior dos bairros entre moradores e policiais em dois planos não desvinculados um do outro. No primeiro plano, a questão seria pensar como as denúncias realizadas à polícia ou contra a polícia são o termômetro para pensar o grau de aproximação entre os chamados “parceiros da segurança”, em termos de constituição de laços de solidariedade, sociabilidades,

16 No cenário midiático nacional teve destaque a implantação em 2008 das Unidades de Polícia Pacificadora (UPPs) em algumas áreas da cidade do Rio de Janeiro onde, supostamente, o tráfico de drogas exercia uma rede de poder paralela e independente da autoridade pública estatal. O livro organizado por José Ratton e Marcelo Barros apresenta trabalhos que examinam criticamente esse contexto de tentativas de inovação e as dificuldades de democratizar o campo das práticas policiais e da segurança pública. Ver: RATTON; BARROS, 2007.

17 Termo que designa o tipo de polícia que faz o uso combinado de habilidades ligadas a ideia de um “policiamento tradicional” e também aquelas associadas ao “policiamento comunitário”.

conflitos e dificuldades de relacionamento. No segundo plano, a proposta é entender como as denúncias se relacionam às práticas policiais. De outro modo, questiona-se como as denúncias se relacionam ao saber policial e poder policial construído e aplicados nas ruas para gestão de conflitos e do crime, forjando práticas policiais seletivas em uma mesma área de operações. Nesse sentido, esses processos envolvendo as denúncias realizadas à polícia estão calcados no cotidiano das relações entre polícia e população.

Na construção do texto, delimita-se as relações entre policiais e moradores, que se constroem no cotidiano de uma pequena área de operações sobre a minúcia desses processos¹⁸. O artigo inicia com a reflexão metodológica sobre as condições circunstanciais em que a pesquisa foi desenvolvida, destacando a interlocução com policiais militares vinculados ao programa ronda do quarteirão e moradores residentes da área de operações analisada. Essa parte evidencia o detalhamento de como os dados explorados nesse trabalho foram elaborados.

A seguir, as demais seções atentam para os processos recortados nos chamados da população atendidos pela polícia. Sejam aqueles relatados por policiais e moradores com base em seu resgate mnemônico, seja aqueles observados diretamente durante o trabalho de pesquisa no acompanhamento do patrulhamento realizado a bordo da viatura.

A discussão se volta para importantes características dessas relações que as denúncias realizadas pela população e atendidas pela polícia revelam. Assim, a abordagem permite explorar as nuances da gestão dos conflitos e da criminalidade no interior de bairros considerados perigosos e violentos pela instituição policial. Tudo isso leva ao *modus operandi* que programas pretendidos e divulgados como sendo de proximidade e comunitário adotam a partir da experiência do Ronda do Quarteirão no Ceará. Esses processos são analisados ao longo do artigo nos termos da construção de um saber policial construído na formação dos policiais e pelas experiências acumuladas na carreira, ou seja, na constituição de um saber-poder policial¹⁹ que atua nesses territórios combinando de forma seletiva características do policiamento “comunitário” e “tradicional”.

18 Sem perder de vista a generalização teórica, relembro ELIAS; SCOTSON, 2000 que, ao estudarem a pequena comunidade nomeada ficticiamente de Winston Parva, construíram uma teoria geral das relações de poder.

19 FOUCAULT, 1979.

2. Condições metodológicas de abordagem das relações de polícia e população no cotidiano da atividade policial

A imagem da viatura transitando pelas ruas, estacionada num local público ou próximo à casa de alguém é frequente. Os adesivos colados à pintura, a sirene, os policiais portando armas, com sua farda, sua postura e um aparente estado de alerta constante são impressões que, algumas vezes, naturalizam os policiais em seus próprios papéis, para eles próprios e para os outros.

Um Hilux²⁰ cinza, com adesivos em vermelho e o nome “Ronda” em destaque transportava policiais fardados de azul que realizavam seu trabalho por determinadas ruas da cidade de Juazeiro do Norte, Ceará, muitas vezes com as janelas do carro fechadas. O Soldado Fábio justificava essa atitude da seguinte maneira: “Nós saímos de casa todo dia sem saber se vamos voltar. Nada mais justo que termos o mínimo de conforto para fazer nosso trabalho, não é?” (Fala do Policial Fábio turno A, em 31 de agosto de 2011)²¹. No decorrer da realização da pesquisa, era comum ouvir críticas da população contra os “policiais da boa vizinhança”. Segundo Alice, moradora do *Bairro X* “Eles ficam o dia todo passeando de Hilux no ar-condicionado, paquerando as meninas daqui... sem falar que passam correndo, com os vidros do carro levantados...” (Fala de Alice, moradora do *Bairro X* em 3 de setembro de 2011). Essas representações da população, bem ilustradas pelo relato de Alice, revelam desafios para a construção de uma aproximação legítima entre a polícia e suas clientelas em contextos de pobreza e desigualdade social.

Nesse trabalho, a técnica de pesquisa predominante foi a observação participante²². A observação realizada a bordo da viatura da área de operações possibilitou compreender como o saber policial é incorporado às práticas policiais. A observação das ruas, sem a presença dos policiais,

20 Modelo de carro fabricado pela Toyota que carrega o status de ser um carro pouco acessível às camadas mais pobres da população por conta de seu alto preço. O programa de policiamento Ronda do Quarteirão conta com viaturas no modelo HILUXSW4.

21 No decorrer desse estudo serão apresentadas falas de policiais e moradores. Não identificarei por nome, nem idade os interlocutores para preservar suas identidades. Os nomes de pessoas e lugares são todos fictícios.

22 Sobre o uso dessa ferramenta considero uma discussão imprescindível as reflexões de Howard Becker sobre os problemas de inferência e prova na observação participante (BECKER, 1994). Por meio do uso do diário de campo, foram registradas as observações a bordo da viatura durante o patrulhamento e as visitas comunitárias, assim como as incursões pelo bairro entrevistando os moradores sem a presença dos policiais.

permitiu tomar conhecimento do “olhar das ruas”, protagonizado pelos moradores através de suas relações cotidianas nos bairros da cidade. Outra técnica complementar utilizada foi a realização de entrevistas abertas²³. A inserção em campo teve vários mediadores: de um lado, estavam os próprios policiais que atuavam na área, de outro os moradores interpelados sem a presença dos policiais que me apresentaram a outros moradores com os quais foram mantidas conversações sobre as suas percepções acerca do Ronda do Quarteirão. Essas duas esferas de relações aparentemente distintas (com os moradores e os policiais), por vezes, se interligavam no andamento da pesquisa. Portanto, era imprescindível o sigilo em lidar com os dados construídos em campo.

Nos relatos dos moradores surgiram falas sobre as relações mais diversas com a polícia. Em geral os interlocutores tinham opiniões variadas acerca dos policiais do ronda do quarteirão. A polícia da boa vizinhança, no relato dos moradores, de vez em quando “batia também”, apesar de ter policiais mais “educados” que os policiais militares tradicionais, por cumprimentarem em algumas oportunidades os moradores do bairro. Se, de um lado, alguns moradores reclamavam que os policiais do ronda não “chegavam duro nos ‘vagabundos’” como deveriam em sua opinião, do outro, moradores reclamavam de terem sido vítimas de truculência em abordagens dos policiais da boa vizinhança, por conta, por exemplo, do barulho causado pelo aparelho de som em suas residências²⁴. Outro ponto fundamental da pesquisa de campo foi a participação a bordo da viatura das atividades de patrulhamento da área considerada mais solicitada em termos de chamados para a polícia.

Nos caminhos da análise é preciso romper com as pré-noções do senso comum, para evitar cair nas armadilhas do objeto pré-construído. Para tanto, deve-se travar uma luta permanente, mobilizando além de um conjunto de técnicas de pesquisa, métodos específicos de construção e de análise²⁵.

23 As entrevistas abertas abriam caminho para as práticas de conversações com moradores, em separado ou em grupo, nas calçadas e ruas que compunham a área de operações analisada. Nessas ocasiões de interação, partia-se de uma pergunta geral sem muitas pretensões do tipo: “o que vocês acham do ronda?”, que era continuada pelo próprio grupo ou a partir de intervenções do tipo, “ah é?”, “como assim?”. Os relatos dos moradores geraram as questões esboçadas no estudo.

24 Essas percepções sob a forma de relatos dificilmente seriam possíveis em outro tipo de instrumento de coleta de dados, como numa entrevista semi-estruturada ou estruturada, por exemplo.

25 BOURDIEU, 1983.

Assim, evita-se reproduzir os discursos institucionais ou as pré-noções do senso comum acerca das relações analisadas. A problemática em torno dos chamados solicitados e atendidos pela polícia apareceu como recorrente nas incursões em campo. O contato via rádio pela CIOPS (Centro Integrado de Operações de Segurança), transmissão via computador de bordo da viatura sobre ocorrências e suspeitos, ligações pelo telefone móvel da viatura denunciando comportamentos suspeitos, problemas de vizinhança, violência doméstica etc. Além disso, em algumas oportunidades, o telefone pessoal dos policiais recebia ligações oriundas de informantes da polícia no interior dos bairros. Essas relações geravam consequências conflitantes.

As visitas comunitárias²⁶ realizadas pelo Ronda do Quarteirão, por exemplo expressavam tanto os constrangimentos que a aproximação com a polícia podia causar aos moradores (serem vistos como delatores) como ocasiões em que a polícia podia ser útil aos moradores, tornando a aproximação interessante para estes (ao livrá-los de um problema).

Esses processos afetavam o patrulhamento, pois a viatura passava com mais regularidade nas “zonas críticas da área”²⁷ e nas ruas que as localizam, sendo que tais zonas eram resultado da gestão das informações obtidas por meio dessas denúncias. Como exemplo dessa classificação elaborada pelo saber-poder policial territorializado na área operacional, havia um local situado no *Bairro Y*, nomeado pelos policiais de “*Rua do Tráfico*”. Sobre esse lugar recai o estigma de possuir a aglomeração de pontos de vendas de drogas ilícitas, onde o patrulhamento é intensificado. Pouco a pouco realizou-se o mapeamento dessas questões na área de operações por meio da sistematização dos dados obtidos. Assim, era possível detalhar e analisar a vigilância operada pelos policiais no dia-a-dia que, baseada no saber policial, distinguia os lugares mais pacificados dos lugares mais perigosos e seus respectivos moradores. O último grupo, no entanto, era vigiado de maneira mais intensa pelo trânsito diário da viatura. O registro e análise

26 A visita comunitária consistia, simplificada, na apresentação dos policiais aos moradores em visitas regulares onde os policiais tentam extrair dos moradores informações acerca do bairro. Ao final da visita, os policiais passam aos moradores o número do telefone móvel da viatura e solicitam um telefone para contato do morador. Nesse momento, os policiais também distribuíam um imã com o contato do telefone móvel da viatura junto a um *folder* com as fotos e identificação dos policiais da área. Existia uma cota diária por turno estabelecendo a quantidade de visitas comunitárias a serem realizadas no interior da área de operações.

27 Para os policiais os pontos críticos da área, são os pontos de vendas de drogas ou pontos de encontro entre delinquentes do bairro para “marcar delitos”.

das ocorrências policiais observadas diretamente complementava a compreensão do processo. Durante o trabalho de campo, foram observados o atendimento a solicitações diversas: problemas com vizinhos barulhentos, ameaça e tentativa de homicídio, tráfico de drogas, violência doméstica, “brigas de vizinhos”, etc.

A chave de análise para esses processos é entendê-los enquanto ligados a esquemas de saber-poder policial. O saber-poder policial está pensado aqui enquanto incorporação de técnicas, conhecimentos, disciplinas e discursos constituídos na profissão combinadas com as experiências cotidianas do trabalho de patrulhamento dos bairros. Esses esquemas estão implicados nas formas de agir dos policiais na gestão dos conflitos e da criminalidade no interior da área de operações. De outra forma, o que os policiais aprendem nas ruas, ao realizarem a patrulha e atenderem as ocorrências, entre outras coisas, interfere diretamente na forma como o poder policial se exerce no cotidiano, traçando percursos, intensificando patrulhamento em determinados locais, agindo de forma mais truculenta ou mais comedida. Assim, pode-se conduzir uma discussão centrada no funcionamento combinado entre saber e poder policial nesses contextos.

3. Os chamados da população para a polícia: a política de aproximação e seus impactos na gestão policial do crime e dos conflitos na área de operações

A chegada da polícia da boa vizinhança trouxe consigo novas possibilidades de comunicação com os moradores dos bairros. Além do telefone móvel da viatura, repassado aos moradores durante as visitas comunitárias, o trânsito diário da viatura por sua área de operações tornou a presença da polícia cotidiana para os moradores. O programa ronda do quarteirão tinha como uma de suas propostas assumir o papel de polícia mediadora de conflitos no interior dos bairros. Tal proposta defendia que a mediação seria uma das formas de prevenção da violência. Para tanto, os policiais do programa desde sua formação tinham disciplinas voltadas para a capacidade de persuasão e de mediação de conflitos.

O Ronda do Quarteirão, com o passar do tempo, desde sua implantação em 2008, ganhou contornos especiais no cenário urbano da cidade de Juazeiro do Norte, Ceará. Desde então, o programa passou a ser mais acionado que os demais segmentos da polícia militar local. Além disso,

o efeito de presença e a abordagem da política do programa de policiamento, segundo relato dos próprios policiais militares, refletiu em novas demandas para atuação da polícia nesses territórios que antes eram pouca ou não comunicadas à polícia local²⁸. Os “policiais da boa vizinhança”, no contexto da pesquisa, estiveram constantemente atuando em ocorrências policiais oriundas da ampliação da quantidade de solicitações da população. A presença da polícia no interior dos bairros gerou novos significados e interpretações para a população. A circulação da viatura e a ampliação das formas de comunicação ligadas a essa presença propiciou o aumento na quantidade e conteúdo das denúncias ocorridas.

No caso específico da área de operações em tela, a maneira como a polícia é acionada se dava de forma variada. Esse fato se sustenta na fala de um dos policiais com mais experiência no local: “aqui as pessoas chamam a polícia para tudo... coisas que você nem imagina...” (Fala do Policial Leandro registrada em nota de campo, em 21 de Junho de 2011)²⁹.

O Ronda do Quarteirão tornou-se, naquele contexto, o programa de segurança pública que mais atuava na gestão dos conflitos e da criminalidade no interior dos bairros, afastando-se de sua proposta de caráter mais preventivo e comunitário, embora tenham mantido a política de aproximação com a população e suas estratégias de mediação de conflitos. As situações denunciadas para a polícia militar não passaram a existir com a implantação o programa do Ronda do Quarteirão.

Casos de violência doméstica, vias de fato, brigas de vizinhos etc. ocorriam antes dos policiais da boa vizinhança estarem nas ruas. Tudo se passa como se essas relações se construíssem como interesses regulados por normas sociais específicas pertinentes ao universo das próprias relações entre polícia e população. Não se trata de uma visão utilitarista do laço social construído entre a polícia e suas clientelas, mas sim de um tipo de investimento social em certos objetivos (segurança, proteção, regulação, legitimidade, confiança, reconhecimento, etc.). Nesse sentido, mesmo o ato que se reivindica mais desinteressado, no sentido utilitário da expressão, poderá ser recompensado. Assim, policiais e moradores, polícia e população,

28 Segundo relato de policiais militares, uma dessas novas demandas seriam as “brigas de vizinho”, como expressada no jargão policial.

29 As ocorrências segundo um dos policiais da RD da área, comportam violência doméstica, vias de fato, vizinhos barulhentos até um chamado que atendeu para decidir, durante um jogo de futebol amador, se foi gol ou não.

estabelecem relações no interior de dado território na lógica da produção da segurança pública. Desse modo, essas operações policiais e relações sociais são em grande parte mediadas por interesses implícitos e explícitos aos jogos de poder travados entre estes agentes sociais³⁰.

Antes mesmo de iniciar a discussão, gostaria de pontuar que o uso da categoria analítica “denúncia” se refere às informações repassadas à polícia pelos moradores no interior da área de operações. Essas informações podem ou não se converter em ocorrências policiais. Essa compreensão servirá de elemento de interpretação e análise acerca dessas relações tendo por base o contexto dos chamados realizados pela população e atendidos pela polícia.

As denúncias no interior da área de operações podem tratar tanto de práticas criminosas, como tráfico de entorpecentes, assaltos, ameaças, violência doméstica, etc. quanto de questões conflituosas, como, por exemplo, vizinhos barulhentos, agressões verbais, difamação, cobrança de dívidas, etc. Tais situações, ao se tornarem apelos por intervenção policial, seja por intermédio do CIOPS (Centro Integrado de Operações de Segurança), seja diretamente ao telefone móvel da viatura ou falando diretamente aos policiais na viatura, podem se tornar ocorrências policiais.

Uma das estratégias adotadas na política do programa era encorajar os moradores no interior da área de operações a relatarem os problemas cotidianos que poderiam receber intervenção policial. Uma expressão desse tipo de política era a própria realização da visita comunitária. Usualmente, ao conversarem com os policiais, os moradores se queixavam dos problemas do bairro, como a criminalidade e os conflitos de vizinhança requisitando, por exemplo, maior presença da viatura ou o telefone pessoal dos policiais. Numa situação específica, ao visitarem um pequeno mercantil no interior do *Bairro X* que serviu água aos policiais, Simone, 32 anos, moradora proprietária do estabelecimento queixou-se de estar preocupada com ausência da viatura no local. Ela queixava-se insistentemente da insegurança oriunda dos riscos de um possível assalto a seu estabelecimento, enfatizando horários e atribuindo suspeitas a certos moradores associados ao *status* de praticante de assaltos (Extraído do diário de campo, registro em 20 de outubro de 2010). As visitas comunitárias eram oportunidades para os policiais promoverem a aproximação com as populações locais. Contudo, as visitas não eram aleatórias. Os policiais não realizavam as visitas em

30 Cf. BOURDIEU, 1996.

toda a vizinhança, tratava-se de um processo seletivo, uma vez que seria impossível visitar toda a população da área individualmente. A vinculação que a visita pode produzir, além de critérios de seleção criados pelos policiais, gera efeitos nem sempre agradáveis para o morador visitado.

Durante conversa com um grupo de jovens mulheres moradoras do *Bairro Y* sem a presença dos policiais, uma delas, Verônica, 26 anos, confidenciou ter recebido a visita dos policiais do Ronda do Quarteirão em sua residência. Tendo trocado contato com os policiais, recebeu o imã com o número do telefone móvel da viatura e repassou aos policiais o número de seu telefone celular. Passado certo tempo após seu encontro com a polícia, a moradora contou ter destruído o chip com o número que havia repassado aos policiais da boa vizinhança. A justificativa dessa ação, seria, segundo Verônica, o medo de represálias relacionadas a ser vista como “cagueta”³¹. A aproximação de moradores com os policiais, em certos casos, pode atribuir-lhes o *status* social de delator perante os outros moradores.

Durante a atividade de patrulhamento, quando a viatura passava pelas ruas do *Bairro Z*, os policiais avistaram Ricardo, servente de pedreiro, 33 anos, morador conhecido dos policiais, na companhia de um pequeno grupo de cinco pessoas. Ao estacionar a viatura no local, o morador aproximou-se rapidamente, cumprimentou os policiais e os dispensou com palavras pronunciadas de maneira rápida e incompreensível. Após isso, a viatura se afastou e os policiais justificaram a atitude do morador afirmando que provavelmente ele havia se sentido constrangido ao ser visto com a polícia em público.

Contudo, a repercussão negativa desse contato social com a polícia nem sempre se aplica. Em outra configuração, a aproximação com os policiais pode ser o modo de realizar a demanda direta para solução de um problema. À medida que os moradores possuem um “problema” bem delimitado que possa ser sanado com alguma modalidade de intervenção policial, como o vizinho barulhento, o marido agressor, o tráfico de drogas e ameaças, por exemplo, a aproximação pode ser socialmente positiva.

Eugênia, 36 anos, proprietária de um bar, moradora do *Bairro Y*, após iniciarmos uma conversa sobre suas percepções acerca do ronda do quartei-

31 O termo “cagueta” é uma expressão comum na região nordeste associada negativamente a figura do delator. Estar associado a condição de “cagueta” pode, por um lado, conceder o prestígio de se tornar um informante para os policiais, por outro lado, pode causar grave constrangimento ou expor ao risco o morador no interior dos bairros.

rão, apresenta a dinâmica dos conflitos e da criminalidade no bairro como um fator explicativo para realização de uma denúncia a polícia:

Eu mesmo, se eu ver, eu acho que tenho coragem de ligar pro ronda. Eu tenho os contatos deles aqui, e minha amiga tem o de um deles... Porque, graças a Deus, aqui no nosso trecho, aqui não tem boca de fumo, mas ali para cima é muita boca e eu estou é fora! Não passo nem no trecho, se eu ver eu ligo...” (Fala de Eugênia, 36 anos, moradora do *Bairro Y* registrada em 19 de Agosto de 2011).

A fala da moradora ilustra que a “coragem” para a realização do seu apelo se manifesta quando o “problema” delimitado por ela como caso de polícia, de alguma maneira gera consequência direta para ela própria ou sua vizinhança, como fica claro em sua ênfase sobre a ocorrência da prática criminosa estar mais ou menos próxima do seu “trecho”. Em sua fala, a moradora se reporta a locais que são pontos de vendas de drogas ilícitas. Os quadros de motivos possíveis narrados para ação e omissão de Eugênia levam em consideração certas representações morais sobre o tipo de crime e o local onde ocorre, justificando assim, sua tolerância ou sua denúncia.

Na constituição de laços sociais entre polícia e população, há processos interessados em estabelecer “os olhos e os ouvidos da polícia no interior dos bairros”³². A condição da aproximação com o público, constituída pela área de operações, revela a política da polícia de tornar os moradores um elemento ativo na gestão das informações sobre o território e, portanto, da própria gestão da criminalidade e dos conflitos na área. Tal condição passa a ser diretamente afetada pela presença da polícia e suas estratégias de aproximação e comunicação.

Ainda que esse contexto de comunicação em que as denúncias à polícia ocorrem esteja estritamente relacionado à noção de suspeita e das práticas criminosas propriamente ditas, não se trata de uma dimensão unívoca. Há outros pontos de inflexão nas experiências cotidianas dos policiais que ilustram como esses processos podem ampliar e intensificar o papel da polícia no interior dos bairros no plano cotidiano.

Em situação de atendimento a um desses chamados da população, o ronda do quarteirão foi acionado por uma moradora que denunciou uma

32 BAYLE; SKOLNICK, 2002, p. 19.

residência próxima a sua vizinhança, afirmando que o local em questão era um ponto de venda de drogas ilícitas. Segundo os policiais, ao chegarem ao local indicado e adentrarem a residência descobriu-se que não se tratava de um ponto de venda de drogas, mas sim da casa da nora da autora do chamado. No atendimento da ocorrência, os policiais da boa vizinhança constataram que a denúncia tinha como intuito causar constrangimento à moradora em razão do péssimo relacionamento familiar entre sogra e nora. Esse caso em especial revela como os usos sociais da polícia podem gerar máculas na reputação social dos moradores em suas vizinhanças e bairros. Destaca-se o papel da polícia na gestão desses conflitos, atuando não só na resolução de conflitos pré-existentes, mas em processos de inauguração e manutenção dos conflitos no interior dos bairros.

Em outro caso observado diretamente, os policiais foram acionados para arbitrar um jogo de futebol amador no *Bairro Z*. O conflito, iniciado a partir de uma jogada polêmica no decorrer do jogo, havia exaltado os ânimos e o confronto generalizado corpo a corpo estava prestes a ocorrer. Ao engrandecer de complexidade, o conflito da prática esportiva poderia chegar às “vias de fatos”, como é nomeada a luta corporal no jargão policial, gerando lesões corporais ou até mesmo a possibilidade de homicídio. Após o envolvimento da polícia com a ocorrência, os policiais se tornam responsáveis pelo desfecho da situação. O conflito iniciou-se após o questionamento entre as equipes de um gol duvidoso em jogada anterior, assim, a mediação praticada pelo Policial Militar, o Soldado Joaquim, foi momentaneamente assumir as rédeas do jogo, tal qual fosse um árbitro de futebol. Ele sugeriu a cobrança de uma “penalidade máxima”³³. A cobrança foi para fora e o jogo prosseguiu normalmente. Os jogadores agradeceram aos policiais e a ocorrência foi solucionada. Esse caso específico explicita como a presença da polícia e a execução de procedimentos adequados de mediação podem atenuar o quadro de conflito.

Ao atuarem em sua área de operações, os policiais definem prioridades de ação e proteção com base em critérios alicerçados na experiência policial do cotidiano. Em outras palavras, a prática policial é desempenhada por meio de um saber-poder policial que se aplica nas ruas. A seguir, veremos

33 Na regra do futebol, a penalidade máxima é a punição mais grave, que ocorre quando o jogador é vítima de falta no espaço da pequena área. Na penalidade o jogador realiza o chute da distância indicada, tendo apenas diante de si o goleiro e as traves.

como as relações de poder, desenhadas no interior da área de operações, são articuladas às estigmatizações de relações sociais convertidas em espaços físicos. O exercício do poder policial se articula diretamente à classificação dos moradores e dos lugares a que pertencem, de acordo com o saber policial, estigmatizando lugares e moradores perigosos, por um lado, classificando os “cidadãos de bem”, por outro. Essa configuração estabelece formas seletivas de atuação e proteção, bem como estratégias de disciplinamento e vigilância, permeando as agências dos policiais militares da boa vizinhança no interior dos bairros.

3.1. Moralidades, estigmas e seletividade nas relações de poder entre polícia e população

O acompanhamento das atividades do patrulhamento permitiu observar que o ronda do quarteirão não distribuía aleatoriamente a presença da viatura na área de operações. Conforme conheceram a área, os policiais sistematizaram a regularidade dos tipos de demanda no território, definindo critérios de aproximação com a população, classificando lugares mais “perigosos” e mais “pacificados”. Ao classificarem esses lugares, a atuação policial constrói maneiras seletivas de proteção, intensificando o patrulhamento em determinadas localidades dos bairros tidas como mais críticas.

Os lugares que constituem a área de operações são classificados conforme se constitui a aplicação do saber policial nas ruas. Durante o patrulhamento, a recorrência de flagrantes durante abordagens policiais a suspeitos e as denúncias de moradores, fazem desencadear formas seletivas de atuar e proteger por parte dos policiais. A respeito disso, pode ser citado o patrulhamento mais intenso realizado no *Bairro Y* durante o turno da noite. A viatura passou a maior parte do tempo em determinados lugares do bairro, sobre as orientações do policial Fábio, o mais experiente (que atuava no mesmo território desde o início da atuação do programa na cidade em 2008). Segundo Fábio, a presença da viatura tinha por objetivo prevenir crimes. Conforme a viatura passava pelas ruas do bairro, rapidamente os policiais apontavam supostos “vagabundos”, “traficantes”, “bocas-de-fumo”, supostamente conhecidos pelos policiais.

O traslado da viatura vigiava os moradores que respondiam olhando de maneira desconfiada a sua passagem. O poder policial se exercia na

vigilância operada durante o deslocamento do veículo. Toda essa vigilância, operada pelos policiais no deslocamento da viatura nas zonas críticas da área sugere uma política de disciplinamento do espaço, aplicando estratégias de presença para reforçarem uma relação de domínio naquele território. Todavia, o poder deve ser pensado do ponto de vista relacional, ou seja, como uma “multiplicidade de correlações de forças imanentes ao domínio onde se exercem e constitutivas de sua organização” construindo, dessa maneira o “o jogo que, através de lutas e afrontamentos incessantes as transforma, reforça, inverte”; essas correlações de força, presentes nas relações de polícia e população, resultam em “[...]cadeias ou sistemas ou ao contrário, as defasagens e contradições”³⁴. Desse modo, as práticas da polícia na gestão desses territórios enquanto relações de poder devem ser problematizadas a partir de suas estratégias e caminhos para sua institucionalização ou seu enfraquecimento, uma vez que o termômetro de qualquer tipo de estratégia de policiamento é a legitimidade de atuação da instituição policial diante de suas clientelas.

Compreender as relações de polícia e população a partir dessa inspiração foucaultiana, permite adentrar os esquemas de sujeição e disciplinamento em que estão envolvidos policiais e moradores no jogo cotidiano das ações dos policiais em sua área de operações. Veja-se, por exemplo, os esquemas de vigilância operados cotidianamente que têm como alvo as populações que habitam os lugares considerados perigosos. O exercício do poder policial nesse contexto tem se deparado com o desafio da gestão de uma “violência difusa”³⁵, situação em que se torna cada vez mais difícil prever a forma, o alvo e as vítimas de casos de violência. Essa configuração difusa da violência, conforme observa Tavares³⁶, permite questionar que estas relações não se desvinculam do possível uso excessivo de poder praticado pelos próprios policiais militares no exercício do seu mandato cotidiano³⁷.

A regularidade de presença do programa ronda do quarteirão nas ruas por onde passava a viatura na área tornou-se um importante dado da

34 FOUCAULT, 1993, pp. 88-89.

35 B ARREIRA, 2008.

36 TAVARES, 2010.

37 Vale-se ressaltar que está sendo levado em consideração aqui a dimensão da violência simbólica que a própria ação e omissão da polícia fabrica cotidianamente, reproduzindo lógicas de segregação espacial e reforçando distâncias sociais entre polícia e sociedade.

pesquisa. Os motivos mencionados pelas equipes de policiais levavam a rotinização de certos percursos e procedimentos. Dois aspectos podem ser citados para analisarmos as relações específicas que regulam e polarizam o percurso dos policiais: o primeiro aspecto é a sistematização da incidência, regularidade e intensidade de ocorrências policiais e sua distribuição no território; o segundo aspecto é a constituição de laços sociais pelos policiais do programa com moradores da área de operações, isso inclui as visitas a moradores simpatizantes da instituição policial ou associados a condição de informantes confiáveis.

Um dado observado é que a intensificação do patrulhamento nas “zonas críticas” da área correspondia inversamente ao grau de visitas comunitárias realizadas pelos policiais nesses locais. Nas “zonas críticas”, as representações acerca da criminalidade associada às pessoas e ao local, fazia com que esses moradores fossem evitados pelos policiais para a apresentação e troca de contatos. Isso reforçava desconfianças recíprocas e confrontava a própria política de proximidade do programa de policiamento³⁸. Com isso, o exercício do poder policial se manifestava de forma ambivalente, a polícia estava mais presente onde menos se realizam estratégias de aproximação para prevenção da violência e mediação de conflitos. Essa configuração resultava no cenário de interação seletiva nesse escopo de relações desenhado sob o terreno das relações de poder de polícia e população.

O saber-poder policial cotidiano impedia a aproximação social com certos moradores, estigmatizando pessoas distribuídas no território como potencialmente criminosas e desconfiáveis. Mais do que classificarem espaços como perigosos com base em representações sociais, os policiais classificam também os moradores que mantêm residência nesses lugares. Se, por um lado, a presença da viatura busca prevenir crimes, por outro, evita os moradores como potenciais “parceiros da segurança” para troca de contatos. A matriz de práticas dos policiais do programa tinha em sua estrutura um mapa moral usado para separar o “cidadão” do “vagabundo”, conforme expressão do jargão policial. No entanto, essa visão simplista não

38 As relações de confiança dependem do modo como os laços sociais são constituídos. Segundo Bauman, o contraponto do laço social baseado em confiança é aquele baseado no medo e na insegurança. Em sua análise, o autor observa que o tipo de laço social que tem como característica a busca por segurança e confiança tem gerado, eventualmente, problemas complexos de segregação, isolamento e medo generalizado. A alternância desse processo tem sido uma marca da postura dos estados modernos diante da busca laboriosa de garantir proteção e segurança (BAUMAN, 2005).

constituía uma fonte confiável para lidar com esses territórios estigmatizados e sua diversidade.

Durante a pesquisa, existiam informantes dos policiais residentes nessas localidades. O contato, no entanto, se dava em condições especiais. Segundo os policiais, alguns moradores que residiam nas “zonas críticas”, ao se deslocarem diariamente pela área, se encontravam com os policiais em locais afastados da sua residência para repassar discretamente informações consideradas importantes pelos policiais.

A presença dos policiais nessas zonas propicia maior contato entre policiais e moradores, pois a polícia é constantemente acionada e realiza abordagens policiais de maneira bastante intensa. No entanto, a qualidade do contato está prejudicada pelas desconfianças recíprocas alimentadas pelo próprio modelo de gestão do território no exercício do poder policial. A seguir, detalha-se uma pequena descrição desse contexto de atendimento a ocorrências nessas localidades. Durante o turno da tarde do dia 11 de outubro de 2011, o atendimento a três ocorrências policiais consecutivas em curto espaço de tempo foi observado diretamente.

Primeiro ocorreu um tiroteio nas proximidades de uma das principais avenidas do *Bairro Y*. No mesmo dia, ocorreram casos de ameaça de violência doméstica e problemas com vizinhos barulhentos. Com exceção do caso de violência doméstica, as informações sobre as ocorrências chegaram aos policiais da boa vizinhança por intermédio do rádio da CIOPS.

Assim que se iniciou o turno da tarde, às 14h00min, a equipe de policiais recebeu um alerta via computador de bordo oriundo do CIOPS informando um endereço no interior do *Bairro Y* com a seguinte mensagem “recebemos denúncias de que há um aparelho de som ligado em nível abusivo nesse local”. Esse tipo de ocorrência é classificado no jargão policial como “desordem” ou “perturbação”. Assim, após confirmar o recebimento, os policiais se deslocaram até o local indicado, com alguma dificuldade. A maior parte das ruas naquelas proximidades estavam sem placas de identificação. Segundo os policiais, essa era uma estratégia de criminosos para confundir e adiar a resposta da polícia a uma denúncia. Assim, os policiais recorriam a estacionar a viatura e perguntar a outros moradores como chegar até o local. Ao chegar ao local indicado, não foi identificado nenhum tipo de barulho ou indício de aparelho de som. O policial Anderson mencionou que poderia ter acontecido de o proprietário do aparelho de som ter sido avisado ou percebido a aproximação da polícia e ter desligado

o aparelho, ou o que ele achava mais provável que alguém tivesse realizado uma falsa comunicação, o que se conhece popularmente como o “trote”. O trote poderia ser desprezioso, ou com a intenção de criar uma “cortina de fumaça”, deslocar a viatura e os policiais para um lugar, enquanto algum tipo de atividade criminosa é executada em outro local. Segundos após o encerramento do atendimento, chegou nova mensagem da central de informações, dessa vez, descrevia uma ocorrência mais complexa em região fronteira com outra área de operações da cidade. A denúncia narava que um homem conhecido pelo codinome “Bituca”, descamisado e se deslocando de bicicleta, efetuara disparos de arma de fogo contra duas mulheres, em tentativa de homicídio. Conforme a viatura se aproximou do local indicado, havia cerca de sete pessoas na calçada. Sem descer da viatura, um dos policiais perguntou o que havia ocorrido. Como resposta uma das moradoras disse que há poucos instantes havia ocorrido um tiroteio, mas que não sabia para que direção fora a pessoa que efetuou os disparos. Essa moradora orientou os policiais, “perguntem ali mais para baixo...”, indicando com o dedo a continuidade da rua. Ao seguir na direção da avenida 01, os policiais desembarcaram da viatura e tentaram conversar com outros moradores sentados sobre a calçada sobre os disparos de arma de fogo. Todos que foram interpelados mostraram-se reticentes e se esquivaram em informar mais características ou direções para onde o suspeito fora, o que irritou a equipe de policiais. Os policiais se afastaram do local e circularam nas proximidades em busca do suspeito, conforme a viatura se afastou, um deles comentou: “eita povo amundiçado da porra, tem um tiroteio e fica todo mundo é na calçada...”³⁹ (Nota de campo em 11 de outubro de 2011). Ainda naquele dia, ocorrências de violência doméstica e ameaça foram atendidas.

O *Bairro Y* é tido como o mais “problemático” pelos agentes de segurança da área. Por ser o local onde a viatura passa mais tempo é onde há maior nível de interação entre polícia e população. Isso não quer dizer que a presença da polícia constitua excelente relacionamento com os moradores do

39 O termo “amundiçado” é constantemente empregado aos moradores do *Bairro Y* pelos policiais. Segundo relatos de policiais, ao acionarem a sirene da viatura, certos moradores ao invés de se sentirem alertados e evitarem se aproximar, como desejam os policiais, acabam saindo de suas residências e observam de perto a situação. Ao se tornarem espectadores da ocorrência policial ou do caso de violência, como na situação narrada, os moradores podem ser classificados como “mundiça”, sendo que esse *status* pode ser mais ou menos duradouro. Esse tipo de classificação também está relacionado à tendência que os policiais têm em evitar a aproximação social com esses moradores.

bairro. Independentemente do grau maior ou menor de casos conflituosos entre policiais e moradores, a intensidade de interação propiciada pela presença da viatura tanto pelo seu trajeto diário, como pelo atendimento de ocorrências, não está dissociada de um caráter seletivo de se aproximar ou evitar alguns moradores.

A gestão policial das informações oriundas da população e da inteligência policial indicam lugares por onde a viatura deve se deslocar de maneira mais regular. Nesse sentido, a regularidade de denúncias e ocorrências policiais orientam as ações policiais, sobretudo aquelas relativas à construção da suspeita, na elaboração de perfis de potenciais suspeitos e dos lugares que podem localizá-lo. Dessa forma, lugares onde reincidem modalidades de ocorrência policial, como no caso do tráfico de drogas ilícitas, por exemplo, são classificados de acordo com as ocorrências cristalizadas no espaço físico onde incidiram. A constituição de uma “zona crítica” é resultado deste processo⁴⁰.

Isto pode ser verificado em trechos da área de operações indicados pelos policiais de acordo com ocorrências que lá incidiram a partir de sua experiência. Nesse sentido, algumas das ruas do *Bairro X* eram apresentadas pelos policiais como locais onde ocorriam muitos assaltos. No *Bairro Z*, um local de moradia existente a partir de um projeto de habitação municipal da década de 1990 é associado ao tráfico de drogas ilícitas. No *Bairro Y*, determinadas ruas pareciam, na percepção dos policiais, espaços de “violência doméstica”, entre muitas outras associações presentes nas percepções e práticas discursivas de policiais militares sobre esses locais.

Essas representações podem ter respaldo estatístico ou se tornarem discursos oficiais gerando uma cristalização dessas classificações no saber policial. Os policiais codificam o espaço social no espaço físico, ligando determinadas localidades a ocorrências policiais de maneira naturalizada. As ocorrências policiais podem também ser oriundas de relações conflituosas entre vizinhos ou problemas de natureza diversa à questão criminal propriamente dita. Tudo se passa como se essas classificações fossem incorporadas no curso do

40 O espaço físico é também um espaço social, ou seja, um espaço de relações sociais baseada em formas de classificação e distinção social. A leitura possível desse processo é a geração de “efeitos de lugar” (cf. BOURDIEU, 2003) como premissa e como resultado do exercício do poder policial. Desse modo, “O espaço físico é definido pela exterioridade mútua das partes, o espaço social é definido pela exclusão mútua (ou a distinção) das posições que o constituem, isto é, como estrutura de justaposição de posições sociais” (BOURDIEU, 2003, p. 160).

exercício do mandato policial cotidiano. A classificação do espaço social convertido em espaço físico não está dissociada de processos de estigmatização social e das relações de poder que se desenham com a presença da polícia, relacionadas à manutenção da ordem e o controle da violência.

O estigma designa uma forma de relação especial entre o atributo e o estereótipo. O estigma traz como consequência a produção da identidade deteriorada, na relação com o sujeito estigmatizado, este é percebido enquanto desviado da condição de normalidade sobre a atribuição de uma qualidade moral negativa que lhe pesa⁴¹. Os moradores que residem em locais classificados como zonas críticas são percebidos pelos policiais como potencialmente perigosos. As classificações produzem a identidade de morador perigoso que se estende por determinados lugares da área de operações em oposição à figura moral do “cidadão de bem” e dos terrenos considerados “pacificados” pela polícia.

A constituição desse processo de zoneamento tem como justificativa a função técnica de prevenção do crime em determinados locais da área de operações. O efeito inesperado desse processo é a nomeação informal de equipamentos públicos como ocorre por exemplo com a “pracinha dos vagabundos”⁴² na gestão informal desses espaços pelos policiais. A associação desses espaços com supostos desvios criminais ou morais dos seus usuários ou moradores é em si problemática para construir a aproximação da polícia no território. Outro caso que pode ser destacado é a chamada de “Rua do Tráfego”, apontada pelos policiais da boa vizinhança como o local mais problemático do *Bairro Y*. Além das dificuldades de relacionamento com alguns moradores da rua, o local é percebido pelos policiais como local de aglomeração de pontos vendas de drogas ilícitas. O mesmo ocorre com outros locais da área associados a essas características, embora de maneira menos intensa. Essas representações têm potencializado a existência de conflitos nas formas de relacionamento entre policiais e moradores na extensão da área de operações.

O *Bairro Y* é o que comporta a maior parte das “zonas críticas” na área de operações. Para os policiais, a hostilidade e desconfiança contra a polícia

41 Cf. GOFFMAN, 1985.

42 No histórico da área narrado pelos policiais essa praça situada ao *Bairro Y* é local de aglomeração de assaltantes, “aviõesinhos” do tráfico e homicidas, marcado também pela presença de “gangues” locais. Segundo eles, a constatação desse cenário deu-se em virtude do número de denúncias e flagrantes realizadas no local.

tem a ver com as afinidades, parentescos e laços sociais entre as pessoas que moram nesses locais com criminosos, presidiários e ex-presidiários que foram alvos de operações policiais no território. Para os moradores, a sensação de uma polícia que não está aberta ao diálogo e aproximação na mesma intensidade que emprega energia para exercício da vigilância e controle gera desconforto e impede a construção de laços de confiança. Essa forma seletiva de proteção e atuação dos policiais amplia as possibilidades de clima hostil e de desconfiança contra a polícia.

Assim, a presença da polícia da boa vizinhança sobre a justificativa de proteger e garantir a segurança, passa a estigmatizar essas zonas do território. Ao passo que o local é “protegido” pela presença da viatura, o lugar e seus moradores passam a ser evitados na aproximação com a polícia. Na percepção dos policiais, ao buscar a construção de proximidade com os moradores de uma área de operações, pode-se incorrer no risco de se aproximar daqueles a quem deveriam punir sendo, portanto, recomendável manter certa objetividade e distanciamento. Nessa lógica, os policiais entendem que devem se aproximar daqueles a quem devem proteger, ou seja, dos considerados “cidadãos de bem” e, ao contrário, devem evitar aqueles a quem devem vigiar, disciplinar e punir: os considerados “criminosos em potencial” e seus “simpatizantes”⁴³. Por meio da constituição da “zona crítica” há uma combinação provisória e dinâmica de relações sociais que envolvem os policiais e moradores.

Como ponto de inflexão das representações policiais acerca do território, pode ser citado o caso da “*favela dos trabalhadores*”, situada no *Bairro Y*. Inicialmente pensada como local perigoso, com o passar do tempo passou a ser vista, segundo palavras dos policiais, como “um local de gente trabalhadora”, possuindo uma quantidade significativa de moradores homens com faixa etária variada que atuavam informalmente na construção civil, como pedreiro ou servente de obras, atuando no próprio bairro e em outras regiões da cidade.

Segundo relato do Policial Fágner, um dos mais experientes no patrulhamento do local, uma operação contra o tráfico de drogas no *Bairro Z* criou um clima hostil contra os policiais do programa em outra parte da área. Até

43 Nesse processo, ao lidar no cotidiano com os moradores, existiam maneiras seletivas de escolher os locais onde ocorreriam as “visitas comunitárias”. As visitas comunitárias que presenciei estando na viatura jamais incidiram nas zonas críticas. Nestes locais a viatura se faz presente não para a troca de contatos, mas para vigiar os lugares e moradores.

então a “favela da alta tensão” gozava de uma boa relação com os policiais da boa vizinhança. No entanto o quadro se modificou após a prisão de três moradores no local flagrados com quantidade significativa de drogas ilícitas enterrada nas suas propriedades. A partir desse caso, a relação se desgastou e as desconfianças e hostilidades recíprocas foram alimentadas. No período da pesquisa, a população do local arremessava pedras na viatura quando os policiais da boa vizinhança passavam. Em contrapartida, os moradores do local, como é o caso de Terezinha, 40 anos, acusam os policiais de só irem até o local por conta da pobreza do lugar e de agirem com truculência e desrespeito sem necessidade: “eles chegam gritando, mandando os meninos irem para a parede, dando tapas, não precisa disso não, meu filho...” (Nota de campo em 23 de agosto de 2011).

Os conflitos desencadeados sob essa configuração de relações humanas de interdependência⁴⁴ que é a área de operações da polícia geram formas de ruptura e formas de coesão social, tornando-se elementos fundamentais para a compreensão da possibilidade de constituição dos laços sociais entre polícia e população. Trata-se de uma situação ambivalente.

Durante a realização da pesquisa, havia um *feedback* positivo em relação aos efeitos de presença da polícia, sobretudo a avaliação da resposta policial aos apelos da população. Jaqueline, 24 anos, moradora do *Bairro Y*, por exemplo, relatou que “o ronda melhorou muito o bairro, agora a gente liga para polícia e a polícia vem ao local... passa mais segurança a gente ver a viatura vindo resolver os problemas da gente e passar o carro na rua da nossa casa, antes não tinha isso não...” (Fala da moradora Jaqueline em 2 de Junho de 2011). Essa mesma configuração revela dimensões específicas das relações de poder oriundas do controle social produzido pela presença da polícia. Naqueles contextos observados, o mandato policial cotidiano era uma maneira de produzir discursos e práticas sobre a população enfatizando a docilidade e a utilidade⁴⁵ da população diante do serviço policial, para utilizar uma expressão foucaultiana.

Essas configurações descritas são provisórias, pois as dinâmicas dos laços sociais entre polícia e população que selecionam alvos para abordagem policial, ou preferências morais por possíveis informantes, podem sofrer

44 Cf. ELIAS, 2000.

45 Michel Foucault pensa esse processo enquanto estratégia de disciplinamento para gerar corpos dóceis para a política e úteis economicamente no contexto do surgimento das instituições modernas, com especial atenção para a prisão moderna (FOUCAULT, 1987). Há um paralelo que pode ser feito com outra tecnologia

mudanças. Por outro lado, a própria definição da “zona crítica”, enquanto tipo de cristalização do espaço social no espaço físico, pode “migrar” de um lugar para o outro. As interdependências entre polícia e população estão para além da garantia ou ampliação do “sentimento de segurança”, podendo ser enxergadas na dinâmica de suas interações e na constituição dos seus laços sociais, tanto aquelas que constituem a sociabilidade e solidariedade, quanto a desconfiança e a estigmatização. Esses laços devem ser analisados considerando a estrutura das relações de poder e dominação.

4. Considerações finais

A partir do detalhamento e análise dos materiais de pesquisa, o presente artigo abre novas possibilidades de investigação acerca das práticas policiais. A abordagem apresentada aqui não se limita apenas a contrapor práticas do passado autoritário à possibilidade futura de democratização da instituição policial. O horizonte da pesquisa foi construído pela observação das rotinas do atendimento policial às demandas da população em contextos de tentativas de aproximação entre a polícia ostensiva e seu público.

Os chamados da população constituem uma dimensão fundamental do cotidiano policial no contexto das atividades de patrulhamento. Esses apelos colocam em ação os policiais e revelam a tessitura das relações de poder entre polícia e população. A ênfase analítica nas atividades da polícia do presente, ou seja, o tipo de policiamento que combina elementos e habilidades tradicionais da polícia com técnicas e conceitos de estilos comunitários de patrulhamento e aproximação com as clientelas, permite problematizar os limites e possibilidades de tentativas de resgate da credibilidade da instituição policial perante a sociedade. Trata-se de um exame sobre os impactos desse tipo de iniciativa na gestão dos conflitos e da criminalidade em territórios que estão e estiveram esquecidos por políticas sociais e um melhor planejamento para garantir o direito à segurança dessas populações.

A descrição e análise do cotidiano das relações de polícia e população, tendo como lócus uma pequena área de operações, permitiu vislumbrar questões mais abrangentes sobre as práticas da polícia. Esse universo

disciplinar tratada pelo autor que é complementar a disciplina, a biopolítica. Essa última diz respeito as maneiras de “fazer viver” e “deixar morrer”, ou seja, o problema da vida como objeto de escrutínio na gestão da população (FOUCAULT, 2005). As relações de poder travadas na produção social da segurança das pessoas, envolvem ambas tecnologias.

cotidiano é muitas vezes esquecido pela produção de juízos valorativos ou a redução dessa complexidade a simplificações jurídicas sem a devida exploração desse universo de relações sociais. Essas relações envolvem a gestão das práticas ilícitas da população, dos seus conflitos, potencializando tipos diferentes de interação social entre policiais e moradores. Nesse sentido, seus elementos constitutivos são esquemas de dominação e poder.

O efeito da estigmatização do território no exercício do poder policial está relacionado às dinâmicas de relacionamento no interior dos bairros. A política de aproximação da polícia com a população é capturada por processos de seleção moral que reproduzem formas de segregação espacial e distâncias entre a polícia e seu público. Assim, determinadas clientelas são definidas como confiáveis e a construção de laços sociais com elas é desejável e necessária, enquanto outras clientelas são assimiladas como maculadas e evitadas para o contato social da polícia e seus agentes.

A exploração dessa ambivalência permite uma compreensão mais fundamentada desse tipo de experiência envolvendo estratégias aproximação entre polícia e população.

Referências

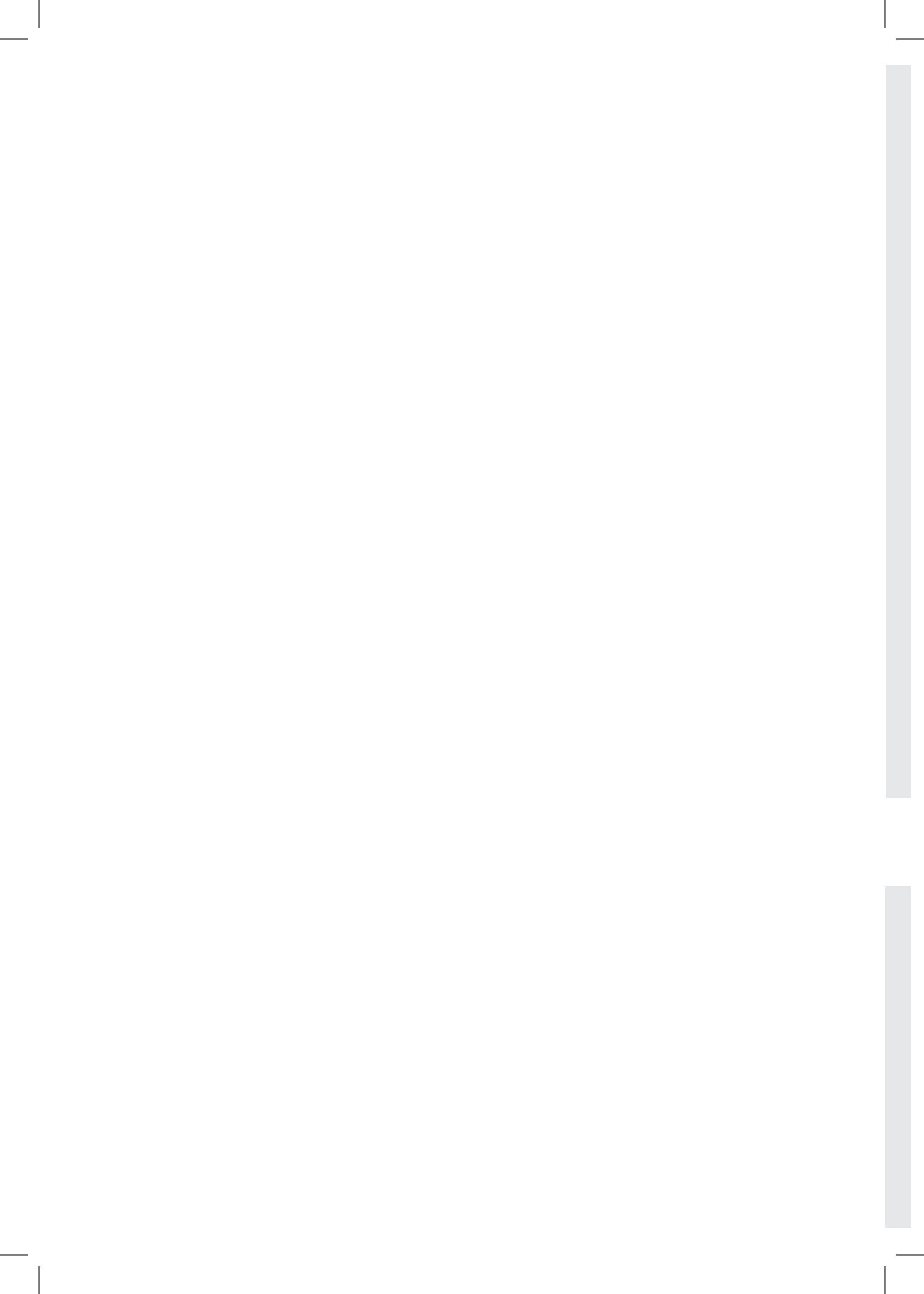
- BARREIRA, César. Em nome da lei e da ordem: a propósito da política de segurança pública. *São Paulo em Perspectiva*, [s.l.], v. 18, n. 1, pp. 77-86, mar. 2004.
- _____. *Cotidiano Despedaçado: Cenas de uma violência difusa*. São Paulo: Pontes, 2008.
- BAUMAN, Zygmunt. *Confiança e medo na cidade*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2005.
- BAYLE, David H.; SKOLNICK, Jerome. *Policimento Comunitário*. São Paulo: Edusp, 2002.
- BECKER, Howard. *Métodos de Pesquisa em Ciências Sociais*. São Paulo: Hucitec, 1994.
- BENGOCHEA, Jorge Luiz Paz et al. A transição de uma polícia de controle para uma polícia cidadã. *São Paulo em Perspectiva*, [s.l.], v. 18, n. 1, p.119-131, mar. 2004.

- BOURDIEU, Pierre. *Razões práticas: sobre a teoria da ação*. São Paulo: Papyrus, 1996.
- _____. *A miséria do mundo*. Petrópolis: Vozes, 2003.
- _____; CHAMBOREDON, Jean-claude; PASSERON, Jean-claude. *A profissão de sociólogo: preliminares epistemológicas*. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 1999.
- BRASIL, Maria Glauécia Mota. As crises na segurança pública: Mudanças e Permanências. *Políticas Públicas e Sociedade*, Fortaleza - Ce, v. 6, n. 1, pp. 89-106, jan. 2003.
- _____.; ABREU, Domingos. Uma experiência de integração das polícias civil e militar: os Distritos-Modelo em Fortaleza. *Sociologias*, Porto Alegre, n. 8, p. 318-355, Dez. 2002
- CERQUEIRA, Carlos Nazareth. *O futuro de uma ilusão: sonho de uma nova polícia* – Rio de Janeiro: F. Bastos, 2001.
- ELIAS, Norbert; SCOTSON, J. L. *Os Estabelecidos e os Outsiders: sociologia das relações de poder a partir de uma pequena comunidade*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2000.
- FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder*. Rio de Janeiro: Graal, 1979.
- _____. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. Petrópolis: Vozes, 1987.
- _____. *História da sexualidade I: a vontade de saber*. Rio de Janeiro: Graal, 1993.
- _____. *Em defesa da sociedade*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- FREITAS, G. J. MELLO, P. D. A. & ALMEIDA, R. O. *Organizações Policiais em Revista*. Campinas: Pontes, 2009.
- FREITAS, J.F.G. *Implantação do policiamento comunitário na cidade de Juazeiro do Norte através do programa “Ronda do Quarteirão”*: possibilidade para redução dos índices de violência. Monografia, UNISUL, 2009.
- GOFFMAN, Erving. *Estigma: notas sobre a manipulação da identidade deteriorada*. Rio de Janeiro: Guanabara, 1988.
- MUNIZ, Jaqueline. A crise de identidade das polícias militares brasileiras: dilemas e paradoxos da formação educacional. *Security and Defense Studies Review: Center for Hemispheric Studies*. Washington, DC, v.1 Mai, pp. 22-25, 2001.
- PINHEIRO, A. S., *Polícia comunitária e cidadã – entre velhas e novas práticas policiais*. Tese (doutorado em Sociologia) - Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2008.

- _____. A Polícia corrupta e violenta: os dilemas civilizatórios nas práticas policiais. *Sociedade e Estado*. Brasília, v. 28, n. 2, agosto de 2013.
- PINHEIRO, Paulo Sérgio. Polícia e crise política: o caso das polícias militares. In: PAOLI, Maria Célia et al. *A violência brasileira*. São Paulo: Brasiliense, 1982, pp. 57-91.
- RATTON, J. L.; BARROS, M. *Polícia, Democracia e Sociedade*. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2007.
- SIMMEL, Georg. *Questões fundamentais de sociologia: indivíduo e sociedade*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2006.
- _____. A Metrópole e a vida mental. In: VELHO, Otávio (Org.) *O fenômeno urbano*. Rio de Janeiro: Guanabara, 1987, pp. 11-25.
- WEBER, Max. *Economía y sociedad: esbozo de sociología comprensiva*. Madrid: Fondo de Cultura Económica, 2002.
- ZAVERUCHA, Jorge. Poder militar: entre o autoritarismo e a democracia. *São Paulo em Perspectiva*, [s.l.], v. 15, n. 4, pp. 76-83, dez. 2001.

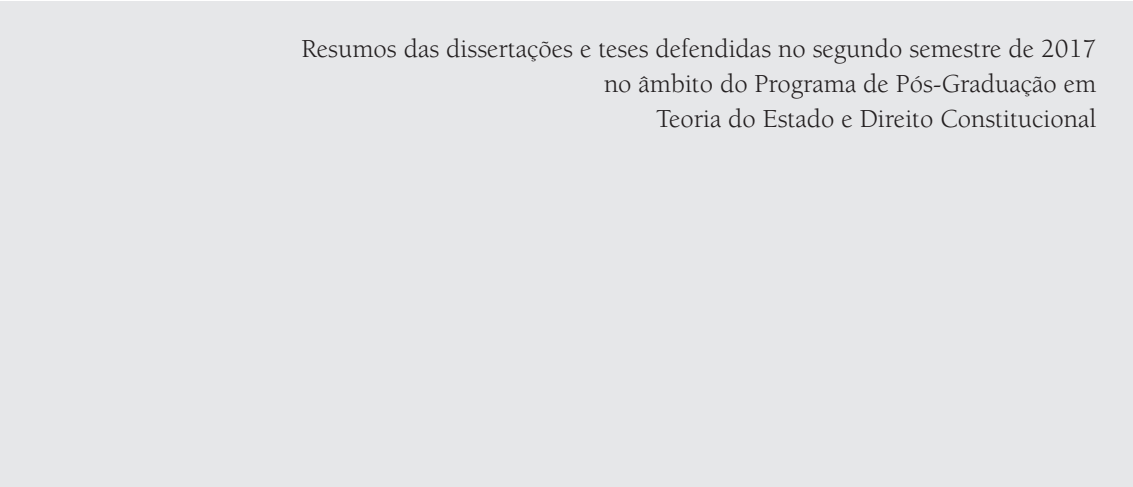
Recebido em 12 de dezembro de 2016.

Aprovado em 26 de dezembro de 2017.





Notícias e informações



Resumos das dissertações e teses defendidas no segundo semestre de 2017
no âmbito do Programa de Pós-Graduação em
Teoria do Estado e Direito Constitucional

Aluno: Raquel Costa Dias (Mestrado)

Título: A repressão criminal ao poder constituinte: as jornadas de junho de 2013 no Rio de Janeiro e o processo penal

Data da Defesa: 19/07/2017

Banca: Adriano Pilatti (Orientador), Alexandre Fabiano Mendes, Rubens Roberto Rebello Casara e Victoria Amalia de Barros Carvalho Gozdawa de Sulocki.

Resumo: O presente trabalho destrincha a tensão entre poder constituinte e poder constituído na perspectiva das manifestações no Rio de Janeiro em junho de 2013, que são analisadas como formas contemporâneas de vivência real e prática da democracia, através da multidão, que velozmente reagia às agressões acumuladas vindas do poder constituído e dos setores interessados em manter o *status quo*. A multidão que foi às ruas participar dos movimentos iniciados em 2013 no Rio de Janeiro, através das redes sociais da internet, promoveu a interação e conexão de pessoas por meio dos movimentos em rede, independentemente de suas origens, ideologias ou filiações. A partir da autonomia desse espaço virtual, os movimentos sociais venceram o medo do poder constituído e lançaram-se às ruas, formaram coletivos e utilizaram-se de táticas de autodefesa. A essa parcela da sociedade contemporânea formadora da multidão de 2013 são negados os direitos da cidadania, distanciando-a dos interesses do capital e aproximando-a do conceito de inimigo. Isso ocorre especialmente quando esta se rebela contra o *status quo*, cuja manutenção interessa à sociedade global de controle, e que funciona simultaneamente como fomentador e como estabilizador da desigualdade, sendo esta aumentada com o incremento da repressão do Estado. A repressão violenta e desproporcional do Estado é exemplificada neste trabalho por três momentos que contribuíram para o enfraquecimento do movimento constituinte emerso das ruas em 2013, na cidade do Rio de Janeiro, marcando uma verdadeira instrumentalização da repressão à multidão: (i) a criação da Comissão Especial de Investigação de Atos de Vandalismo, através de decreto do chefe do Executivo estadual; (ii) a tramitação em regime de urgência do projeto de lei e a sanção, pela chefe do Executivo Federal, da Lei que cria o conceito de organização criminosa; e (iii) o inquérito policial que culminou com a

prisão de vinte e três manifestantes cariocas às vésperas da final da Copa do Mundo no Brasil. A severa repressão dos levantes de 2013 colaborou para a manutenção do pensamento inquisitorial e para o fortalecimento de instituições autoritárias. Tal fenômeno desafia o presente trabalho a refletir sobre a viabilidade da instrumentalização do Processo Penal como meio de contenção das arbitrariedades reiteradamente cometidas contra aqueles que não se beneficiam da manutenção do status quo.

Aluno: Flavia Abido Alves (Mestrado)

Título: Da Derrota da Dialética ao Trabalho da Multidão: uma análise do pensamento de Antonio Negri na virada dos anos 1970 – 1990

Data da Defesa: 11/08/2017

Orientador: Adriano Pilatti (Orientador), Giuseppe Mario Cocco e Rodrigo Guimaraes Nunes.

Resumo: O objetivo desta dissertação é apresentar, dentro de um período da obra de Antonio Negri contextualizado pelas várias dimensões de uma crise vivenciada na transição ao capitalismo avançado, o movimento no sentido de elaboração de uma ontologia constitutiva que culminou na proposição de novas alternativas às práticas constituintes de massa, em substituição ao comunismo já desgastado pela dialética socialista e pelos efeitos deletérios do stalinismo. É numa época de crise e de derrota, tanto pessoal – infligida pela dor e pela injustiça dos mais de quatro anos do primeiro período de prisão amargados em razão da intensificação de sua atividade militante no movimento operário autônomo italiano – quanto coletiva – determinada pela restauração da transcendência do capital sobre o trabalho que marcou o processo de passagem para a subsunção real da vida pelo capital – que Negri intensifica a sua imersão teórica no pensamento que constitui a alternativa radical à modernidade hegemônica representada pela linha transcendente e idealista, visando à construção de uma ontologia constitutiva que pudesse expandir a vocação revolucionária numa direção afirmativa. Todo o período pode ser compreendido como uma reflexão sobre a derrota e sobre como a partir dela é possível alçar-se a algo novo. Para um marxista como Negri trata-se de, sob a inspiração de Maquiavel,

da figura bíblica de Jó e, principalmente, de Spinoza, refletir sobre as possibilidades de uma revolução que, para além da já desgastada e enrijecida tradição do pensamento revolucionário, e tendo sempre a luta de classes como história subjacente, possa ultrapassar o horizonte de indiferença imposto pela racionalidade instrumental da modernidade em direção a um pensamento que aposta na potência das forças produtivas e na possibilidade de que a multiplicidade se constitua como singularidade e força ordenadora, numa relação sempre aberta entre sujeito e procedimento constituinte.

Aluno: Pedro Henrique Veiga Christmann (Doutorado)

Título: A expressão da normatividade: um esboço da arquitetura sociopsicológica da aceitação de regras

Data da Defesa: 22/08/2017

Banca: Noel Struchiner (Orientador), Fabio Perin Shecaira, Marcelo de Araujo, Rachel Barros Nigro, Rodrigo de Souza Tavares.

Resumo: O tema da normatividade desde sempre foi tido como misterioso. Muitas explicações foram dadas sobre o fenômeno em diversos âmbitos do saber, embora nenhuma em definitivo. Quando se trata da normatividade jurídica não é diferente. Com o objetivo de trazer novas luzes sobre o nebuloso assunto, o ponto de partida da presente investigação é o conceito de afirmações internas do direito, tal como formulado por Herbert L. A. Hart. Por meio de uma análise sociolinguística, o autor propõe que tais enunciados comprometidos com o direito sejam vistos como expressões da aceitação de certas regras. No entanto, o autor não vai muito além em pontos importantes e alguns questionamentos surgem tanto sobre a melhor leitura de certos conceitos na obra de Hart, quanto em relação a real capacidade de sua teoria dar conta do tema. Há evidências nos escritos do autor que permitem dizer que a sua proposta é bastante semelhante à ideia de expressivismo de normas, tal como formulado por Allan Gibbard no campo da metaética. Essa linha teórica aparece como uma versão sofisticada de não-cognitivismo e, portanto, entende que os termos normativos são geralmente utilizados na linguagem ordinária para expressar um estado conativo, um estado mental

diferente de uma crença, e que, portanto, não possui aptidão de verdade. Pretende-se demonstrar que tal postura, expressivista, é bastante atraente para o filósofo do direito, pois consegue explicar tanto as afirmações internas do direito como o elo implícito com a ideia de normatividade. Além disso, essa perspectiva é capaz de responder às críticas que teóricos rivais (cognitivistas) formularam sobre a construção conceitual hartiana. Por meio da análise da superação por parte dos autores expressivistas de argumentos tradicionais do campo da metaética é possível deixar mais sólida a posição dentro da teoria do direito, bem como transferir o ônus argumentativo para os oponentes da posição. Por fim, será sugerida interpretação sobre o mecanismo psicológico e social por detrás do expressivismo de normas. O recente corpo de evidência científica parece fornecer uma licença para o otimismo em favor do expressivismo em relação à capacidade de se desvendar o mistério da normatividade.

Aluno: Antonio Leal de Oliveira (Doutorado)

Título: O direito à memória como um dos fundamentos da dignidade humana: memória política e a justiça para as vítimas do progresso

Data da Defesa: 22/08/2017

Banca: Bethânia de Albuquerque Assy (Orientadora), Daniel Borrillo, José Maria Gomez, Nelson Camatta Moreira, Vera Karam de Chueiri, Véronique Champeil-Desplats.

Resumo: A ideia central, que subjaz essa tese, é de que a forma como um povo constrói, absorve e trabalha sua memória, entendida em sua dimensão sócio-política, é fundamental para a caracterização, reconhecimento e definição do espaço das relações políticas, sociais e, consequentemente, jurídicas desta comunidade. Toda lembrança, todo esquecimento, toda história narrada em público por um povo tem o poder de condicionar o espaço político vivenciado por esse povo e acaba por vincular suas promessas para o futuro. Diante do cenário brasileiro (marcadamente desigual, injusto, opressor), a presente tese foi construída a partir de uma reflexão pautada nas seguintes questões: os efeitos e consequências de um trabalho de memória coletiva na realidade política presente e na sua projeção para o futuro; o reconhecimento do passado,

de forma a restituir a reabilitação social e a justiça das vítimas, possibilitando sua visibilidade e protagonismo social; o papel da narrativa (especialmente desde um olhar da vítima) em sua dimensão política e ética; o reconhecimento da tradição que foi recebida e a libertação para o futuro.

Aluno: Fernanda Ferreira Pradal (Doutorado)

Título: A “justiça de transição” no Brasil: o caso do Departamento de Ordem Política e Social (DOPS) do Rio de Janeiro

Data da Defesa: 28/08/2017

Banca: José Maria Gómez (Orientador), Bethania de Albuquerque Assy, Daniel Borrillo, Dulce Chaves Pandolfi, Pedro Claudio Cunha Branco Bocayuva Cunha, Véronique Champeil-Desplats.

Resumo: Este trabalho aborda a disputa de memórias, usos e projetos entorno do edifício do antigo Departamento de Ordem Política e Social (DOPS) no quadro do processo da chamada justiça transicional no Brasil. O foco do trabalho é a dinâmica do conflito pelo lugar de memória no contexto das lutas sociais protagonizadas por ex-presos políticos e familiares de mortos e desaparecidos da ditadura militar (1964-1985). O confronto entre os projetos “Espaço Cultural Memória e Direitos Humanos” e “Museu da Polícia Civil” revela o que está em jogo em termos simbólicos, ideológicos e pedagógicos. É apresentado e problematizado o lugar ocupado pela polícia política na estrutura do aparato repressivo da ditadura, assim como pela Polícia Civil na segurança pública em situação de democracia no Brasil.

Aluno: Valdenia Geralda de Carvalho (Doutorado)

Título: Política Criminal e o Impacto Desproporcional do Genocídio Negro sobre as Mulheres

Data da Defesa: 04/09/2017

Banca: João Ricardo Wanderley Dornelles (Orientador), João Batista Moreira Pinto, Kiwonghi Bizawu, Paulo Umberto Stumpf e Victoria Amalia de Barros Carvalho Dozdawa de Sulocki.

Resumo: Este trabalho pauta o impacto desproporcional do genocídio negro sobre as mulheres, a partir da leitura das judicializações da injúria racial, no âmbito restrito do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Demonstramos que a criminalização da conduta da injúria racial não reduziu sua prática, vez que não veio acompanhada de indispensável política pública de educação no sentido de extirpação da odiosa discriminação que atinge, em especial, a mulher negra. A mulher negra, apesar de símbolo de resistência e protagonismo, padeceu através dos tempos de um duplo estigma, tanto em sua vulnerabilidade de gênero, quanto da sua subalternização em relação à cor de sua pele. Agregado a isso tudo, a invisibilidade da pobreza e condições precaríssimas de vida e de trabalho. Sua resistência a esse duplo estigma deve ser enxergada como um continuum. A falsa “democracia racial”, mito construído para garantir a supremacia branca, não tem qualquer efetividade além do seu próprio – e estéril – discurso. Busca-se problematizar a responsabilidade do Poder Judiciário na manutenção de processos históricos de violação de direitos, com o objetivo de possibilitar outras ferramentas jurídicas para a luta antirracista.

Aluno: João Maurício Martins de Abreu (Doutorado)

Título: O problema da propriedade privada a partir de Espinosa

Data da Defesa: 13/09/2017

Banca: Francisco de Guimarães (Orientador), Adriano Pilatti, Ana Luiza Saramago Stern, Elton Luiz Leite de Souza, Homero Silveira Santiago e Mauricio de Albuquerque Rocha.

Resumo: Esta tese parte de uma questão: existem vetores originais na obra de Espinosa para pensar a propriedade privada? Defendo a afirmativa, a partir de um deslocamento das imagens usuais da propriedade para dois eixos de reflexão, que emergem do texto do filósofo: o do desejo de separar e garantir o “meu” (propriedade-direito) e o da regra de vida que desejamos estabelecer para conduzir aquele desejo (propriedade-lei). Propriedade-direito não é direito subjetivo de propriedade. E propriedade-lei não é o mesmo que ato de autoridade do Estado sobre um direito de propriedade. Após definir o lugar epistemológico da tese e seus métodos;

após identificar as formas jurídicas que produziram as imagens modernas de propriedade; após caracterizar as ideias, práticas e consequências socioeconômicas e políticas do capitalismo emergente sobre as imagens de propriedade, o texto centra-se totalmente em Espinosa e aborda o tema a partir de três perspectivas: a da teoria do conhecimento, a da teoria da liberdade e a da teoria política do filósofo. Como se põe o problema da propriedade (direito ou regra) sob essas três óticas?

Aluno: Tomas Fernandes Nazareth Prisco Paraiso Ramos (Doutorado)

Título: Por uma geofilosofia da liberdade — é preciso liberar a filosofia do Direito de sua sujeição transcendental

Data da Defesa: 13/09/2017

Banca: Maurício de Albuquerque Rocha (Orientador), Bernardo Carvalho Oliveira, Bethania de Albuquerque Assy, Rogério Pacheco Alves e Tatiana Marins Roque.

Resumo: Uma das características mais peculiares de nossa cultura jurídica é o fato de que, em geral, quando problematizamos a conduta, somos moralistas, legalistas ou antropocêntricos. Isto é, costumamos recorrer aos conceitos de dogma, regra ou norma para pensar o Direito. Condenamos a desobediência, punimos a infração ou corrigimos o desvio. Acreditamos na justiça universal, na soberania territorial ou na superioridade da razão. Mobilizamos as lógicas da graça divina, da fonte suprema ou da dignidade humana. Operamos nos paradoxos do milagre, da exceção ou do instinto. Falamos nos termos do pecado, do crime ou da doença. Argumentamos em nome da alma, da ordem ou da saúde. Calculamos nossa salvação, nossa segurança ou nossa higiene. Em suma, somos aparelhados pelas imagens de Deus, do Rei e do Homem. E assim, nossa sujeição transcendental aos discursos da Justiça, da Lei e do Humano nos impede de pensar caminhos alternativos aos que percorremos até aqui. O objetivo da presente tese é desnaturalizar os alicerces teocráticos, imperialistas e colonialistas de nossa metafísica jurídica. O propósito é sugerir outro regime de conceitualidade para problematizar a conduta. O desafio é contribuir para uma futura teoria diferencial do Direito.

Aluno: Yaimara Perez Alvarez (Mestrado)

Título: O Dano Moral como lesão ao princípio constitucional da dignidade humana. Perspectiva comparada entre os sistemas cubano e brasileiro.

Data da Defesa: 27/10/2017

Banca: Caitilin Sampaio Mulholland (Orientadora), Carlos Edison do Rego Monteiro Filho, Maria Celina Bodin de Moraes.

Resumo: A dignidade da pessoa humana é um dos fundamentos que todo Estado deve resguardar e preservar. A violação injusta de seus elementos gera irremediavelmente um dano moral que conduz ao ressarcimento da vítima, com o intuito de restabelecer a situação anterior à ocorrência do dano, colocando-a novamente no pleno desfrute dos direitos que lhe foram lesionados. No caso do Brasil, o dano moral tem reparação econômica constitucionalmente regulada, mas sua interpretação e aplicação judicial, em alguns casos, não respondem aos critérios doutrinários e constitucionais existentes, diante dos altos valores fixados a título de compensação e a inobservância dos elementos que compõem a responsabilidade civil, ressarcindo-se economicamente a maioria das demandas apresentadas. Em Cuba, encontra-se reconhecida constitucionalmente a dignidade humana como fundamento do Estado, sendo a lei primeira no sistema; não obstante, quando ocorre a ofensa de seus elementos, sua reparação se limita à retratação pública do ofensor, não se encontrando o reparo econômico como opção legítima para ressarcir o dano moral ocasionado, tornando, assim, escassas a proteção do indivíduo e a aplicabilidade do dano moral. As dificuldades que apresentam os dois países podem ser superadas a partir da valoração dos ordenamentos jurídicos como um todo, visando a reparação do dano extrapatrimonial desde a perspectiva do direito civil-constitucional, sendo possível em Cuba a reparação econômica do dano extrapatrimonial justificada nas leis e instituições que conformam o sistema; e no caso do Brasil, além da reparação pecuniária, pode-se adotar a retratação pública do ofensor como possibilidade inserida no direito de resposta.

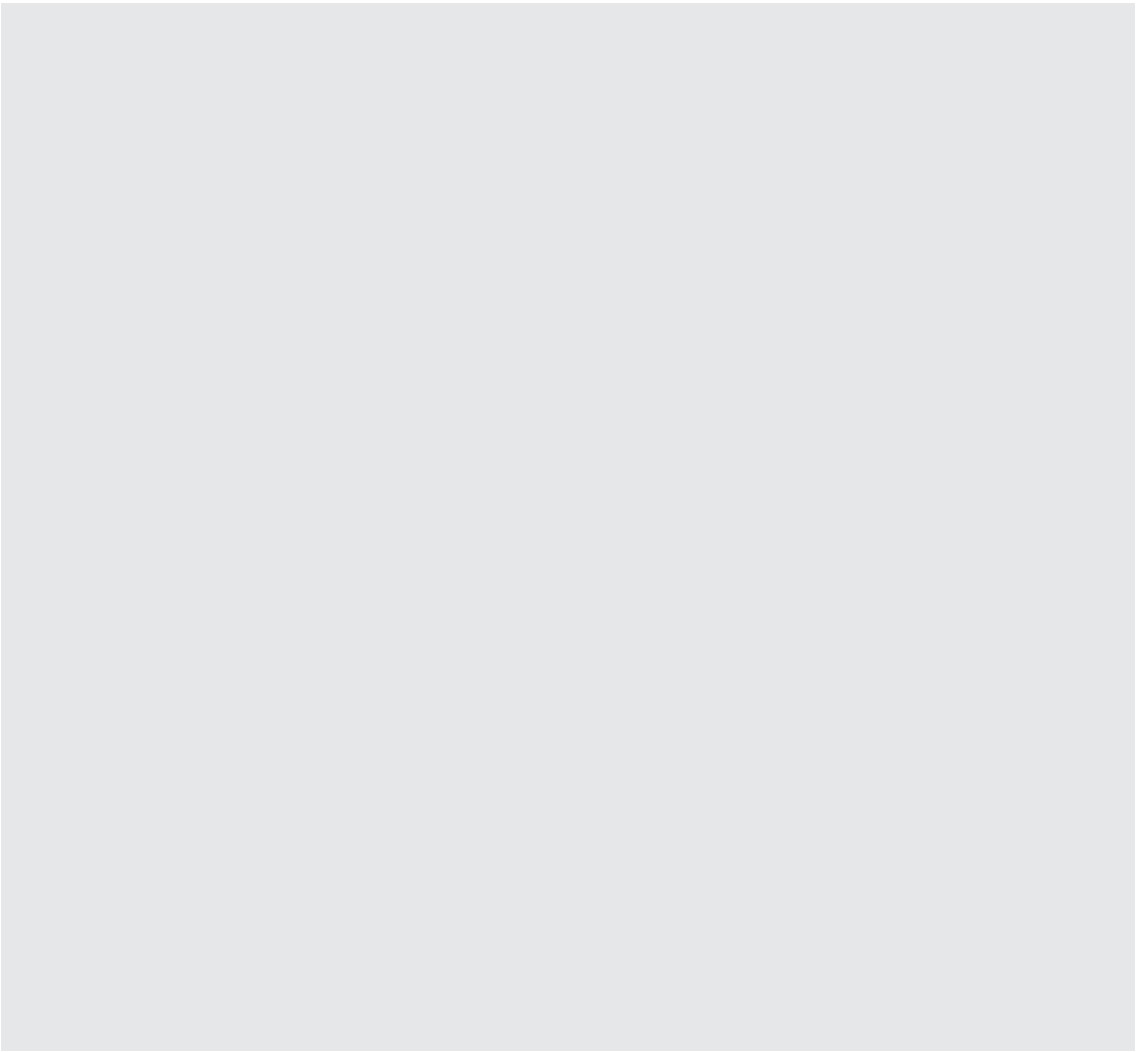
Aluno: Aline Caldeira Lopes (Doutorado)

Título: Sob os despojos da história: territórios negros tradicionais em meio à ditadura militar no Brasil

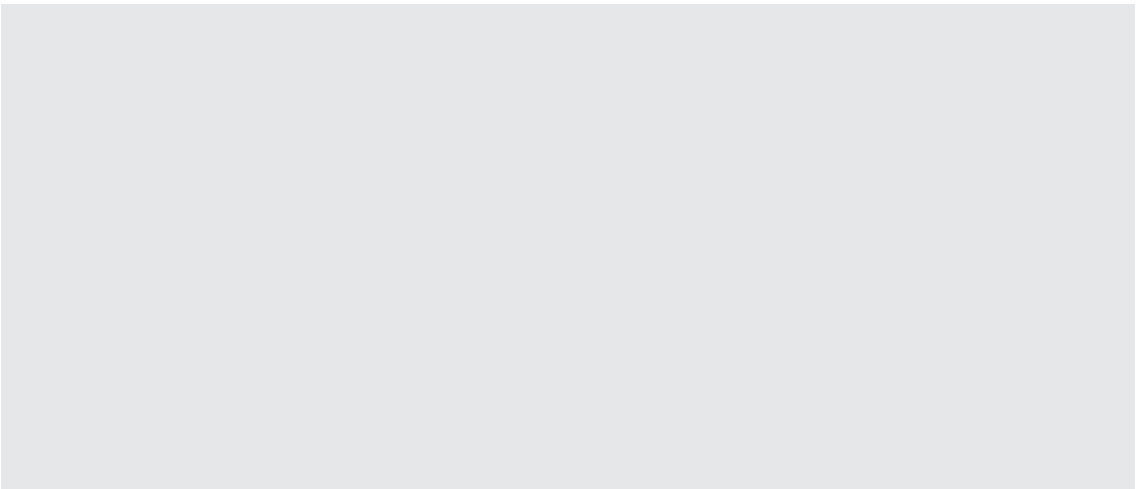
Data da Defesa: 19/12/2017

Banca: José Maria Gómez (Orientador), Bethania de Albuquerque Assy, Leonilde Servolo de Medeiros, Luciane Soares da Silva e Thula Rafaela de Oliveira Pires.

Resumo: A pesquisa aborda o tema dos conflitos sócio jurídicos em territórios negros tradicionais situados em áreas militares no Brasil durante a década de 1970. Trata-se da análise e compreensão de documentos e relatos que narram parte do cotidiano de violência em áreas que são, contemporaneamente, reconhecidas como territórios remanescentes de quilombos. Buscou-se compreender os processos de dominação e de resistência durante a ditadura militar a partir da experiência empírica de Ilha da Marambaia (RJ) em diálogo com documentados relativos ao território de Rio dos Macacos (BA). Em ambos os casos, o início da ocupação pela Marinha do Brasil coincide com o ano de 1971. A pesquisa se insere, portanto, na perspectiva de construção e reconstrução da história dos vencidos, trata-se de uma abordagem que procura realizar a leitura da história à contrapelo, fazendo emergir os fragmentos de documentos e memórias que irão permitir releituras e o aprofundamento da compreensão sobre o passado. Nesse sentido, a pesquisa recomenda a consolidação de políticas de reparação às práticas de violação aos direitos humanos perpetradas nos referidos territórios em meio aos anos em que vigorou o regime ditatorial no Brasil, para tanto buscou um diálogo com as conclusões da Comissão Camponesa da Verdade.



Resumos/*Abstracts*



Assy, Bethânia de Albuquerque; Hoffman, Florian Fabian. Towards a (radically) decolonial anthropology: revisiting the Iberian school of Peace's encounter with (the rights of) Amerindians.

Abstract: The School of Salamanca's response to the cognitive crisis which the encounter between Europeans and Amerindians in the sixteenth century generated has become one of the most referenced moments in colonial historiography for the role it played in the formation of (European) international law. While the traditional position on the School's use of natural rights to frame the relationship with Amerindians argued that it thereby sought to mitigate the colonizing universality of the incipient (European) *ius gentium*, more recent post/decolonial (re-) readings have exposed this move as a mere strategy for the epistemic subjugation of Amerindia. However, in line with their historicist premises, both positions have focussed on the impact of Salamanca thought on the European history of ideas and have left its significance as a response to the experience of radical alterity vis-à-vis the Amerindian encounter (relatively) underexplored. For the Salamanca's resort to rights language can also be seen as a way to grapple with the fundamental perspectivist challenge that the culturally different yet epistemically equivalent 'reason' of the Amerindians represented. Their "solution" of a historically concretized pluricultural *jusnaturalism* was neither entirely coherent nor free from Eurocentrism, but its counterfactual genesis through a combination of late scholastic universalist realism and Amerindian multinaturalism shows that the Amerindian encounter was intellectually much less one-sided than its European reception history would acknowledge. Yet, this approach requires not only a (subtle) shift towards an ethnographic perspective but also a (radically) anthropological reconstruction of the historiography of early modern international law.

Keywords: Human Rights; International Law; Iberian School of Peace; Amerindians, Radical Anthropology.

Rumo a uma Antropologia (Radicalmente) Decolonial: Revisitando o Encontro da Escola Ibérica da Paz com (os Direitos d)os Ameríndios.

Resumo: A resposta da Escola de Salamanca à crise cognitiva gerada pelo encontro entre europeus e ameríndios no século XVI tem se convertido em um dos momentos mais referenciados na historiografia colonial devido ao papel que desempenhou na formação do direito internacional (europeu). Embora a posição tradicional sobre o uso dos direitos naturais da Escola para enquadrar o relacionamento com os ameríndios tenha mitigado a universalidade colonizadora do incipiente *ius gentium* (europeu), (re)leituras post/descoloniais mais recentes expuseram esse movimento como uma mera estratégia para a subjugação epistêmica dos ameríndios. No entanto, de acordo com suas premissas historicistas, ambas as posições se concentraram no impacto da doutrina de Salamanca sobre a história europeia das ideias e deixaram (relativamente) sub-explorado seu significado como resposta à experiência de alteridade radical em relação ao encontro ameríndio. O recurso a linguagem de direitos dos salamanquianos também pode ser visto como uma maneira de lidar com o desafio perspectivista fundamental que a “razão” culturalmente diferente, ainda que epistemologicamente equivalente, dos ameríndios representou. A sua “solução” de um *jusnaturalismo* pluricultural historicamente concretizado não era inteiramente coerente nem livre do eurocentrismo. Mas sua gênese contrafactual por meio de uma combinação de realismo universalista escolástico tardio e de multinaturalismo indígena mostra que o encontro ameríndio era intelectualmente muito menos unilateral do que a recepção europeia histórica reconheceria. No entanto, essa abordagem exige não apenas uma virada (sutil) para uma perspectiva etnográfica, mas também uma reconstrução antropológica radical da historiografia do início da era moderna do direito internacional.

Palavras-chave: Direitos humanos; Direito internacional; Escola ibérica da paz; Ameríndios; Antropologia radical.

Lacerda, Bruno Amaro. As origens do igualitarismo.

Resumo: Este artigo objetiva investigar as origens históricas do igualitarismo, doutrina que denuncia a desigualdade econômica como um mal social e defende sua atenuação ou eliminação como condição

para o alcance da sociedade justa. Procurou-se mostrar que o igualitarismo rejeita a igualdade de direitos ou “igualdade perante a lei” por considerá-la insuficiente e, em certa medida, responsável pela manutenção das disparidades existentes, propondo substituí-la pela “verdadeira igualdade” ou “igualdade de fato”, que se viabiliza pelo combate estatal à pobreza e à exploração das camadas mais baixas da sociedade. A investigação mostra que as primeiras discussões sobre o tema ocorreram nas décadas que antecederam a Revolução francesa e se converteram em ações político-jurídicas em seu curso, por meio de nomes como Robespierre, Babeuf e Thomas Paine, abrindo o caminho para o surgimento, no século XIX, de ideias como o socialismo e a justiça social.

Palavras-chave: Igualdade; Justiça; Revolução francesa.

The origins of egalitarianism.

Abstract: This paper investigates the historical origins of egalitarianism, theory that refuses economic inequality as a social evil and defends its mitigation or abolition as a condition for the achievement of a just society. The article shows that egalitarianism rejects juridical equality or “equality before the law”, arguing its insufficiency and, to some extent, responsibility for maintaining the social disparities, proposing to replace it with the “real equality” or “equality of fact” that fights against poverty and exploitation of the lowest strata of society. The research also shows that the first discussions on the question took place in the decades leading up to the French Revolution and became political and legal action in its course through names like Robespierre, Babeuf and Thomas Paine, paving the way for the emergence, in nineteenth century, of the ideas of socialism and social justice.

Keywords: Equality; Justice; French revolution.

De Oliveira, Emerson Ademir Borges. Democracia, eternidade e universalidade à luz do constitucionalismo: o projeto constitucional e o tempo híbrido de François Ost.

Resumo: A efetivação da Constituição subscreve-se como um dever paulatino a cargo de todos os leitores e agentes do Estado Democrático de Direito. Do Poder Público, em especial, o dever de efetivação, mais do que um compromisso assumido no passado, é a garantia da leitura democrática. Noutras palavras, o projeto constitucional se entrelaça com o próprio projeto democrático. Uma das garantias do implemento democrático é justamente a garantia de que o projeto constitucional se mostrará eficaz. Desta forma, ultrapassada a vertente meramente aplicadora da lei, típica da concepção liberal, quando o Judiciário emerge como criador do Direito, em um aspecto interpretacionista, o faz em nome da democracia e em nome de uma Constituição que se inscreveu no tempo, mas que requer uma constante releitura. Mais do que isso: uma releitura que marque o equilíbrio entre o momento instituinte e suas pedras angulares e a promessa de um futuro dinâmico. Neste momento, surge a discussão acerca dos limites da interpretação, ou, melhor dizendo, acerca do liame que separa a interpretação criadora da criação interpretativa, assim como o modo técnico-racional utilizado pelo Judiciário para realizar o princípio democrático. Quais os pontos de partida e chegada para que a leitura constitucional não seja nem tão presa a um estado imutável pretérito e nem tão acentuada a ponto de alterar totalmente a promessa realizada? O presente artigo deita-se no propósito de discutir essa relação entre o tempo, a democracia e o projeto constitucional a partir da leitura que deles fazemos e das lições de François Ost. Em termos metodológicos, trata-se de pesquisa eminentemente bibliográfica e jurisprudencial.

Palavras-chave: Democracia; Neoconstitucionalismo; Tempo híbrido; Mutação constitucional; Projeto democrático.

Democracy, eternity, and universality in the light of constitutionalism: the constitutional project and the hybrid time of François Ost.

Abstract: The implementation of the Constitution subscribes as a gradual duty on behalf of all readers and agents of the Democratic State of Law. Of the Public Power, in particular, the duty of effectiveness, more than a commitment assumed in the past, is the guarantee of a democratic

reading. In other words, the constitutional project intertwines with the democratic project itself. The guarantee of democratic implementation is precisely the guarantee that the constitutional project will prove effective. In this way, when the judicial branch emerges as the creator of law, in an interpretational aspect, it does so in the name of democracy and in the name of a constitution that has been inscribed in time, but requires constant re-reading. More than that: a re-reading that marks the balance between the instituting moment and its cornerstones and the promise of a dynamic future. At this point, the discussion about the limits of interpretation, or, rather, about the line that separates interpretative creation and creative interpretation as well as the technical-rational way used by the Judiciary to fulfill the democratic principle. What are the points of departure and arrival so that the constitutional reading is not so much attached to an unchanging past and not so accentuated as to totally change the promise made? The present article has the purpose of discussing this relationship among time, democracy and the constitutional project through our reading of them and the lessons of François Ost. In methodological terms, this is an eminently bibliographical and jurisprudential research.

Keywords: Democracy; Neo-constitutionalism; Hybrid time; Constitutional mutation; Democratic project.

Flores, Isabel Carrillo. El compromiso ético y político con el derecho a la educación: entre discursos y realidades.

Resumen: El legado del siglo veinte nos muestra avances en los Derechos Humanos, entre ellos el Derecho a la Educación, pero también nos evidencia los problemas de vulneración y las barreras aún existentes. Las crisis económicas recientes han agravado la situación, y las desigualdades educativas en vez de disminuir se acrecientan al amparo de políticas de ajuste en lo concerniente a derechos sociales. El contenido del texto plantea tal coyuntura y para hacerlo se estructura en cuatro apartados. Tras una breve presentación que nos permite contextualizar el tema, se realiza un breve repaso a cuatro estudios impulsados por la UNESCO (Coombs, Faure, Delors, Morin) que muestran las dificultades y los logros en educación desde la segunda guerra mundial al cambio de milenio.

A continuación se presentan dos paradojas que vive la educación cuestionada del presente. Por una parte se expanden las políticas que llevan a prácticas que niegan la educación como derecho, al mismo tiempo se ensalza el valor de una educación de calidad para el desarrollo. Por otra parte, y en relación a lo anterior, la educación de calidad que se propone no incorpora la formación humana, más bien al contrario se mercantiliza la educación y se propone una educación para el emprender y la empleabilidad como medida anticrisis. En el último apartado se plantea el Derecho a la Educación como reto deseable y posible.

Palabras clave: Derechos humanos; Derecho a la educación; Educación.

O compromisso ético e político com o direito à educação. Entre discursos e realidades.

Resumo: O legado do século XX nos mostra avanços nos Direitos Humanos, entre eles o Direito à Educação. Mas também nos evidencia os problemas envolvendo a vulnerabilidade e as barreiras ainda existentes. As crises económicas recentes têm agravado a situação, e as desigualdades educativas, em vez de diminuir, crescem ao amparo de políticas de ajustes relativas aos direitos sociais. O conteúdo do texto expõe tal conjuntura e, para fazê-lo, se estrutura em quatro seções. Após uma breve apresentação que permite contextualizar o tema, faz-se uma breve revisão de quatro estudos promovidos pela UNESCO (Coombs, Faure, Delors, Morin) que mostram as dificuldades e os êxitos na educação desde a segunda guerra mundial até a mudança do século. Após, são apresentados dois paradoxos pelos quais passa a educação ora analisada. Por um lado, se expandem as políticas que levam a práticas que negam a educação como direito, mas ao mesmo tempo se exalta o valor de uma educação de qualidade para o desenvolvimento. Por outro lado, e em relação ao anterior, a educação de qualidade que se propõe não incorpora a formação humana, mas ao contrário, se mercantiliza, propondo-se uma educação para o empreendedorismo e a empregabilidade como uma medida anti-crise. Na última seção, o direito à educação é apresentado como um desafio desejável e possível.

Palavras-chave: Direitos humanos, Direito à educação, Educação.

The ethical and political commitment to the right to education. Between discourses and realities.

Abstract: The legacy of the 20th century has shown advances in the achievement of Human Rights, included the Right to Education. However, it has also shown problems involving the vulnerability and the barriers still existent regarding such rights. The economic crisis have aggravated the situation, and the educational inequalities, in place of weakening, grow along with the adjustment of social rights policies. This paper exposes such scenario, and, to do so, is structured in 4 sections. After a brief introduction that allows the contextualization of the subject, there is a brief review of four studies promoted by UNESCO (Coombs, Faure, Delors, Morin) that show the difficulties and the achievements on education from world war II until the change of the century. Then, the paper exposes two paradoxes which education goes through. On one hand, there is an expansion of policies that result in practices that deny education as a right, but at the same time an exaltation of the values of a quality education for development. On the other hand, the quality education exalted does not incorporate a human formation, but, on the contrary, mercantilizes itself, being education proposed as a means for entrepreneurship and the employability as an anticrisis mechanism. In the last section, the right to education is shown as a desirable and possible challenge.

Keywords: Human rights; Right to education; Education.

Nascimento, Irley Carlos Siqueira Quintanilha; Varella, Marcelo Dias. Tabeliães e registradores nos arranjos institucionais de políticas públicas brasileiras de desjudicialização.

Resumo: O artigo parte do questionamento: como atividades notariais e de registro estão inseridas em ações de desjudicialização do Estado brasileiro? O objetivo geral é demonstrar que tal inserção ocorre em consonância com iniciativas de simplificação das relações jurídicas. Como objetivo específico, busca contribuir para o conhecimento e aperfeiçoamento das atuais e formulação de novas ações. Para isso investiga a participação dos cartórios em arranjos institucionais de políticas públicas

de desjudicialização já em curso. A proposta é o desdobramento destas sob o aspecto do conjunto de normas e arranjos mediados pelo direito, a partir da revisão bibliográfica, nacional e estrangeira, e de leis em sentido estrito e regulamentos administrativos. São identificadas tensões decorrentes da política na formulação de novos programas e ações. Para delinear o ciclo das políticas públicas de desjudicialização, apresenta considerações sobre incrementalismo, implementação e dimensão prática e avaliação de tais políticas. Ao final, verifica que a solução constitucional de atribuir os serviços notariais e registrais a particulares, sob a fiscalização do poder público, disponibilizou atores com agilidade para atuar rumo à desjudicialização. Em complemento, discorre sobre a necessidade continuada de análise das políticas em curso, com escopo na melhoria de formas de avaliação e aperfeiçoamento dos arranjos.

Palavras-chave: Arranjos institucionais; Cartórios; Desburocratização; Desjudicialização.

Civil-law notaries and public registrars in the institutional arrangements of Brazilian public policy dejudicialization.

Abstract: The article starts from the question: how notary and registration activities are inserted in the actions of dejudicialization taken by the Brazilian State? The overall objective is to demonstrate that such insertion occurs in line with initiatives to simplify legal relationships. As a specific objective, it seeks to contribute to the knowledge and improvement of the current, and formulation of, new actions. For this, it investigates the participation of the notaries in institutional arrangements of public policies of dejudicialization already in course. The proposal is the unfolding of these under the aspect of the set of rules and arrangements mediated by law, from the national and foreign bibliographic review, and laws in the strict sense and administrative regulations. Political tensions are identified in the formulation of new programs and actions. In order to delineate the cycle of public policies of dejudicialization, it presents considerations on incrementalism, implementation and practical dimension and evaluation of such policies. In conclusion, it verifies that the constitutional solution of assigning notary and registry services to private individuals, under the supervision of the public

power, made actors available with agility to act towards dejudicialization. In addition, it discusses the ongoing need for analysis of current policies, with scope for improving ways of evaluating and improving the arrangements.

Keywords: Institutional arrangements; Reduction of bureaucracy; Civil-law notary; Public registrars; Dejudicialization ; Public policies.

Gomes, Magno Federici; Pighini, Bráulio Chagas. Estrutura de governança, conflito de interesses e desenvolvimento sustentável judicial.

Resumo: O presente estudo pretende abordar o tema conflito de interesses e as atuais normas que visam prevenir e solucionar os possíveis e prováveis conflitos de interesses. Trata-se de pesquisa teórico-documental. Ao se ter como paradigma as regras de Governança Corporativa, verifica-se que o atual modelo político/administrativo/jurídico brasileiro, além de incentivar conflitos de interesse, não possui normas satisfatórias para preveni-los e solucioná-los. Tal constatação, além de causar prejuízos à separação de poderes, gera sérias restrições à sustentabilidade.

Palavras-chave: Conflito de interesses; Governança corporativa e sustentabilidade; Poder decisório.

Governance structure, conflict of interest, judicial sustainable development

Abstract: This paper intends to approach the theme involving the conflict of interest and the currently rules about prevention and solution. The work was the theoretician-documentary. Having as parameter the rules involving good governance practices we are lead to the conclusion that the actual policy/administrative/judicial Brazilian model increase the conflict of interest and doesn't solve its issues. That conclusion brings prejudice to separation of powers principle and cause serious limitations to sustainability.

Keywords: Conflict of interest; Corporate governance and sustainable; Decision prerogative.

Proni, Marcelo Weishaupt; Proni, Thaíssa Rocha O papel civilizatório dos Direitos Humanos: diálogos com Bobbio e Elias.

Resumo: O objetivo é discutir o papel dos direitos humanos na civilização contemporânea a partir das abordagens teóricas de Norberto Bobbio e Norbert Elias. Na argumentação de Bobbio, a universalização dos direitos humanos é uma condição para a consolidação da democracia, a solução pacífica de conflitos e o progresso moral da humanidade. Para Elias, o desenvolvimento do processo civilizador requer mecanismos de autocontrole individual que reforcem padrões de sociabilidade pautados no respeito aos direitos humanos. O artigo sugere que essas duas visões convergem para o entendimento de que a expansão dos direitos humanos pressupõe e, ao mesmo tempo, induz um estágio civilizatório mais avançado. Mas, as constantes violações dos direitos humanos na atualidade demonstram que há ainda um longo caminho a percorrer.

Palavras-chave: Processo civilizador; Direitos humanos; Norberto Bobbio; Norbert Elias.

The civilizatory role of human rights: a dialogue with Bobbio and Elias.

Abstract: The purpose is to discuss the role of the human rights in the contemporary civilization based on the theoretical approaches of Norberto Bobbio and Norbert Elias. Bobbio argues that the universalization of human rights is a condition for the consolidation of democracy, the peaceful settlement of conflicts and the moral progress of humanity. According to Elias, the development of the civilizing process requires individual self-control mechanisms that reinforce patterns of sociability based on respect for human rights. The article suggests that these two views converge to the understanding that the expansion of human rights presupposes and – at the same time – induces a more advanced stage of civilization. But the constant violations of human rights today show that there is still a long way to go.

Keywords: Civilizing process; Human rights; Norberto Bobbio; Norbert Elias.

Rabbani, Roberto Muhájir Rahnemay. O poluidor-pagador: uma nova análise de um princípio clássico.

Resumo: O princípio do poluidor-pagador surge a partir de modelos econômicos previstos na década de 1920, que visam internalizar ao poluidor os custos ambientais de sua produção. A partir destas teorias, imputa-se ao uso dos recursos naturais um valor monetário, o que possibilita a inserção da cobrança pela deterioração causada ao meio ambiente. À medida que estes modelos evoluíram, o princípio do poluidor-pagador passa, gradativamente, a ser um princípio ambiental universal. Assim, o meio ambiente passa a ser compreendido como um direito-dever de todos, materializado em especial pelo convencionalizado princípio do poluidor-pagador, que se consagra como uma evolução das políticas públicas na proteção ambiental. Partindo de uma ótica internacional que irradia sobre o ordenamento jurídico brasileiro, este estudo tem por objetivos analisar a criação do princípio do poluidor-pagador, sua aceitação no cenário internacional e sua incorporação no sistema normativo brasileiro, inclusive com decisões do STJ. O referencial teórico sistematiza a doutrina e as legislações comparadas da União Europeia, da Espanha e do Brasil. Os resultados da pesquisa buscam demonstrar a evolução histórica do referido princípio no cenário internacional e nacional, permitindo inferir pela sua plena aceitabilidade no sistema jurídico brasileiro. A pesquisa conclui que o princípio do poluidor-pagador não representa apenas um sinônimo de responsabilidade civil para reparação dos danos ambientais: é um instituto muito mais amplo, de cunho sancionador, indenizatório e tributário. A aplicação do princípio deve ser contínua, mesmo em épocas de retração econômica, considerando que a qualidade ambiental é requisito essencial para a subsistência do ser humano no planeta terra

Palavras-chave: Princípio do Poluidor-pagador; Direito Comparado; Meio ambiente; Proteção ambiental.

Polluter pays principle: a new analysis of a classical principle.

Abstract: The polluter-pays principle emerges from economic models introduced in the 1920's, that internalized environmental costs to the

producers. As these economic models evolved, the polluter-pays principle starts to be accepted as a universal principle. Therefore, the environment is understood at the same time as a right and as a duty of all, embodied in the polluter-pays principle, which has established itself as an evolution of public policies in environmental protectionism. From an international perspective that radiates on the Brazilian legal system, this study aims to analyze the creation of the polluter-pays principle, its acceptance in the international arena and its incorporation into the Brazilian legal system, including its Superior Court of Justice. As benchmark it used the systematization of the doctrine and the comparative legislation of the European Union, Spain and Brazil. The results of the research seek to demonstrate how the historical evolution of the polluter pays principle in the international and national scenario allows to infer the acceptance of the principle in the Brazilian legal system. The research concludes that the polluter pays principle not only corresponds as the compensation for a damage. It is a much broader institute that incorporates sanctioning, indemnity and taxation. The application of the polluter pays principle must be continued even in times of economic retraction, considering that environmental quality is an essential requirement for the subsistence of the human being on planet earth.

Keywords: Polluter-pays Principle ; Comparative law ; Environment ; Environmental protection.

Barbosa, Wendell de Freitas. Os chamados da população para a polícia: a gestão policial do território em contextos de aproximação entre polícia e população, o caso do Ronda do Quarteirão.

Resumo: As demandas realizadas à polícia pelos moradores no interior de uma área de operações do Programa de Policiamento Ronda do Quarteirão em Juazeiro do Norte, Ceará, configuram-se como um espaço propício para o detalhamento e análise acerca das práticas policiais. Nessa pesquisa, a chamada “Polícia da Boa Vizinhança” é problematizada como um tipo de policiamento que combina elementos do policiamento “tradicional” e “comunitário”. O trabalho busca compreender as relações entre policiais e moradores, no contexto da gestão dos conflitos e da criminalidade. Entre outras questões, discute-se a construção de um saber

policial que classifica os moradores e atua com um poder policial seletivo, estigmatizando e traçando esquemas de dominação e poder. Através da metodologia qualitativa, usando técnicas como a observação participante e as entrevistas abertas, exploramos esse campo de estudo.

Palavras-chave: Práticas policiais; Policiamento; Conflito; Poder.

The calls for service made to the police: the police management of territory in contexts of approximation between police and population, the case of “Ronda do Quarteirão”

Abstract: The calls for service made to the police by the citizens of an area patrolled by the public safety program “Ronda do Quarteirão” in Juazeiro do Norte, Ceará, Brazil, provide elements that are conducive to detailing and analyzing police practices. In this research, the so-called “Good Neighbor Police” is problematized as a type of policing that combines elements of “traditional” and “community” policing. The paper seeks to understand the relationship between police and citizens in the context of social conflicts and crime management. Among other issues, this paper discusses the construction of a police-knowledge that classifies the residents and acts with a selective police power, stigmatizing and outlining schemes of domination and power. Through qualitative methodology, using techniques such as participant observation and open interviews, we explore this field of study.

Keywords: Police practices; Policing; Conflict; Power.

Normas de Publicação

1. Pré-condições

1.1. Os trabalhos submetidos devem ser inéditos e originais, não estando sendo avaliados por outras revistas. Não são considerados originais, pela Revista Direito, Estado e Sociedade ("Revista"), artigos que tenham sido anteriormente publicados em outra língua. A ocorrência de plágio, incluindo auto-plágio total ou parcial sem a devida citação, implica em exclusão imediata do sistema de avaliação.

1.2. Apenas serão aceitos artigos produzidos por pesquisadores que tenham o título de doutor ou que estejam cursando o doutorado. Mestres, mestrandos, graduados e graduandos podem publicar apenas em coautoria com doutores e/ou doutorandos.

1.3. Não serão aceitos para avaliação, simultaneamente, mais de um artigo com um mesmo autor. Caso venha a ser submetido um novo artigo que tenha um autor/coautor que já possua um artigo em avaliação pela Revista, este novo artigo será rejeitado preliminarmente pelo Conselho Editorial.

1.4. Caso a pesquisa desenvolvida no artigo tenha ocorrido com financiamento de agências ou instituições de fomento, é fundamental que o autor informe em uma nota de rodapé no início do texto.

1.5. 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/>; em caso de impossibilidade de submissão online, os trabalhos podem ser enviados para a Secretaria do Departamento de Direito da PUC-rio, na Rua Marquês de São Vicente, 225, Ala FRINGS, 6º andar, Gávea, Rio de Janeiro/RJ, CEP 22.453-900.

2.1. Processo de Submissão On-line

Para submeter o artigo, os autores devem realizar o cadastro (login/senha) no site da revista (<http://www.jur.puc-rio.br/revistades/>), preenchendo corretamente o perfil e selecionando a opção "Autor". Após a realização do cadastro, o autor deve clicar em "Página do Usuário" e iniciar o processo de submissão através do link "Nova Submissão", no qual realizará os cinco passos básicos:

a. Início: Iniciar o processo de submissão, confirmando se está de acordo com as condições estabelecidas pela revista (marcando as caixas de seleção das condições e da declaração de direito autoral) e selecionar a seção artigos;

b. Transferência de manuscritos: realizar a transferência do arquivo para o sistema;

c. Inclusão de metadados: indicar o nome, sobrenome, e-mail, instituição e resumo da biografia do autor e de cada coautor (se aplicável). Indicar o título e resumo do artigo. Indicar também as referências utilizadas ao longo do artigo, no formato especificado no item 3.3 abaixo. É fundamental que os metadados sejam preenchidos corretamente;

d. Transferência de documentos suplementares: realizar a transferência de arquivos com informações suplementares, que funcionam como um apêndice ou anexo ao texto principal, tais como instrumentos de pesquisa, conjuntos de dados e tabelas, que seguem os padrões de ética de avaliação, fontes de informação normalmente não disponíveis para leitores, ou figuras e/ou tabelas que não podem ser integradas ao texto em si; e

e. Confirmação: Concluir a submissão.

3. Preparação dos originais

3.1. Folha de Rosto

O artigo deve conter folha de rosto com título, nome completo do(s) autor(es), titulação acadêmica, instituição, endereço de e-mail e endereço físico para correspondência. É fundamental que estejam presentes os dados de todos os autores do artigo. Este é o único local do arquivo em que é permitido aparecer a identificação do(s) autor(es).

Na ausência de folha de rosto o artigo será rejeitado preliminarmente pelo Comitê Editorial.

3.2. Apresentação

O texto deve ter entre 15 e 30 páginas, não incluídos na contagem os elementos pré-textuais (folha de rosto e de resumo) e pós-textuais (referências bibliográficas e anexos e/ou apêndices). Sua preparação deve obedecer aos seguintes parâmetros: Word for Windows, fonte Times New Roman, tamanho 12, texto justificado, espaçamento entre linhas de 1,5, papel tamanho A4, margens esquerda e superior 3,0 cm, direita e inferior 2,0 cm. Imagens inseridas no texto devem estar em resolução mínima de 300dpi.

3.3. 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 e inglês.)

a. Título: deve estar em caixa alta e em negrito, justificado no alto da primeira página, com espaçamento simples entre linhas;

b. Resumo: o texto deve ter entre 100 e 200 palavras, indicando os objetivos, referencial teórico, resultados obtidos e conclusão do artigo. Deve ser precedido da palavra “RESUMO”, em caixa alta, duas linhas abaixo do título, alinhado à esquerda e com espaçamento simples;

c. Palavras-chave: no mínimo três e no máximo sete, separadas por ponto e vírgula, precedidas do termo “PALAVRAS-CHAVE”, em caixa alta, alinhada à esquerda, com espaçamento simples e duas linhas abaixo do resumo. Para maior facilidade de localização do trabalho em consultas bibliográficas, o Comitê Editorial sugere que as palavras-chave correspondam a conceitos mais gerais da área do trabalho;

d. Corpo do Artigo: Na página seguinte, deve-se inserir novamente o título em negrito, justificado e sem caixa alta. O corpo do texto inicia-se na sexta linha abaixo do título, com espaçamento de 1,5 entre linhas;

e. Subtítulos: o corpo do artigo deve ser dividido em itens correspondentes a cada parte do trabalho. Esses itens devem ser referenciados a critério do autor, sendo obrigatórios os itens “Introdução”, no início do artigo, e “Conclusão”, ao final do artigo. Os subtítulos devem estar numerados, justificados e em negrito. Deve ser dado um espaço depois do texto que os precede e um espaço na linha imediatamente acima do texto que os segue;

f. 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 1,0 entre linhas, sem o uso de itálico ou aspas.

g. Referências ao longo do texto: as referências feitas ao longo do texto devem estar em nota de rodapé. Devem 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 referência. Não serão aceitos artigos com referências bibliográficas inseridas no corpo do texto.

Exemplos:

¹ FRASER, 1996, pp. 128-129.

² DWORKIN, 2002.

Se o nome do autor estiver citado no período em que está se inserindo a referência, deve-se indicar, em rodapé, apenas o ano e a(s) página(s), se for o caso. Não devem ser utilizadas, nas citações, as expressões op. cit, ibid, ibidem, id, e idem. Deve-se fornecer sempre a referência completa como no exemplo acima.

Artigos que não sigam o formato de referências indicado nos parágrafos acima serão rejeitados preliminarmente.

h. Referências ao final do texto: as referências utilizadas ao longo do artigo devem ser listadas abaixo do subtítulo “Referências”, que deve estar duas linhas abaixo do fim do texto, em negrito, alinhado à esquerda e sem numeração. As referências devem ser mencionadas em ordem alfabética e cronológica, indicando-se as obras de autores citados no corpo do texto, consultadas ou recomendadas. Devem ser 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; e 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, assim como 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 do jornal, obra coletiva ou revista vir em itálico, logo após o nome do título da obra, que não deve ser italicizado. Deve-se inserir a expressão “In:” apenas antes do título de obras coletivas (não se deve utilizá-la no caso de periódicos).

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; GUER-

RA, 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/10.5007/2177-7055.2012v-33n64p259>.

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

4.1. 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 e às diretrizes expostas nesta política;
- Titulação dos autores; e
- Ausência de elementos no texto e no arquivo que permitam a identificação da autoria.

Caso algum desses critérios não seja observado, o artigo será rejeitado preliminarmente pelo Comitê Editorial. Um artigo que tenha sido rejeitado preliminarmente pelo Comitê Editorial poderá ser submetido novamente para avaliação, desde que realizadas as modificações necessárias.

4.2. Após avaliação do Comitê Editorial, os artigos são 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. O tempo médio para conclusão de uma avaliação é de quatro meses. Essa média, contudo, pode sofrer modificações em virtude de alterações na intensidade do fluxo de recebimento de artigos pela revista.

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; e
- Incorreções de ortografia, pontuação e gramática.

5. Revisão do Manuscrito para Publicação

5.1. Os artigos aceitos para publicação poderão sofrer revisões pelo Comitê Editorial com o objetivo de facilitar sua clareza e compreensão, sem que haja qualquer alteração no seu conteúdo.

5.2. Logo que prontas, as provas gráficas em formato eletrônico serão enviadas, por e-mail, para o autor responsável pelo envio do artigo.

5.3. Os autores deverão revisar a prova gráfica e devolvê-la, também por e-mail, indicando eventuais correções a serem feitas em, no máximo, 72 horas após o seu recebimento. No caso de ausência de retorno do autor dentro deste prazo, o Comitê Editorial considerará a versão encaminhada como definitiva.

6. Considerações Gerais

6.1. A submissão, processamento e publicação dos trabalhos é gratuita e não acarreta quaisquer custos para os autores.

6.2. O conteúdo dos artigos submetidos para o processo de avaliação da Revista é de inteira responsabilidade do autor, se furtando a revista de quaisquer responsabilidades.

6.3. Os trabalhos recebidos durante o ano e aprovados pelo Conselho Editorial e pela avaliação por pares não serão, necessariamente, publicados nos números da Revista do mesmo ano, podendo ser publicados em números ulteriores.

6.4. 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.

6.5. Todos os artigos publicados serão divulgados na homepage da Revista *Direito, Estado e Sociedade*, no seguinte endereço: <http://www.jur.puc-rio.br/revistades/>.

6.6. Caso ocorra divulgação posterior de algum artigo publicado na *Direito, Estado e Sociedade* em outra publicação, esta deverá referenciar a publicação original na *Direito, Estado e Sociedade*.

Em caso de eventuais dúvidas, os autores devem entrar em contato com o Conselho Editorial através do seguinte e-mail: revistadireito@puc-rio.br.

