



PUC
RIO

Direito, Estado e Sociedade

Jan | Jun 2019
ISSN 1516-6104

54

Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro
Departamento de Direito

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

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

Missão e Política Editorial

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

Conselho Editorial

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

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

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

Apoio gráfico-editorial

Editores 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 e-recebo 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 54 Janeiro-Junho 2019

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 | Justiça e política: considerações sobre a autonomia do judiciário e a problemática do aumento do poder de juízes na Itália, na França e no Brasil
Justice and politics: some appointments about judicial autonomy and the problematic of the growing power of judges in Italy, France and Brazil
Amanda Alves Souza e Thaís Lemos dos Santos
- 34 | Bases neuronales de la moralidad humana: un estado de la cuestión y propuesta teórica para el Derecho
Neural basis of human morality: state of the art and a theoretical proposal for Law
Aníbal Monasterio Astobiza
- 62 | O desastre radiológico do céσιο 137: lições após 30 anos da sua ocorrência
The radiological disaster with Caesium-137: lessons after 30 years of their occurrence
Berta Schumann e Juliane Altmann Berwig
- 87 | América Latina e grupos historicamente excluídos: repensando a soberania popular
Latin America and historically excluded groups: rethinking popular sovereignty
Elísio Augusto Velloso Bastos e João Gabriel Conceição Soares
- 127 | A ressignificação do paradigma estatal em tempos de globalização
The redefinition of the state paradigm in times of globalization
Fabiana Marion Spengler e Helena Pacheco Wrasse
- 147 | Os mecanismos de indução ao cumprimento do direito internacional no contexto da internacionalização do direito
International Legal Compliance In The Context Of Internationalization Of Law
Fernando Lopes Ferraz Elias

171 | A resolução online de litígios (ODR) na administração pública: o uso da tecnologia como estímulo à transparência
The online dispute resolution (ODR) in the public administration: the use of technology as an impulse to transparency
Fernando Sérgio Tenório de Amorim e Ricardo Schneider Rodrigues

205 | Smart cities and personal data: balancing innovation, technology and the law
Cidades inteligentes e dados pessoais: equilibrando inovação, tecnologia e o Direito
Jesús Manuel Niebla Zatarain

224 | A judicialização da política pública assistencial sob uma análise tridimensional – social, jurídica e de gestão
The Judicialization of Welfare Public Policies Under a Tridimensional Analysis – Social, Legal and Management
Julia Maurmann Ximenes

260 | Mediação comunitária: uma contribuição na busca pelos objetivos do desenvolvimento sustentável no estado do Ceará
Community Mediation: A Contribution on the path to the Sustainable Development Goals in the State of Ceará
Lilia Maia de Morais Sales e Gabriela Vasconcelos Lima

279 | A efetividade do Acordo de Paris por meio da educação ambiental
The Effectiveness of the Paris Agreement through Environmental Education
Luciane Martins Araujo, Miguel dos Reis Cordeiro Neto e Elida Seguin

310 | O desenvolvimentismo de Getúlio Vargas e a positivação de direitos das mulheres no Brasil
Getúlio Vargas' developmentism and the positivation of women's rights in Brazil
Taylisi de Souza Corrêa Leite

339 | **Notícias e informações/News and information**
Resumos das dissertações e teses defendidas no 1º semestre de 2019, no âmbito dos Programas de Pós-Graduação (Mestrado e Doutorado) em Teoria do Estado e Direito Constitucional do Departamento de Direito da PUC-Rio.

353 | **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 54 da Revista Direito, Estado e Sociedade, referente ao primeiro semestre de 2019. 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 Direito, Estado e Sociedade*, que permitem que a cada número sejam publicadas novas e instigantes pesquisas. 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/>).

As autoras Amanda Alves Souza e Thaís Lemos dos Santos propõem discutir o processo de autonomização do judiciário na Itália, na França e no Brasil, buscando compreender a influência desse processo no aumento do poder dos juízes e sua atuação no campo político, tendo como base a literatura de Werneck Vianna e Garapon. Trata ainda da autonomia do judiciário e o fato desta ter se desenvolvido a partir do próprio juiz e não somente de um sistema de justiça.

Em *Bases neuronales de la moralidad humana*, o autor convidado Añibal Monasterio Astobiza apresenta a neurociência cognitiva apontando que um grupo de redes neurais estão comprometidas com a cognição moral. Com a introdução de um instrumento notacional formal, o autor propõe um modelo dos requisitos necessários da conduta moral para ser julgada como propriamente moral. E, por fim, emprega essa discussão ao Direito.

Em sequência, no artigo *O desastre radiológico do césio 137: lições após 30 anos da sua ocorrência* Berta Schumann e Juliane Berwig trazem reflexões sobre a tragédia envolvendo o césio 137 em Goiás. Após reconstruírem o histórico do evento, as autoras apontam para os fatores que potencializaram o risco de um acidente e mostram como esses fatores recomendam uma atuação judicial diferente daquela que se colocou frente ao desastre.

Elísio Augusto Velloso Bastos e João Gabriel Conceição Soares analisam o surgimento de um novo constitucionalismo latino-americano em que sujeitos historicamente excluídos e vulnerabilizados são finalmente incluídos. Para tal, utilizam como referenciais a sociologia das ausências e emergências, e apontam uma nova titularidade do Poder Constituinte a partir da inserção jurídicas desses sujeitos.

Já Helena Wrasse e Fabiana Spengler em *A resignificação do paradigma estatal em tempos de globalização* exploraram alguns pontos referentes à globalização e como ela interfere nas fronteiras estatais. As autoras questionam se existem possibilidades sociais que, nesse contexto de reconfiguração estatal, apresentem-se viáveis.

Em *Os Mecanismos de Indução ao Cumprimento do Direito Internacional no Contexto da Internacionalização do Direito*, Fernando Lopes Elias aborda a questão do cumprimento das normas de direito internacional no atual contexto de internacionalização dos direitos. Para tanto, analisa as formas tradicionais e contemporâneas como mecanismos de cumprimento das regras internacionais, destacando inclusive, os papéis das cortes internacionais nesse processo.

Em seu artigo, Fernando Sérgio Tenório de Amorim e Ricardo Schneider Rodrigues propõem a utilização da tecnologia na resolução de litígios envolvendo a administração pública. Em particular, os autores propõem a aplicação da resolução online de litígios às disputas envolvendo o dever de transparência do Estado. Através de um cuidadoso estudo da tecnologia e do ordenamento jurídico nacional, é apresentada uma proposta que leva

em consideração as particularidades do direito processual civil brasileiro e dos direitos materiais em jogo.

Em *Smart cities and personal data: balancing innovation, technology and the law*, Jesús Manuel Niebla Zatarain oferece uma revisão da regulação das cidades inteligentes em diferentes jurisdições. O autor chama atenção, simultaneamente, para os aspectos positivos relacionados ao uso da tecnologia na governança municipal e para os potenciais riscos envolvendo dados pessoais.

Julia Maurmann Ximenes, por sua vez, apresenta uma análise da judicialização das políticas públicas assistenciais, em particular o Benefício de Prestação Continuada (BPC). Propõe um exame tridimensional – social, jurídico e de gestão – da tensão entre a gestão administrativa e o controle judicial de políticas públicas. Para tal, aprecia o conteúdo do discurso da jurisprudência da Turma Nacional de Uniformização da Justiça Federal na judicialização do BPC, entre os anos 2009 e 2016.

Em *Mediação Comunitária: Uma Contribuição na Busca pelos Objetivos do Desenvolvimento Sustentável no Estado do Ceará*, Lilia Maia Sales e Gabriela Lima apresentam uma importante discussão acerca da mediação comunitária como um instrumento estratégico para se concretizar direitos humanos fundamentais, especialmente aqueles previstos pela ONU em seu “Objetivos do Desenvolvimento Sustentável” (ODS). Partindo da experiência implantada no Estado do Ceará, as autoras demonstram a viabilidade e importância desse instrumento face ao que determinam os Objetivos do Desenvolvimento Sustentável.

No artigo seguinte, *A Busca da efetividade do acordo de Paris*, Luciane Araujo, Miguel Cordeiro Neto e Elida Seguin analisam o Acordo de Paris, com vistas à busca de sua efetividade. O estudo conclui que o Acordo de Paris necessita tornar-se efetivo para possibilitar a própria continuidade de vida na Terra. Para tanto, é necessário reforçar a educação ambiental para promover a transformação dos atores, bem como possibilitar a participação de todos.

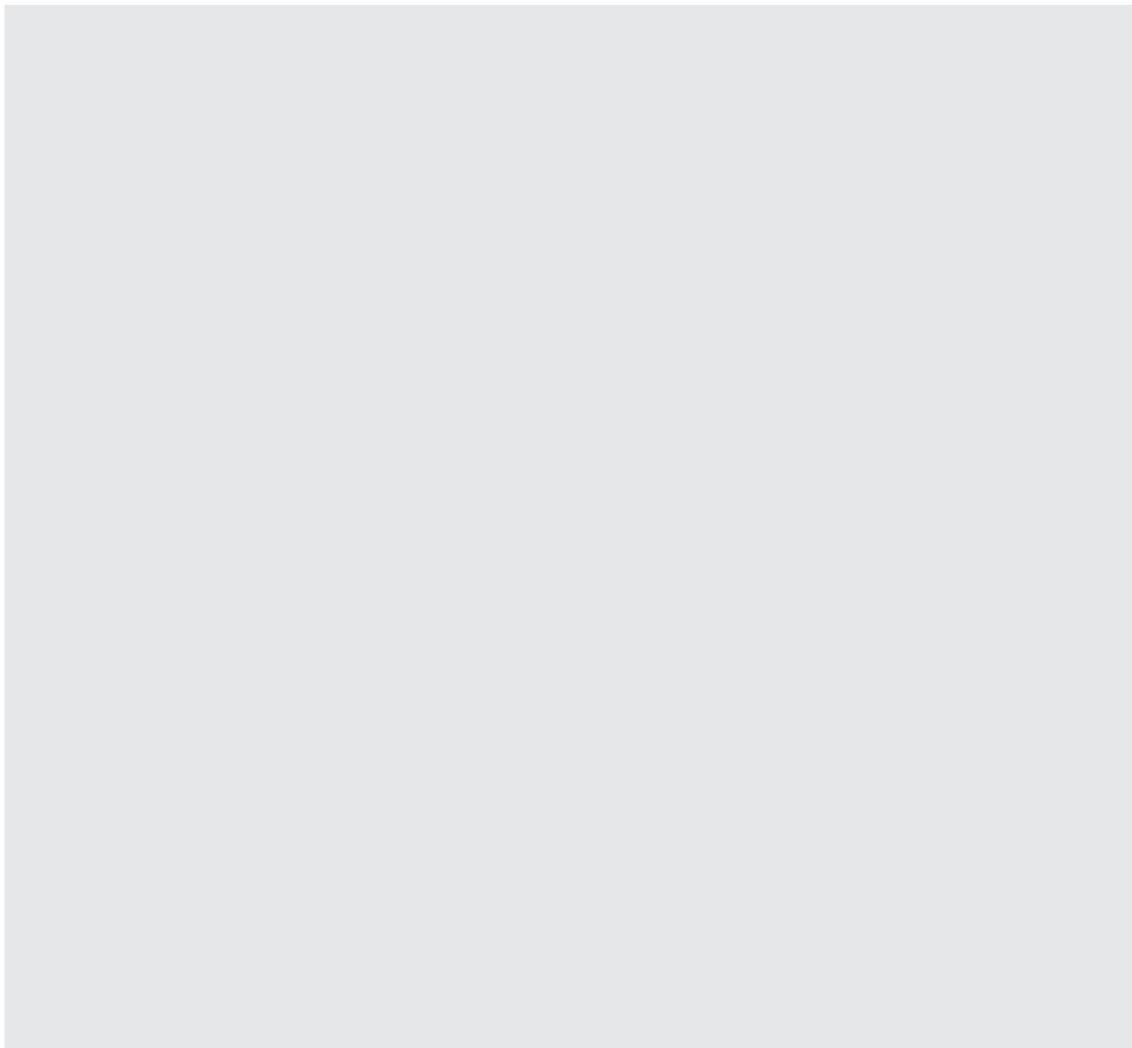
Em sua contribuição, Taylisi de Souza Corrêa Leite apresenta as políticas econômicas do período da Era Vargas, tal como seu projeto de industrialização, a fim de apontar que Getúlio Vargas adotou uma política econômica heterodoxa. Seu objetivo central trata-se de demonstrar que a positivação de direitos para as mulheres entre as décadas de 1930 e 1940 esteve inserida no projeto varguista de desenvolvimento.

Por fim, na última seção da Revista, apresentamos os Resumos das Dissertações e Teses já defendidas no primeiro semestre de 2019, no âmbito do Programa de Pós-Graduação em Teoria do Estado e Direito Constitucional.

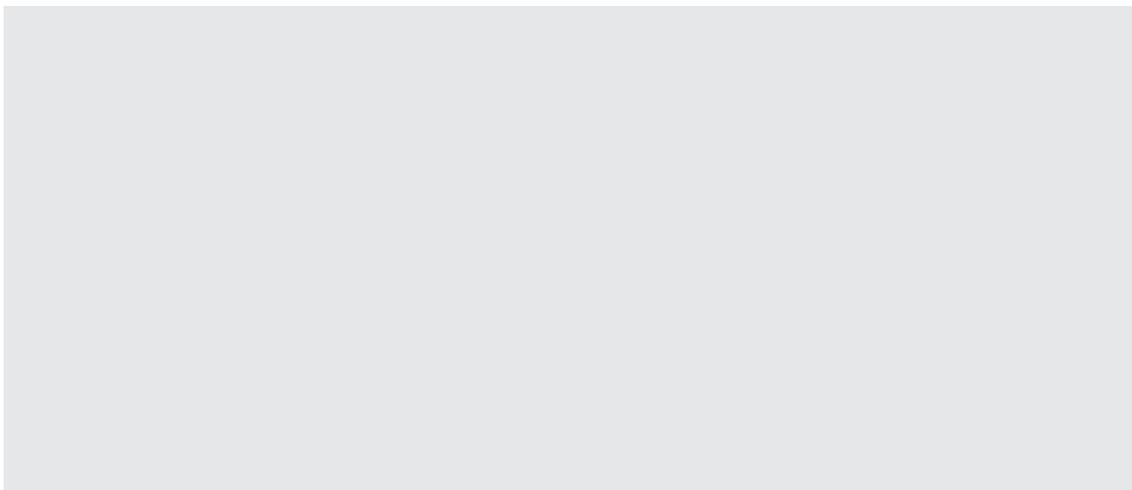
Desejamos a todos uma excelente leitura.

Noel Struchiner
Editor-Chefe

Antonio Pele
Editor-Adjunto



Artigos



Justiça e política: considerações sobre a autonomia do judiciário e a problemática do aumento do poder de juízes na Itália, na França e no Brasil

Justice and politics: some appointments about judicial autonomy and the problematic of the growing power of judges in Italy, France and Brazil

Amanda Alves Souza*
Universidade Federal Fluminense, Niterói-RJ, Brasil

Thaís Lemos dos Santos**
Universidade Federal Fluminense, Niterói-RJ, Brasil

1. Autonomia relativa do judiciário, aumento do poder dos juízes e a problemática da judicialização da política e das relações sociais

1.1 Contextualizando estudos os sociológicos sobre a judicialização da política: a “clericalização” do judiciário e a corrosão da “nova arena pública” por juízes singulares e ministério público

O poder judiciário, especialmente o Supremo Tribunal Federal, tem sido apontado no Brasil como nova arena pública em que uma comunidade de intérpretes da Constituição, sendo alguns deles porta-vozes de minorias políticas, mobiliza princípios e valores fundamentais. A partir dos anos de 1990, diante da perda de representatividade de maiorias parlamentares no sentido de garantir e efetivar políticas voltadas a promoção de liberdades

* Doutoranda em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal Fluminense - PPGSD/UFF, Mestre em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro – PPGD/UFRJ. E-mail: amandaalves.advs@gmail.com

** Mestre em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal Fluminense – PPGSD, graduada em Direito pela Faculdade de Direito de Vitória – FDV. E-mail: thaislemosdosantos@gmail.com

civis e direitos sociais e da interferência do Executivo na pauta do Legislativo por medidas provisórias, combinados com a legitimação pela constituição de sujeitos coletivos até então alijados da esfera de participação política, eclodiu o fenômeno da judicialização da política e das relações sociais.

Estudos sociológicos de Werneck Vianna¹ além de levantarem empiricamente dados sobre este fenômeno pela análise de ADIns por amostragem, dos atos e dos intérpretes envolvidos nos julgamentos pelo STF e pelo comportamento de novas instituições judiciárias como os juizados especiais, sistematizaram dois eixos de compreensão e de problematização do fenômeno: o primeiro eixo, adotado neste artigo, cujas referências são Habermas e Garapon e o segundo eixo em que são mobilizados autores como Mauro Cappelletti e Ronald Dworkin.

No presente artigo, sem desprezar as lições do segundo eixo, nos debruçamos sobretudo sobre os ensinamentos de Garapon², autor que promove uma clivagem entre justiça e política. Percebendo a invasão de limites daquela sobre esta em sociedades de tradição democrática, Garapon nos forneceu elementos de explicação relacionados aos modelos de sistemas de ingresso na magistratura, perfis de magistrados e a sua relação com os processos de tomadas de decisão.

Como nos demonstra Vianna³, o primeiro eixo de explicação compreende, em linhas gerais, que a invasão da política pelo direito, mesmo que baseada na afirmação da igualdade de direitos, leva a um “gozo passivo” dos mesmos, à “privatização da cidadania” e à “clericalização da burocracia”, o que significa, em outras palavras, uma valorização da violência simbólica naturalmente perpetrada pelas instituições judiciárias.

Assim, a valorização do poder judiciário, paradoxalmente visto como o “Guardião das Promessas Democráticas” seria o “ovo da serpente” como em um processo quase natural de crescente racionalização da sociedade moderna e da sua burocratização. Por outro lado, a valorização do judiciário seria a resposta à desqualificação da política e do descrédito no Executivo como indutor de políticas públicas em um *Welfare State*, fazendo sobressair uma certa incapacidade deste último de cumprir suas funções de solidarização social⁴.

1 Vianna, 1999.

2 Garapon, 2001.

3 Vianna, 1999.

4 Vianna, 1999, p.25

No Brasil, se, de um lado, a consagração do judiciário como nova arena pública permitiu a mobilização de instrumentos jurídicos contra maiorias parlamentares e a sua crise de representatividade, de outro lado, a atuação de juízes de primeira instância em processos que envolvem políticos dos mais variados segmentos, deferindo medidas coercitivas e conduzindo procedimentos segundo entendimentos jurisprudenciais inconstitucionais mais do que configurar outra faceta do fenômeno da judicialização aponta para a erosão de valores, princípios e ideais republicanos.

Isto porque estes juízes singulares, além de atuar à revelia de entendimentos e interpretações constitucionais consolidados, não atuam como parte das “engrenagens” de um sistema de justiça ou de garantias e liberdades constitucionais nem tampouco como articuladores de uma comunidade de intérpretes. Atuam como se fossem um órgão soberano em si que interpela diretamente um campo político que teria supostamente perdido a sua capacidade de mediação de interesses da sociedade. Em realidade, estes juízes, diferentemente dos processos constitucionais em que, com todos os “efeitos colaterais”, são mobilizados intérpretes plurais, corroem o papel do judiciário como nova arena pública, já que atuam como construtores singulares da moralidade pública e a serviço da “salvação” da sociedade democrática.

A partir de 1999, como demonstra pesquisa atualizada de Vianna⁵, esta interpelação constante do campo político pelo direito ganha capilaridade em órgãos jurídicos como Procuradorias e o Ministério Público. A pesquisa aponta que a principal razão para o aumento do número total de ADIns no período que compreende os anos de 1999 a 2005, se deve à interferência do Ministério Público em processos políticos de produção legislativa.⁶

Além disso, enquanto a participação de procuradores aumenta de 11,2% para 35,9%, a dos partidos ou minorias parlamentares cai de 28% para 15% dentro do total de ações de controle concentrado neste mesmo período. Há ainda uma redução, em relação ao período anterior, da participação de associação e entidades de classe em processos de natureza constitucional. As procuradorias dos estados também aumentam exponencialmente suas participações. A partir de 1999, foi constatado que o número de ADIns contra o legislativo federal aumentou de 2,25 por ano para 10 por ano e contra o executivo federal de uma por ano para quase duas por ano.⁷

5 Vianna, 2007.

6 Idem. p.46

7 Vianna, 2007, p.65

A pesquisa revela ainda que tanto o Ministério Público como as Procuradorias têm se voltado para o controle unilateral da produção legislativa estadual funcionando como uma espécie de substitutos de sua vontade política, de políticas de planejamento fiscal e da organização da vida social que seriam levadas a cabo pelo Executivo. De fato, o controle pela via judicial de atos e leis em sua maioria de matéria administrativa e de questões de “moralidade administrativa” apontam que a atuação “soberana em si” de juízes singulares e procuradores podem muito provavelmente estar ocorrendo à revelia de uma comunidade de intérpretes ou ainda podem estar internalizando disputas pelo monopólio de dizer questões morais e políticas que não são próprias do campo jurídico.

Assim, um dos mais recentes possíveis efeitos do fenômeno da judicialização da política, desta vez não provocado por minorias parlamentares, mas por órgãos como o MP e Procuradorias, pode estar sendo um incremento da “clericalização”⁸ do judiciário e a corrosão do mesmo como nova arena pública, visto que a atuação de juízes, promotores e procuradores tem se configurado como inibidora de uma interpretação pluralista e comunitária de princípios e valores constitucionais.

1.2 Autonomia do judiciário e a profanação da cidadania política pela atuação de magistrados italianos e franceses ou como o judiciário legitimou outsiders e colonizou o campo político pela sua judicialização na Itália e na França

Os judiciários italiano e francês passaram por processos históricos de transformações que colocaram, no primeiro caso, a sua despolitização como condição para ampliação de sua autonomia e, no segundo caso, a sua crescente profissionalização como premissa para que o campo jurídico não estivesse condicionado às forças, arranjos e estruturas políticas de uma sociedade até então hierarquizada socialmente.

No contexto italiano, Vauchez⁹ nos ensinou que a operação “Mãos Limpas”, responsável pela prisão de uma série de políticos acusados de rela-

8 Denominamos “clericalização” do judiciário o fenômeno que eleva os juízes a condição de detentores do monopólio de dizer a “boa forma” idealizada da vida política e da moralidade pública, fenômeno este que ocorre, em paralelo, ao de profanação do exercício da cidadania política identificado por Garapon (Bourdieu, 9189; Garapon, 2001).

9 Vauchez, 2002.

ções com a máfia italiana, embora tenha sido considerada um prenúncio de uma suposta nova era do terceiro poder, em realidade, demonstrou que a “judicialização da política” fez transparecer os limites do judiciário como instância moral capaz de regular o jogo político.

Muitos magistrados construíram entre si princípios de avaliação das condições de aferição da legitimidade de um político e do exercício idealizado da “boa forma” da vida política.¹⁰ Em outras palavras, político com legitimidade é aquele que segue a “boa forma” idealizada por um judiciário intervencionista. Os efeitos desse excesso de intervenção judiciária levaram a Itália a uma espécie de vazio político que culminou com a eleição de Silvio Berlusconi, um *outsider* do empresariado que não possuía legitimidade dentro do seu próprio campo político.

Em um de seus escritos ao *La Stampa*, Bobbio coloca Berlusconi como produto de uma crise de representatividade dos partidos políticos ou da classe política, após intervenções judiciais no sentido de conter a Força Itália, forjado em um contexto de ascensão de políticos sem história e nem trajetória.¹¹

A contraofensiva frente ao judiciário ocorreu pela sua despolitização, processo marcado pelo controle institucional da intervenção judicial sobre a política pelos conselhos superiores de justiça e das relações entre juízes e o espaço público ou social. Essa regulação entre juízes e o espaço público é analisada por Vauchez como um processo de despolitização que forma uma coalizão que extrapola a política do governo berlusconiano, envolvendo intelectuais e outros segmentos sociais.

Além disso, o processo de despolitização veio acompanhado de sua autonomização pela via de um sindicalismo judiciário.¹² Esse novo sindicalismo, associado também a uma administração relativamente unificada das profissões judiciárias e ao novo papel atribuído ao Ministério da Justiça de organização dos tribunais, compõe um conjunto de elementos que conferiram uma relativa autonomia do judiciário em relação ao social e ao político.¹³

10 Idem. p. 97

11 Bobbio, 2016, p. 17

12 O sindicalismo judiciário é marcado pela organização de magistrados em associações ou sindicatos e por uma atuação política autônoma no campo político diferentemente de uma atuação política pela via judicial. Magistrados passam a falar fora dos autos e ganham representatividade por meio de suas associações (Vauchez, 2002, p.95)

13 Idem, p.103

No contexto francês, Roussel¹⁴ demonstra, por pesquisa realizada nos arquivos judiciários, através de cartas de recomendação que figuravam em dossiês da primeira metade do século XIX, uma estreita relação pré-moderna entre o político e o jurídico. As cartas revelam a relação de proximidade entre grupos de magistrados social e economicamente dominantes e sua integração a sociedade de notáveis locais.

O perfil da magistratura era, por conta disso, formado por detentores de grandes fortunas, imóveis rurais e participações financeiras no mercado industrial. Além disso, as relações de parentesco e familiares pesavam sobre o ingresso na magistratura.¹⁵ A relação era, portanto, de submissão entre as posições políticas ou status social e o exercício das funções judiciárias a ponto de acontecimentos e transformações na conjuntura política provocarem reflexos diretamente nas posições ocupadas no judiciário.

Após a segunda guerra mundial, a questão da reforma do judiciário e suas formas de recrutamento ressurgem. Porém, o estabelecimento de um concurso único apenas veio a ser pensado a partir da criação da Escola Nacional da Magistratura em Paris. Desde então, foram modificadas as vias de acesso aos cargos da magistratura e foi desenvolvido um processo de profissionalização que desvinculou a assunção de funções judiciárias da conjuntura política.

De fato, os efeitos da instituição do concurso sobre a composição social da magistratura foram sentidos, uma vez que a titulação/mérito e não mais o capital social e econômico passaram a ser exigidos como elementos essenciais.¹⁶ Um sistema meritocrático altamente especializado vai distanciando relativamente o ingresso na magistratura de uma relação com a posição e capital social inicial de seus agentes.

Em seu estudo sobre a magistratura francesa, Fontainha¹⁷ divide as suas formas de recrutamento em três momentos históricos sendo o primeiro situado entre os séculos XVI e XVII, em que a origem familiar era determinante para pertencimento aos cargos; um segundo momento na Terceira República em que o sistema de concurso disputava enquanto projeto com as indicações políticas de governo; e um terceiro momento marcado pela

14 Roussel, 2002.

15 Idem. p.26

16 Roussel, 2002, p. 32

17 Fontainha, 2013.

meritocracia de exames/concursos que teve início no século XX a partir da segunda guerra.¹⁸ Além disso, o autor demonstra que a partir de 1970, há uma evolução na procura de candidatos para se inscreverem no concurso da Escola Nacional da Magistratura, o que significaria o fim da “crise de vocações”, momento em que a magistratura francesa como um todo passou por uma crise e desprestígio social.¹⁹

Essas transformações nos modos de recrutamento e posterior formação de um corpo judiciário criaram as condições para a organização de juízes numa espécie de sindicalismo judiciário representado pela figura dos *juges rouges*. Esse sindicalismo dos juízes vermelhos construiu novas formas de relações da magistratura com o mundo político que deflagraram ações coletivas como as greves de 1976 ou mesmos outras formas de intervenção na cena judiciária. Ao desenvolverem usos heterodoxos de regras de direito e da própria função judiciária, pronunciaram julgamentos que provocaram constrangimentos políticos para ministros de Estado acerca da política econômica adotada por exemplo.²⁰

O processo de autonomização da magistratura francesa se aprofunda quando a progressiva separação entre política e judiciário provocou não apenas uma crescente profissionalização da carreira, mas também a sua tecnicização no sentido de creditar ao afastamento total do espaço público, inclusive, por meio de associações, toda a manutenção da sua relativa autonomia. Assim, nos anos de 1990, a magistratura assumiu uma tendência de desvinculação com o sindicalismo judiciário como atuação política até então preponderante. Por outro lado, o fenômeno da judicialização da política²¹ permaneceu de alguma forma sentido pela prisão de políticos e interferência do judiciário no campo político e econômico pela via judicial.

18 Idem. p. 48

19 Idem. p.187

20 Roussel, 2002.

21 Por judicialização da política, compreendemos o ingresso na “arena judicial” de questões que tendem a modificar o jogo político em instituições democráticas como o Parlamento. Como discutimos anteriormente, no Brasil, minorias parlamentares, nos anos de 1990, passaram a se mobilizar através de instrumentos jurídicos como as ADIns na “arena judicial” em busca de interpretações que lhes garantissem direitos. De 1999 até 2005, a judicialização política ou ingresso na arena judicial de questões políticas passou a refletir não mais a mobilização de minorias parlamentares, mas um incremento do ingresso dessas questões de maneira provocada pelo Ministério Público ou por juízes singulares na condução de processos judiciais que envolviam a condução coercitiva de políticos ou mesmo a sua prisão.

Em sua análise sobre as relações entre justiça e política, Garapon²² afirma que estas podem ser organizadas segundo dois modelos: o burocrático e o especializado-aristocrático. No burocrático, conforme vimos, também pelo olhar de Roussel²³, estabeleceu-se um sistema de recrutamento de juízes por concurso aberto a bacharéis ou diplomados. No segundo modelo, os juízes são recrutados dentro de um círculo de profissionais selecionado, que, em sua maioria, são advogados no contexto inglês/americano, ou seja, dentro de uma espécie de sistema “aristocrático-profissional”.

Porém, o sistema francês é um sistema dual que carrega características burocráticas e ao mesmo tempo “aristocráticas” quando estamos diante do conselho de estado e tribunais de recursos. Mas a “aristocracia profissional” que compõe os níveis superiores da magistratura francesa tem sua origem não no mercado da advocacia, como seria no modelo clássico inglês, mas no próprio corpo de profissionais do alto funcionalismo público. Tal fato explica em parte o olhar endógeno dos agentes do sistema de justiça e uma maior sensibilidade com problemas dos atores do próprio Estado do que com demandas dos administrados/jurisdicionados.²⁴

Os elementos profissionalizantes próprios do modelo burocrático que compõem o sistema dual francês foram em parte responsáveis pelo aumento do poder de juízes que representavam e foram depositários dos anseios de uma nova classe média intermediária conforme nos explica Garapon. A “aristocracia togada”, simbolizada pelo judiciário, encarnava os anseios de uma classe média pela construção de uma “nova moralidade pública” que não incluía agentes públicos do Estado nem tampouco a classe política, mas sim segmentos sociais médios que “ascéticos” e “livres da ação daqueles” permitiam o florescimento de “mercados”, “negócios” e “Terceiro Estado”.²⁵

Dizemos que os elementos profissionalizantes, como os exames e concursos abertos, foram em parte responsáveis pelo aumento do poder dos juízes, pois há outros elementos que compuseram esse fenômeno como a mídia que, ao quebrar toda uma sistemática de controle hierárquico sistêmico da magistratura, deu voz e visibilidade a juízes que até então não figuravam na cena pública. Além disso, a mídia criou a sensação de acesso

22 Garapon, 2001.

23 Roussel, 2002.

24 Idem. p. 58.

25 Garapon, 2001, p.60

a uma suposta “verdade real” sobre fatos contidos em processos judiciais, provocando uma crença em um suposto “fazer virtual da justiça”, semelhante a constituição de um fictício “júri popular”, além de fomentar a ilusão de realização de uma democracia direta ao se invocar portadora de uma moralidade pública em tese perdida pela classe política.²⁶

Ao provocar tanto a sensação de acesso à “verdade real” como a de realização de uma democracia direta, a mídia retira do circuito da *realpolitik* e, portanto, da classe política o papel de mediadora de diferentes e antagônicos interesses da sociedade. Ao fazê-lo, provoca um dos efeitos semelhantes ao do processo judicial ou da judicialização das relações políticas e sociais que é o da perda da dimensão coletiva de litígios.

O aparato midiático fomenta, portanto, uma lógica semelhante à lógica do fenômeno da judicialização da vida: por um lado, provoca a perda da dimensão coletiva de conflitos, alimentando a sensação de acesso pulverizado a “verdades reais”. Por outro lado, ao invocar a “moralidade pública”, retira dos atores sociais o exercício de uma cidadania junto à classe política que supostamente teria perdido seu papel de mediadora de interesses sociais contraditórios e antagônicos. Tal como a mídia, muitos juízes se situam como supostos novos artesãos do universal, do moral e do público.

Segundo a racionalidade pulverizante de acesso a verdades, à moralidade pública e à justiça, ao judiciário é atribuído um papel de nova religião jurídica que, segundo Garapon, tem por objeto o homem ou o indivíduo fora de sua classe social, grupo identitário ou categoria profissional. Ao cumprir o papel de instância moral chamada a recompor laços sociais rompidos, a justiça é, em realidade, convidada a cumprir um papel de reintegração política e social que ela mesma, em sua história de constante profanação de tradições, contribuiu para romper instrumentalizando sujeitos em função de interesses que lhe eram alheios.

O problema da judicialização da política e das relações sociais na atualidade está na paradoxal produção de rupturas de tradições e de promessas de justiça social feitas pelos fundadores da ordem democrática. Está na profanação da cidadania e do papel mediador da classe política de interesses antagônicos e de transformações sociais quando são depositadas majoritariamente na figura de juízes o papel de guardiões de promessas de justiça social presentes no pacto social originário. Por conta disso, Garapon

26 Idem, p. 75.

coloca, entre outras questões que envolvem a legitimidade do judiciário, a necessidade de descolonização do político e do social pela linguagem judiciária e de resguardo da ação coletiva sem abandono da linguagem do direito como elemento ou princípio essencial de uma sociedade democrática.

2. Autonomia do judiciário brasileiro e a diferenciação do campo jurídico por uma modernização conservadora: a interpelação do campo político pela “aristocracia togada” e a instrumentalização de sua autonomia supostamente em nome da sociedade

O estudo da diferenciação do campo jurídico brasileiro²⁷ quando combinado com análises relativas aos processos mais amplos de modernização do Estado e da sociedade brasileira explica em grande medida a figura do judiciário como substituto da vontade política ou mediador direto dos interesses antagônicos existentes na sociedade. Um “Guardião de Promessas” cujo perfil e feições desenhados por estudos sociológicos o aproximam cada vez mais de uma “aristocracia togada”.

No mencionado processo de modernização brasileiro, que ganha contornos conservadores pelo constante controle da cidadania política, as inovações no campo jurídico ocorreram pela identificação do público com o administrativo, o que, em grande medida explicaria, a sobreposição da figura do Estado com a do Executivo e a primazia do direito administrativo sobre outras áreas como a dos direitos civis e sociais, cuja expressão máxima se encontra no direito do trabalho e que dão efetividade à democracia. Além disso, o processo de modernização, em vez de dar autonomia ao judiciário por uma profissionalização baseada em processos republicanos que garantiriam uma progressiva diversificação de sua composição social,

27 O conceito de campo em Bourdieu denota um universo social relativamente autônomo a forças externas e aos demais no qual é possível identificar disputas entre atores e um certo *habitus* que os unifica enquanto agentes do campo. Por *habitus*, compreendemos um universo de linguagens, discursos e disposições incorporados pelos agentes sem os quais não é possível transitar ou disputar monopólios no interior do campo. Quando falamos sobre campo jurídico, compreendemos que este se distingue dos demais universos sociais quando o objeto da disputa entre agentes é o monopólio de dizer o que é e o que não é direito. Por diferenciação do campo jurídico brasileiro, explicitamos o processo através do qual o campo jurídico vai se tornando relativamente autônomo, tendo o judiciário como centro deste processo. Quanto mais autonomia possuir o judiciário de outros campos sociais como o campo político, mais aprofundado será o seu processo de diferenciação. No Brasil, esta autonomização do jurídico ganhou contornos conservadores na medida em que formou um campo autônomo com agentes cujo capital não é a melhor técnica ou linguagem jurídica, mas o status/capital social como instrumento de sua conservação no campo (Bourdieu, 1989; Engelman, 2006).

formou, em realidade, uma “aristocracia togada” recrutada nas classes médias urbanas interessadas em instrumentalizar o campo jurídico para seus interesses de classe.

Mesmo com a consagração de direitos civis e a possibilidade de representação do interesse público, coletivo e social pelo Ministério Público na Constituição de 1988, ainda assim há uma primazia do administrativismo, porém desta vez ancorado no paradigma racionalizador da “gerência e eficiência” no campo jurídico. Esse administrativismo gerencial ressoou e permeou as sucessivas propostas de reformas do judiciário²⁸ que visavam dar cada vez mais autonomia à instituição e resolver o problema da litigiosidade pela via “gerencial”. Além disso, repercutiu, de alguma maneira, no pano de fundo da forma como juízes e outros agentes jurídicos concebem o seu papel e atuação dentro do Estado, instrumentalizando suas ações em função das engrenagens do aparato burocrático.

O judiciário brasileiro passou por um processo de modernização com retirada de autonomia que esteve em função de um Executivo “soberano”. Num segundo momento, quando conferida a relativa autonomia pela Constituição de 1988, reforçou mais a figura do juiz singular “soberano” do que a de um sistema de justiça e de garantias constitucionais. Na ocasião dos debates sobre a reforma do judiciário ocorridos nos anos de 1990, as propostas colocadas em pauta objetivavam justamente o contrário: elevar a interpretação jurídica a um patamar constitucional litígios civis e sociais, dando centralidade a modificação e regulação de processos e julgamentos nos tribunais superiores, o que consequentemente mitigaria o papel dos juízes de primeira instância e traria a Corte Constitucional para o centro do sistema jurídico.

A sistemática de recrutamento e ingresso na magistratura inaugurada pela Constituição de 1988 se, por um lado, liberou o judiciário de formas de recrutamento e ingresso na magistratura que se identificavam com os interesses de um Executivo “soberano”, por outro lado, deslocou o aspecto conservador do processo em si de seleção para uma silente conservação de um *habitus* que vai selecionando magistrados que simbolizam uma “aristocracia togada” e os anseios de uma classe média urbana que instrumentaliza

28 Em sua pesquisa acerca dos sentidos políticos que podem ser atribuídos às propostas de reforma do judiciário, Engelmann explicita que foram representativas do paradigma gerencial da eficiência propostas de Emenda Constitucional que tramitaram no Congresso Nacional como a de nº 36/99, nº 08/99, nº 19/99 e nº 09/99 (Engelmann, 2015, p.405).

a magistratura em função precipuamente de um desejo de ascensão social, distanciando a instituição de valores republicanos presentes no pacto constitucional originário que sustentam a democracia e o Estado de Direito.²⁹

Um dos reflexos deste distanciamento do pacto republicano é encontrado na inobservância dos limites e do papel do judiciário, quando no exercício de sua atividade jurisdicional, como *mediador* de conflitos e interesses sociais. A substituição do papel de *mediador* pelo papel de instância moral pública *construtora* de interesses sociais está no cerne da contradição e dos embates simbólicos travados com uma suposta classe política corrompida e incapaz de exercer a *mediação direta* de interesses sociais e políticos antagonicos. O campo jurídico passa ser não apenas o campo de disputas pelo monopólio de dizer o direito, mas também o moral, o político e o público.³⁰

Santos³¹ nos ensina que a relativa autonomia do judiciário brasileiro se fez notar paradoxalmente com a sua politização e ativismo no campo das políticas públicas e sociais, assumindo muitas vezes o papel daquele Executivo que outrora controlava a porta de entrada e saída de demandas judiciais, mediando e regulando assim interesses na esfera pública. Para o autor, a intervenção do judiciário nos campos social e político é reflexo de um “curto-circuito” histórico de afirmação de direitos e promulgação da carta constitucional de 1988. Com a promulgação da nova carta constitucional, projeta-se um novo modelo de Estado e uma série de direitos passam a fazer parte de um sistema de garantias sem, no entanto, virem acompanhados de políticas públicas no mesmo alcance. O judiciário assumiria então o papel de suposto agente capaz de suprir o vazio de políticas

29 Em estudos empíricos realizados sobre concursos públicos, Fontainha (2016) identifica a existência de uma “ideologia concurseira”. Esta ideologia se reflete na lógica de avaliação de profissionais de diferentes níveis e verifica-se que, independentemente da titulação, o modelo adotado para a avaliação é praticamente o mesmo. Assim, chega-se à conclusão de que o certame recruta aqueles candidatos que melhor sabem fazer ou se adequem aos padrões de provas (Fontainha; Geraldo; Veronese, 2016).

Os modelos de prova, por sua vez, privilegiam determinados conteúdos técnicos em detrimento de outros relacionados a uma formação humanística. Deste modo, das provas em que foi cobrado o conteúdo de “noções gerais do direito e formação humanística” na magistratura estadual (85,71%), por exemplo, a maior parte deles (33,33%) era sobre o estatuto jurídico da magistratura, 23,80% era sobre teoria geral do direito e da política, e, por fim, 9,52% de sociologia do direito, de psicologia judiciária e de filosofia do direito, cada uma. Verifica-se por esta pesquisa que os concursos se orientam, portanto, para si e não para os princípios constitucionais ou papéis institucionais previstos para as instituições (Fontainha; Geraldo; Veronese, 2016, p.698).

30 Bourdieu, 1989.

31 Santos, 2007.

e ao mesmo tempo estabilizar tanto o *boom* de direitos pós 1988 como reações sociais coletivas.³²

Essa nova arena pública judicial constituída, em que são equacionados conflitos latentes na sociedade é, em parte, externa ao circuito político e representativo clássico, o que coloca em questão a legitimidade do judiciário na tomada de decisões no campo político e social. Dizemos que é em parte externa ao circuito político clássico de representação, pois Sadek³³, ao formular um auto-retrato da magistratura brasileira, após a promulgação da constituição de 1988, apontou que juízes de primeiro grau em geral não enxergam nas decisões dos tribunais superiores e da suprema corte uma relação de distanciamento frente ao Executivo.³⁴ Assim, a “aristocracia togada”, na figura dos juízes singulares, interpelaria o campo político supostamente em nome ora da “boa técnica”, ora da sociedade e da “moralidade pública”, ao passo que aos tribunais e a Corte Constitucional atribuiria o papel de fazê-lo em nome de um Executivo “soberano” que se perdeu em sua crise de representatividade junto com a classe política.

As indagações de Falcão³⁵ no sentido de verificar as condições políticas, históricas e sociais em que o judiciário brasileiro toma decisões, ou seja, de investigar a sua autonomia no processo de consolidação democrática, levaram a afirmação de duas condições básicas. Para o autor, a via de emancipação possível do judiciário estaria estruturada de um lado na falta de sintonia entre o ingresso no campo jurídico e a posição social inicial de seus agentes externa ao campo, o que seria em grande medida possível por um sistema de recrutamento republicano baseado em concursos públicos e na estabilização de garantias constitucionais como vitaliciedade e inamovibilidade, e, de outro lado, na sua autonomia política face ao Executivo.³⁶ Assim, um dos aspectos de uma modernização garantidora de uma real e efetiva autonomia do judiciário estaria num sistema de recrutamento que permitisse uma diversificação de sua composição social.

32 Ocorre que, como nos ensinou Falcão (2004), a estrutura de nosso judiciário parte do princípio de que os conflitos que envolvem o exercício da cidadania plena são conflitos individuais, o que obstaculiza a análise da demanda de um prisma mais coletivo. Com isso, em geral buscamos um “antídoto judicial” para o vazio de políticas públicas baseando-nos num individualismo para questões que são eminentemente coletivas ou públicas (Falcão, 2004).

33 Sadek, 2006

34 Sadek; Beneti; Falcão, 2006, p.8

35 Falcão, 2004.

36 Idem, p.47

Em relação a diversificação da composição social da magistratura, Werneck Vianna³⁷ e mais recentemente Sadek³⁸ trazem contribuições que constituem um termômetro da sua autonomia. Ao analisarmos a transformação do perfil social da magistratura brasileira pelo contraste de dados levantados pelas duas pesquisas podemos perceber que, no processo de aquisição de relativa autonomia, o judiciário brasileiro foi forjado num contexto de “meritocracia encastelada”, em que a diferenciação do *campo jurídico*³⁹ se, de um lado, afastou a relação de subordinação direta entre o status social e a ocupação de funções judiciárias, de outro, manteve um certo sistema meritocrático baseado na conservação de um *habitus*, alicerçado na seleção de uma “aristocracia especializada” nas classes médias urbanas.⁴⁰ Verificamos tal fenômeno pela análise de alguns dados tais como origem familiar, auto declaração racial, intervalo de tempo entre a graduação e o concurso para magistratura e exercício profissional anterior ao concurso.

A pesquisa de Vianna demonstra que 54% do total de juízes brasileiros tinham nos anos de 1990 pais com escolaridade até o primeiro grau e aproximadamente 30% têm um perfil ocupacional de extração subalterna. O pai com formação universitária representava 31% do total⁴¹, exercendo majoritariamente funções no setor público, sendo que dentro desse universo 72% eram de funcionários públicos ou empregados em empresas estatais que compunham o alto escalão nas regiões Sudeste e Sul.⁴² Na pesquisa realizada por Sadek, que atualiza a realidade encontrada por Vianna, encontramos uma redução drástica no percentual de pais sem instrução ou que não chegaram a concluir o primeiro grau: 32,3%. Além disso, constatamos certo aumento no percentual de entrevistados com pais que possuem formação universitária 32,8%, sendo que a maioria desses pais diplomados são advogados ou profissionais liberais.⁴³

37 Vianna, 1997

38 Sadek, 2006

39 Sobre a diferenciação do campo jurídico, Bourdieu destaca que esse processo forja um universo social relativamente independente a pressões externas. Nele é exercida a autoridade jurídica, forma por excelência de violência simbólica, através da produção de discursos que em realidade são o produto por homologia de relações sociais de força e saberes específicos (Bourdieu, 1989).

40 Bourdieu, 1989, p.211

41 Nos anos de 1970, esse percentual era de 20% de pais com formação universitária.

42 Vianna, 1997, p.88

43 Sadek; Beneti; Falcão, 2006, p.22

Não há na pesquisa elaborada por Vianna um recorte baseado no auto declaração racial. Já na pesquisa de Sadek verificamos que 86,5% dos juízes se auto declararam brancos frente a 13,5% que em sua maioria se declararam “pardos”.

Quanto ao intervalo entre a graduação e o concurso para magistratura, Vianna⁴⁴ revelou que o intervalo médio entre a graduação e o concurso para magistratura era de 5,9 anos, situando-se a mediana em 5 anos. Além disso, destaca que a opção pelo concurso público é majoritariamente precoce, observando-se ainda uma tendência ao ingresso mais rápido na magistratura entre aqueles que se graduaram mais cedo e uma tendência de aumento na frequência em cursos preparatórios.⁴⁵ Já a pesquisa realizada por Sadek⁴⁶ aponta um aumento desse intervalo de tempo para 7 anos, sendo que em média os magistrados passam por um concurso antes daquele que efetivamente significa o ingresso na carreira.

Quanto ao exercício profissional anterior ao ingresso na magistratura, Vianna (1997) assinala que aproximadamente a metade dos juízes não cumpriu qualquer atividade profissional anterior ao ingresso na magistratura ou exerceu a advocacia por um período máximo de 5 anos. Uma passagem anterior por carreiras jurídicas tradicionais como Ministério Público, Defensoria e Procuradoria caracteriza a trajetória de 25% dos juízes, sendo que não há um recorte de quantos nesse universo são oriundos do Ministério Público, quantos foram procuradores e quantos foram defensores.⁴⁷ Já a pesquisa realizada por Sadek revela que cresceu vertiginosamente o percentual de juízes que exerceu alguma atividade profissional antes do recrutamento (96,5%), mas não aponta se essa atividade profissional ocorreu como procuradores, defensores, promotores ou se ocorreu na advocacia em escritórios privados.⁴⁸

Os contrastes entre as pesquisas realizadas por Vianna⁴⁹ e Sadek⁵⁰ contribuem para a análise do sistema de recrutamento brasileiro inaugurado

44 Vianna, 1997.

45 Idem, p. 155

46 Sadek, 2006

47 Vianna, 1997, p. 187

48 Sadek; Beneti; Falcão, 2006, p.9

49 Vianna, 1997

50 Sadek, 2006

a partir da constituinte de 1988 e nos levam a compreender que, segundo a classificação proposta por Garapon⁵¹, nosso sistema comporta características tanto do modelo burocrático como do modelo “aristocrático”. Diferentemente do contexto francês, no Brasil, ficam acentuadas desde o recrutamento em primeiro grau características do modelo “aristocrático”. Isso porque as possibilidades de ingresso na magistratura aumentam quanto maior é a disposição ao longo do tempo de recursos financeiros e sociais do candidato para se preparar para o concurso, além da influência de sua inserção profissional, seja em carreiras jurídicas tradicionais, seja em escritórios de advocacia consolidados no mercado, o que o insere numa espécie de sistema de “aristocracia profissional”.

3. Transformações constitucionais, sistema de recrutamento de magistrados e autonomização do judiciário brasileiro

A Constituição de 1934 previu, pela primeira vez, as garantias à magistratura estadual de vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de vencimentos e tais garantias apontavam para uma certa autonomia do Judiciário, por outro lado, o artigo 64 da Constituição previa a possibilidade de remoções de magistrados, por voto de 2/3 dos membros do tribunal, em razão de um suposto interesse público. Havia previsão, portanto, da retirada da autonomia dos juízes por meio deste mecanismo.

Em relação à magistratura federal, os artigos 74 e 80 da Constituição de 1934 mantiveram as nomeações pelo Presidente da República, após nomeações em lista quántupla feita pela Corte Suprema, em votação secreta. Em 1937, com a implantação do Estado Novo por Getúlio Vargas e com a dissolução das Assembleias Estaduais e das Câmeras Municipais, a competência para elaborar as leis ficou a cargo do Poder Executivo e, além disso, as justiças eleitoral e federal foram extintas, de modo que o Poder Judiciário passou a ser composto apenas pelo Supremo Tribunal Federal, pelos Juízes Estaduais e pelos Tribunais Militares, considerando que a Justiça do Trabalho, embora tenha sido criada em 1934, funcionava no âmbito administrativo, e não jurisdicional.

A Constituição de 1946, apesar de manter algumas das características dos períodos anteriores, tinha feições mais democráticas, se preocupando

51 Garapon, 2001

em assegurar ao Poder Judiciário a competência para o exercício do controle de constitucionalidade, inclusive, alçando o Supremo Tribunal Federal à condição de “Guardião da Constituição”, na medida em que a Emenda nº 16/1965 previu o controle abstrato de constitucionalidade das leis estaduais e federais. Além disso, esta Constituição trazia outros mecanismos para evitar ingerências do Executivo no Judiciário, garantindo-lhe normas de autogoverno, autonomia e garantias aos magistrados. A Justiça Eleitoral foi restaurada e à Justiça do Trabalho foi atribuída natureza jurisdicional, quanto à Justiça Estadual e Federal. Esta Constituição manteve a unidade em primeira instância e em segunda instância criou o Tribunal Federal de Recursos.

A modernização da Justiça Federal de primeira instância foi regulamentada pela Lei nº 5.010/1966, a qual previu, pela primeira vez, o concurso público⁵² como critério de seleção dos juízes substitutos⁵³ em âmbito federal. Entretanto, para a formação dos quadros da magistratura federal de primeira instância, o Supremo Tribunal Federal elaborava lista quádrupla e o Presidente da República possuía o controle da nomeação dos candidatos selecionados. Nesta lista, deveria ter o nome de três juízes substitutos e dois bacharéis em direito, com mais de 30 e menos de 60 anos, de “notório merecimento” e “reputação ilibada”, sendo necessário também, no mínimo, 08 anos de exercício da advocacia, Ministério Público, magistratura ou magistério superior.

Sob a égide da Constituição de 1967, a investidura na magistratura federal de primeira instância se daria mediante aprovação e em concurso de provas e títulos, organizado pelo Tribunal Federal de Recursos e nomeação pelo Presidente da República, entre os brasileiros maiores de “30 anos de cultura” e “idoneidade moral”. Os juízes federais seriam nomeados, porém, pelo Presidente da República entre os juízes substitutos indicados pela lista

52 O concurso público para juiz substituto da justiça federal deveria ser publicado no diário oficial com antecedência mínima de 30 dias, era composto de prova oral e escrita e as matérias seriam fixadas pelo Conselho da Justiça Federal. Dentre as exigências estabelecidas pela Lei nº 5.010/1966, destaca-se a comprovação do exercício da advocacia por 02 anos. As regras relacionadas às bancas examinadoras foram previstas pela Lei nº 7.595/1987, que determinou que as Comissões Examinadoras seriam designadas pelo Conselho da Justiça Federal e seria composta por 03 Ministros do Tribunal Federal de Recursos, 01 professor da Faculdade de Direito e 01 advogado indicado pelo Conselho Federal da OAB.

53 Aos juízes substitutos, cabia a substituição dos juízes federais durante suas férias, em impedimentos e o auxílio permanente, inclusive, na instrução e no julgamento dos processos, na forma que estabelecer o Conselho da Justiça Federal.

tríplice elaborada pelo Tribunal Federal de Recursos, com base nos critérios de antiguidade e de merecimento.

Com a Constituição Federal de 1988, a matéria passou a ser tratada pelo seu artigo 37, que prevê o concurso público como o critério de seleção dos servidores públicos em geral. Neste dispositivo, estão previstas as normas e princípios principais sobre a administração pública.⁵⁴ O artigo 93, inciso I, prevê por seu turno especificamente o concurso público como critério de seleção para o cargo de juiz, em todo o território nacional.

De acordo com o artigo 93 da Constituição Federal de 1988, é da competência do Supremo Tribunal Federal dispor, mediante lei complementar, sobre o Estatuto da Magistratura (Lei Complementar nº 35/1979). Este estatuto, por sua vez, prevê em seu artigo 78 que o ingresso na carreira da magistratura ocorre mediante nomeação após a aprovação do candidato em concurso público de provas e títulos organizado e realizado com a participação do Conselho Seccional da Ordem dos Advogados do Brasil. A sistemática de recrutamento e ingresso inaugurada pela Constituição de 1988 ocorre, porém, sem ingerência da Presidência da República e dos Tribunais Superiores, ocorrendo as nomeações e empossamentos de forma direta entre os selecionados nos exames de provas e títulos. Ocorre desde então uma modernização, de fato, no sistema de recrutamento brasileiro.

O aspecto conservador desta nova sistemática de recrutamento não está no processo em si de seleção e nomeação para os cargos, que atualmente segue um procedimento regulamentado e exclusivamente controlado pelas instituições públicas provedoras dos cargos, mas na silente conservação de um perfil de magistrado que simboliza uma “aristocracia togada”.

4. O problema da autonomia do judiciário a serviço do “juiz soberano” ou como os juízes instrumentalizam a administração da justiça

As relações entre judiciário e executivo ou do campo jurídico com os demais campos da sociedade são complexas e sofrem diferenciações de acordo com a instância de poder dentro do judiciário em análise. Alguns dados servem de termômetro dessas relações de aproximação e afastamento tais

54 A Constituição Federal de 1988 também passou a assegurar a autonomia administrativa e financeira do Poder Judiciário e o artigo 96, inciso I, prevê em suas alíneas “c” e “d” a competência dos tribunais pelo provimento dos cargos de juízes de carreira das suas respectivas jurisdições, bem como para propor a criação de novas varas.

como os parâmetros jurídicos adotados pelos juízes na tomada de decisões judiciais, dados relativos ao imaginário de Estado que está no pano de fundo das intervenções judiciais e aqueles relacionados ao controle externo de juízes e da administração da justiça.

Com relação aos parâmetros adotados pelos juízes na tomada de decisões, 61,7% dos entrevistados na pesquisa de Vianna responderam que se enxergam como “fiéis intérpretes da lei”. O autor da pesquisa explica que isto significa que os juízes viviam na época uma transição, pois a interpretação da lei, nos moldes de um positivismo legalista que hegemonizava a formação nas faculdades de direito na época da ditadura, estava sendo relativizada por outros 38,3% de entrevistados que possivelmente poderiam estar mais próximos de uma interpretação que levasse em consideração uma principiologia jurídica e processos sociais substantivos.

Já na pesquisa de Sadek, embora a lei continue sendo o parâmetro principal para tomada da esmagadora maioria das decisões, o fato de os magistrados se auto visualizarem como “fiés interpretes” da mesma significa uma tentativa de autonomização frente ao Executivo e uma forma de diferenciação da atuação do Supremo Tribunal Federal, considerada pelos mesmos como altamente influenciada pelo campo político e pelo capital econômico. Ressalte-se que há no pano de fundo dessas falas dos juízes de primeiro grau o controle da constitucionalidade das leis e a guarda da constituição pelo Supremo Tribunal como parte do processo de transformação social.

Além disso, não há como compreender o dado acima sem uma relação mínima com o imaginário de Estado que permeia a atuação judicial. Tanto na pesquisa de Vianna como de Sadek⁵⁵, no imaginário dos juízes, é a esfera privada ou o mercado a dimensão-chave da organização da vida social e não o Estado. Há aqui uma contradição na fala de juízes: ao mesmo tempo que criticam a influência do poder econômico e do campo político sobre as decisões do Supremo Tribunal Federal não negam a centralidade do mercado na organização da vida social.

Assim, como supostos “fiéis interpretes da lei” e afirmando sua autonomia frente a outros poderes, mesmo que levem em consideração consequências sociais em suas decisões, provavelmente a tomada das decisões judiciais ocorreria para preservar valores de mercado e para desconstruir

55 Na pesquisa de Vianna (1997), 46% de juízes são tendencialmente desfavoráveis ao intervencionismo estatal em matéria econômica e redistributiva.

a figura do Estado como principal agente organizador da vida social. Por conta disto, estar fidelizado à interpretação da lei significa diferenciar-se do campo político, cuja figura central é a do Poder Executivo e do Supremo Tribunal Federal, cuja tomada de decisão, segundo seu entendimento, se afastaria da legalidade para se aproximar de interpretações que incorporariam supostamente interesses políticos em nome da constitucionalidade.

Quanto às formas de controle externo da magistratura, antes da criação do Conselho Nacional de Justiça – CNJ, 81,1% dos juízes era contrário à existência de qualquer órgão de controle externo. Além disso, recusavam *interna corporis* uma organização de perfil marcadamente hierárquico-burocrático. Com essas duas constatações, Vianna conclui que, para parcela majoritária dos juízes brasileiros, a ideia de autonomia está a serviço da soberania do juiz singular como se o juiz fosse um órgão soberano em si, acima de qualquer tipo de controle.

Ocorre que, como nos explicou Falcão, a autonomia do judiciário e do juiz singular, em relação a interesses estatais antagônicos aos de parcela significativa da sociedade, não garante uma justiça que efetive amplos direitos ou que possibilite amplo acesso popular. Em outras palavras, o autor coloca como questão: como tornar a autonomia do judiciário a serviço da ampliação da cidadania (ou da democratização do acesso à justiça) e não de interesses corporativos (ou mesmo políticos) do juiz singular?

Falcão complementa essa característica de acentuada autonomização e soberania a serviço do juiz singular ao criticar a ideia de unicidade do judiciário em matéria de administração da justiça e ampliação do acesso. O autor explica que essa característica do judiciário brasileiro forma uma multiplicidade ou um contraditório em cada juiz e em cada tribunal que molda um judiciário culturalmente múltiplo. Por outro lado, não descarta a relevância do CNJ como órgão de administração da justiça, com poderes para fiscalizar e controlar excessos no exercício da autonomia, capaz de gerar unidade, com referência na constituição, dentro da multiplicidade.⁵⁶

5. Conclusão

Neste artigo, nos debruçamos na primeira parte sobre o processo de autonomização do judiciário na Itália e na França, com base nos estudos de

56 Sadek; Beneti; Falcão, 2006, p. 121

Vauchez⁵⁷ e Roussel⁵⁸, o conseqüente aumento do poder de juizes e seus reflexos sobre os campos político e social. No contexto italiano, concluímos que a crescente politização do judiciário levou ao aumento do poder de juizes a ponto de intervirem judicialmente no campo político, transformando as condições de competição e disputa dentro desse campo. O judiciário funcionou naquele contexto como verdadeira instância moral capaz de regular o jogo político ao ponto de provocar uma crise de representatividade de partidos ou da classe política como um todo. Sua despolitização e a construção de mecanismos de controle da influência do campo político sobre o judicial deslocou a questão da autonomia para outras formas de intervenção política, mas sobretudo para a forma de um associativismo ou sindicalização de magistrados que tinha por objetivo influir politicamente na produção legislativa e nas políticas em matéria judiciária e administrativa da justiça.

No contexto francês, a autonomia do judiciário foi um fenômeno precipuamente marcado pela sua acentuada profissionalização. Isso implicou na modificação das formas de recrutamento de juizes a partir da Segunda Guerra e da criação da Escola Nacional da Magistratura francesa. Além disso, houve uma transformação da composição social da magistratura que levou ascensão dos juizes vermelhos, juizes esses de origem social desvinculada das elites econômicas que desenvolviam usos heterodoxos de regras do direito para provocar constrangimentos políticos e denunciavam a atuação de uma rede de políticos pela imprensa. Segundo Garapon, o aumento de poder do juiz na França poderia ser analisado como a reivindicação de uma nova burguesia que não se sente representada pela classe política. São juizes que não pertencem necessariamente às elites econômicas, mas que compõem um sistema de seleção meritocrático, baseado em “castas profissionais”.

O problema da intervenção judicial desses magistrados sobre o campo político redundou na atribuição ao judiciário de um papel de nova religião jurídica que, ao profanar a tradição da representatividade e promessas de justiça presentes no sistema democrático, rompem não apenas com o papel mediador da classe política, mas com formas de exercício da cidadania junto a essa classe.

57 Vauchez, 2002

58 Roussel, 2002

No Brasil, concluímos que a autonomia do judiciário ocorreu após um histórico de interferências do poder executivo sobre o recrutamento e atuação jurisdicional de magistrados, seja pela via repressiva, pela responsabilização penal direta de juízes, seja pela via da outorga ampla de poderes para regular os campos político e social, vindo a exprimir um projeto de modernização econômico-social que ganha contornos conservadores. Esse processo de autonomização apenas se aprofunda a partir da constituição de 1988 que instituiu um sistema de garantias como inamovibilidade, irredutibilidade de salários e vitaliciedade após aprovação em concurso público. Do ponto de vista sociológico, Falcão nos explica que a autonomia do judiciário poderia ser verificada pela análise de duas condições: pela diversificação de sua composição social e pelo grau de intervenção judicial em relação a outros campos sociais.

O sistema de recrutamento de juízes instituído a partir da constituição de 1988 se, por um lado, garantiu uma diversificação da composição social da magistratura, por outro lado instituiu um modelo marcadamente “aristocrático” de recrutamento em que aumentam as possibilidades de ingresso na magistratura quanto maior é ao longo do tempo a disposição de recursos para preparação, além da influência de sua posição profissional seja em carreiras consideradas tradicionais como ministério público ou procuradoria, seja em determinadas bancas de advocacia. Com isso, concluímos que a diferenciação do campo jurídico no Brasil esteve baseada na preservação de um *habitus* que reproduz dentro do campo um “sistema meritocrático encastelado”. As possibilidades de ingresso no campo jurídico aumentam de acordo com a posição profissional e os recursos disponíveis para disputa dessa carreira no campo.

Diante da relação entre autonomia e ativismo judicial, verificamos que a afirmação de parâmetros legais na tomada de decisões, a crítica à atuação do Supremo Tribunal e a recusa *interna corporis* de uma organização baseada no controle hierárquico-burocrático da justiça significam que a autonomia do judiciário no Brasil é entendida, por significativa parcela da magistratura, como soberania do juiz singular como se o juiz fosse um órgão autônomo em si acima de qualquer tipo de controle, instrumentalizando o exercício de sua função em direção a interesses diversos de princípios que, em tese, regulam a instituição judiciária. A criação do Conselho Nacional de Justiça e o debate que envolveu a sua constitucionalidade nos deixam pistas de que possivelmente a autonomia do judiciário, conqui-

tada a partir da constituição de 1988, esteve mais em função da figura do juiz singular, de seus poderes e interesses político-corporativos, do que em função da distribuição da justiça, resguardo de garantias constitucionais e ampliação do acesso popular.

Referências

- BOBBIO, Norberto. *Contra os novos despotismos: escritos sobre o berlusconismo*. Tradução Erica Salatini; César Mortari Barreira. São Paulo: Editora Unesp; Instituto Norberto Bobbio, 2016.
- BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. Tradução de Fernando Tomaz. Rio de Janeiro: Difusão Editorial, 1989.
- ENGELMANN, Fabiano. *Elementos para uma sociologia da diversificação do campo jurídico brasileiro pós-redemocratização*. Florianópolis: Revista de Ciências Humanas, nº 39, p. 99-115, Abril de 2006.
- _____. *Sentidos Políticos da Reforma do Judiciário no Brasil*. Rio de Janeiro: Revista Direito e Práxis, vol. 07, nº 12, 2015, p.395-412.
- FALCÃO, Joaquim. *A favor da democracia*. Recife: Editoras Massangana/Bagaço, 2004.
- FONTAINHA, Fernando de Castro. *Como tornar-se juiz?: uma análise interacionista sobre o concurso da magistratura francesa*. Curitiba: Juruá, 2013.
- _____; GERALDO, Pedro Heitor Barros; VERONESE, A.; ALVES, Camilla Souza. *O concurso público brasileiro e a ideologia concursista*. BDA (São Paulo), v. 32, p. 58-76, 2016.
- GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia: o guardião das promessas*. Tradução Maria Luiza de Carvalho. 2ª Edição. Rio de Janeiro: Revan, 2001.
- HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre a facticidade e validade*. Volume I. Tradução Flavio Beno Siebeneuchler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.
- _____. *Teoria do agir comunicativo: racionalidade da ação e racionalização social*. Volume I. Tradução Paulo Astor Soethe; revisão da tradução Flavio Beno Siebeneichler. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012.
- HABERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional – A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição*. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2002.

- ROUSSEL, Violaine. *Affaires des juges: les magistrats dans les scandales politiques en France*. Éditions La découverte, 2002.
- SADEK, Tereza; BENETI, Sidnei Agostinho; FALCÃO, Joaquim. *Magistrados: uma imagem em movimento*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para uma revolução democrática da justiça*. São Paulo: Editora Cortez, 2007.
- VAUCHEZ, Antoine. *Justice et Politique: quelques leçons tirées de la "parabole judiciaire" italienne*. Pouvoir, n° 103, 2002.
- VIANNA, Luiz Werneck et all. *Corpo e Alma da Magistratura Brasileira*. 3ª Edição. Rio de Janeiro: Revan, 1997.
- _____. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Editora Revan, 1999.
- _____; BURGOS, Marcello Bauman; SALLES, Paula Martins. *Dezessete anos de judicialização da política*. São Paulo: Tempo Social, revista da sociologia da Universidade de São Paulo, v.19, n° 2, novembro de 2007, p.39-85.

Recebido em 06 de março de 2018.

Aprovado em 22 de novembro de 2018.

Bases neuronales de la moralidad humana: un estado de la cuestión y propuesta teórica para el Derecho

*Neural basis of human morality: state of the art and a
theoretical proposal for Law*

Aníbal Monasterio Astobiza*

University of the Basque Country (UPV/EHU), País Vasco

1. Introducción: Moral y cerebro en la antigüedad, época moderna y actual neurociencia

Durante las últimas décadas se han producido grandes avances en el estudio e investigación del cerebro humano que han permitido entender mejor las bases neuronales de la experiencia y la conducta moral.¹ Bajo la premisa de ver a la *moralidad* como un fenómeno eminentemente natural - un producto de la evolución - la neurociencia ha revelado desde un punto de vista estructural, así como funcional, múltiples áreas y circuitos cerebrales asociados con la toma de decisiones y razonamiento moral.²

El estudio de las bases neuronales de la moral no se ha de ver como un ejercicio de “cientificismo” o “reduccionismo”, sino como un paso lógico en el reconocimiento de que es gracias al cerebro, a un órgano de casi dos kilos de peso, por el cual tenemos “vida mental” y expresamos cualquier tipo de conducta. En palabras de Francis Crick:

* Doutor em Ciência Cognitiva e Humanidades pela University of the Basque Country e mestre em Psicologia Social pela mesma universidade.

1 Decety y Wheatley 2015; Liao 2016.

2 Moll, Zahn, de Oliveira-Souza, Krueger y Grafman 2005.

tú, tus alegrías y tus penas, tus recuerdos y tus ambiciones, tu sentido de identidad personal y de libre albedrío, de hecho no son más que el comportamiento de un vasto ensamblaje de células nerviosas y sus moléculas asociadas.³

En definitiva, el cerebro está detrás de cualquier faceta de nuestra existencia.

La moral es uno de los rasgos esenciales del ser humano. Una de las características que, junto al bipedalismo, la búsqueda de la trascendencia (espiritualidad) o estética nos hace humanos. Si asumimos que el cerebro está detrás de cualquier faceta de nuestra existencia, es un paso lógico y natural esperar encontrar respuestas en el cerebro ante preguntas sobre la naturaleza, práctica y fiabilidad de nuestros juicios morales.

De hecho, para muchos investigadores la moral se ha de transformar en “un problema de la biología del cerebro”.⁴ E. O. Wilson una vez dijo algo incluso mucho más radical al expresar la tesis de que la moral y la ética debe asimilarse por completo a la ciencia.⁵ De acuerdo con Wilson la ética debe *biologizarse*.

De interés tanto para la neurociencia de la moral como para un enfoque más apriorístico y normativo es conocer qué diferencia a los juicios morales de los juicios no-morales,⁶ si la moral surge de un proceso deliberativo o emerge de las emociones,⁷ si los juicios morales son intrínsecamente motivantes... etc.

Estas y otras muchas cuestiones forman parte de la reciente investigación en neurociencia moral y al mismo tiempo hunden sus raíces en las persistentes preocupaciones de filósofos y filósofas, teólogos y otros autores que a lo largo de la historia intelectual han buscado conocer la naturaleza de la moral y la ética.

Aunque pueda parecer que la neurociencia moral es un campo de estudio reciente, un gran número de científicos-médicos de los siglos XVIII y XIX han intentado localizar el “sentido moral” en el cerebro teniendo como experimentos naturales casos de psicopatología desarrollada y sociopatía

3 1994, pág. 3.

4 Tancredi 2005, pág. X.

5 Wilson, 1975, pág. 3

6 Hare, 1981.

7 Haidt, 2001.

adquirida de criminales y delincuentes considerados ejemplos de perversión de las *facultades morales* (Véase, para un análisis en mayor profundidad Verplaetse 2009 del cual tomo parte de la historia y conceptualización del “sentido moral” expuesta más abajo).

Paulatinamente, estudios preliminares clínico-anatómicos en vivo y post-mortem del siglo XIX fueron ofreciendo fuentes de información sobre los orígenes del comportamiento anti-social e inmoral que hasta entonces se creía era fruto de la educación y el entorno. La idea general era que la conducta moral anormal reflejaba el mal funcionamiento de sistemas cerebrales, especialmente aquellos que median los sentimientos prosociales, agencia, apego y empatía. En el imaginario colectivo del siglo XIX estaba la idea localizar el *sentido moral* en el cerebro y descubrir el origen neurofisiológico del bien y del mal y de esta forma crear un antídoto o vacuna moral para eliminar la violencia y la conducta anti-social de la sociedad.

Famoso es el concepto de “locura moral” del alienista⁸ británico J.C. Pritchard que introdujo este concepto en 1835 para referirse a los síntomas del psicópata. Este término inglés, “locura moral”, es el equivalente del concepto francés de Pinel *manie sans délire* (locura sin delirio). Pero fue uno de los padres fundadores de la psiquiatría americana, Benjamin Rush (1746-1813), a quien debemos el establecimiento del vínculo entre conducta anti-social, psicopatología y déficits morales cuando propuso: “En todos estos casos de depravación moral innata, existe probablemente una organización defectuosa en aquellas partes del cuerpo que están ocupadas por las facultades morales de la mente”.⁹

Franz Joseph Gall, fundador y defensor de la frenología, identificó un órgano moral en la corteza del cerebro¹⁰ y durante la misma época se empezaba asumir que la *inmoralidad* era una enfermedad somática y las teorías criminológicas sobre déficits y anomalías innatas, y particularmente en las facultades morales, eran abundantes.

El mismo Charles Darwin situó la moral fuera de la religión para colocarla en el mundo natural. Un mundo natural cruel, donde los organismos compiten entre sí, pero hay lugar para la moral. Para Darwin la moral es heredable y tiene una función: aquellos grupos que cooperan entre sí

8 Término del siglo XIX para referirse al actual profesional de la psiquiatría.

9 Rush 1830, pág 358.

10 Gall y Spurzheim 1809.

tienen más probabilidades de medrar en la lucha por la supervivencia, al igual que los individuos con rasgos altruistas que pasan sus genes a la siguiente generación.¹¹

Pero quizá hay que retrotraerse un poco más atrás en la historia para conocer la evolución del concepto filosófico de “sentido moral”, “facultad moral”, “instinto moral” –conceptos todos ellos que facilitaron el intento de localizar el centro de la moral durante los siglos XVII, XIX y principios del siglo XX hasta nuestros días.

“Sentido moral”, “facultad moral”, “instinto moral” provienen del término “consciencia” que antes de resignificarse para referirse a la vida mental y experiencia subjetiva era concebido como un regalo de Dios o de la naturaleza con el que los seres humanos poseían de manera innata una guía para discriminar entre el bien y el mal.

El término filosófico “consciencia” tenía connotaciones éticas y morales y venía a significar “conocimiento conjunto del bien y del mal”. Existe una visión o explicación apócrifa ampliamente aceptada en la edad media (siglo XIII) de que el concepto “consciencia” procedía de lo que los antiguos griegos llamaban *sindéresis*.

S. Jerónimo (347-419 d.C.) en un comentario a una de las visiones proféticas de Ezequiel (Ezequiel I, 4-14), en el que un monstruo de cuatro caras (humana, buey, león y de águila) se le aparece al padre de la iglesia, sigue la interpretación de este en términos de la psicología platónica expuesta en la República. La cara humana y del buey corresponderían a la parte racional del alma y las partes apetitivas a la del león, pero habría otra parte, quizá representada por el águila, que los griegos antiguos llamaban *syneidesis* (algo así como con capacidad de imaginar). *Syneidesis* venía a significar la consciencia moral, pero ningún filósofo griego habló en ningún tratado u obra de esta consciencia moral o *syneidesis*. Solo en alguna obra trágica de los grandes dramaturgos aparece algún concepto similar en las acciones de sus personajes. Por ejemplo, en el *Orestes* de Eurípides el personaje principal tras el matricidio declara “es un remordimiento (*synesis*) que me invade”.

Aunque la Grecia clásica no conoció la *syneidesis* como *consciencia moral*, la antigua Roma y, principalmente, sus elites dominantes tenían el término “conscientia” muy arraigado. Cicerón y Séneca utilizaron el tér-

11 Darwin 1880/2009.

mino frecuentemente. Séneca en sus famosas epístolas a Lucilio describe la “conscientia” como un ejecutor que inflige torturas a aquellos que han cometido crímenes o inmoralidades. Fue Séneca quien dota de un peso moral al concepto “consciencia”. La consciencia era vista como un instrumento que vigila las morales humanas y castiga a la gente por sus actos antisociales. Mientras que S. Jerónimo insistió en el origen griego del concepto “consciencia”, Séneca fue quien realmente dotó al concepto de sus connotaciones morales y, por supuesto, el concepto es romano no griego.

En la escolástica tardía y más concretamente los comentaristas del siglo XIII tergiversaron y tradujeron mal el concepto. En lugar de por *syneidesis* por *synderesis*. Este último, del verbo *synderein*, significa “preservar” o “conservar”.

Esta substitución etimológica de *syneidesis* por *synderesis* fue bien recibida por los teólogos dado que les evitaba tener que explicar el problema de cómo es posible que, si todos venimos con “consciencia”, un regalo de Dios del conocimiento de las reglas sobre el bien y mal, aún así erramos. Los teólogos interpretaron que era una capacidad eminentemente humana y no un regalo de Dios. Los comentaristas medievales resolvieron el problema distinguiendo entre *synderesis* y *consciencia* (*syneidesis*). De acuerdo con esta distinción todos tenemos *synderesis* o el conjunto complejo de mandamientos y prohibiciones universales de Dios. Todos, incluidos los herejes y los no-creyentes, tienen *synderesis*. La aplicación de este conjunto de mandamientos y prohibiciones a situaciones particulares se llamó “consciencia”.

Llegada la modernidad un conjunto de intelectuales menos devotos fueron contra-argumentando para socavar la teoría de la consciencia medieval. Los preceptos de la *synderesis* ya no eran considerados divinos. Pero a pesar de todos los contra-argumentos de gentes como Thomas Hobbes (1588-1679), John Locke (1632-1704), Julien Offray de La Mettrie (1709-1751), la vieja carga semántica del concepto de consciencia no se desvaneció. Tomó distintas formas. Del siglo XVIII en adelante la consciencia se adaptó a un contexto filosófico totalmente distinto en el que ya no se incluía la *synderesis* divina. Filósofos, particularmente egregio el grupo formado en Escocia por Thomas Burnet, Anthony Ashley Cooper 3º conde de Shaftesbury, Francis Hutcheson etc., caracterizaron la consciencia natural como un sentido interno al que llamaron: *sentido moral*.

Esta noción de *sentido moral*, junto con el concepto de *facultad moral*, fue muy popular durante los siglos XVIII y XIX. Una escuela escocesa di-

ferente llamada la escuela del sentido común liderada por Thomas Reid (1770-1796) dotó de un nuevo significado a la *facultad moral*. Esta facultad moral no solo ofrece sentimientos de aprobación y desaprobación, sino también aserciones morales, como mandamientos y prohibiciones. Según Reid las emociones morales de culpa, vergüenza... surgen de la *facultad moral* para guiar la conducta.

Pero no solo en el mundo anglosajón hubo un interés por el *sentido moral* y la *facultad moral*. En Francia también recaló el frenesí sobre la noción de *sentido moral*. Prosper Despine (1812-1892) fue quien con más entusiasmo recibió el concepto de *sentido moral*.

A partir de la segunda mitad del siglo XIX descripciones naturalistas de la moralidad produjeron una nueva metamorfosis del concepto de *sentido moral*. Como apuntaba más arriba Charles Darwin en su capítulo sobre el sentido moral en su obra sobre el origen del hombre y las discusiones de George John Romanes sobre la moralidad animal en su obra sobre la inteligencia animal, tomaron la iniciativa para naturalizar completamente el *sentido moral* despojándolo de todo el posible remanente divino del concepto. Dichos estudios naturalistas inspiraron a filósofos franceses e ingleses y empezaron a surgir defensores de una visión evolutiva de la ética, entre ellos Herbert Spencer (1820-1903), Leslie Stephen (1832-1904), William Clifford (1845-1879) y Samuel Alexander (1859-1938) en Inglaterra y en Francia Emile Littré (1801-1881) Alfred Spinas (1844-1922), Charles Letourneau (1831-1902), Theodule Ribot (1839-1916) y Jean-Marie Guyau (1854-1888).

Entrado el siglo XX la idea de que ciertos individuos sufren de “debilidad mental moral” ya estaba fuertemente arraigada en la comunidad médica. Las primeras descripciones de sociopatía adquirida fruto de lesiones o traumatismos en ciertas partes de los lóbulos frontales¹² iniciaron el estudio científico de las bases neuronales de la conducta moral propiciando la búsqueda y localización de la sede cerebral del *sentido moral*.

De 1990 en adelante una serie de estudios pioneros realizados por Antonio Damasio y colegas demostraron la importancia de las emociones en la toma de decisiones de pacientes con lesiones en la corteza prefrontal ventromedial (VMPFC).

12 Browning 1921; Harlow 1868.

Los pacientes con lesiones en esta área del lóbulo prefrontal recordaban a Phineas Gage, un trabajador de la construcción del ferrocarril que accidentalmente, mientras realizaba voladuras controladas una explosión expelió su barra de hierro de alrededor de 1,1 metro de longitud y 3,2 cm de diámetro atravesándole el cráneo y entrando por el lado izquierdo de la cara, pasando por detrás del ojo izquierdo y saliendo por la parte superior de la cabeza.

Al igual que Gage los pacientes con lesiones en la corteza prefrontal ventromedial toman decisiones muy malas en la vida real, pero aun así parecen tener intactas sus facultades intelectuales y habilidades de razonamiento. Damasio y colegas¹³ razonaron que dichos pacientes toman muy malas decisiones porque eran incapaces de generar el tipo de emoción necesaria para tomar buenas decisiones en la vida real. En sus experimentos Damasio et al.¹⁴ administraron a los pacientes el juego de azar de Iowa, un juego diseñado para simular decisiones reales.¹⁵

En este juego los pacientes tienen cuatro montones de cartas. Dos montones eran “de alto riesgo y beneficios grandes” porque contenían cartas de grandes recompensas, pero penalizaciones grandes también. Los otros dos montones de cartas eran “de bajo riesgo y beneficios pequeños” porque contenían cartas de recompensas pequeñas y penalizaciones pequeñas. Los montones “de alto riesgo y beneficios grandes” eran considerados malas cartas porque a la larga tienden a grandes pérdidas, mientras que los montones “de bajo riesgo y beneficios pequeños” eran considerados buenas cartas porque tienden a beneficios a la larga. Los pacientes recibían un dinero para comenzar y el objetivo del juego era acabar con la mayor cantidad de dinero posible.

Damasio y colegas encontraron que los sujetos control eran capaces de seleccionar los montones buenos tras una serie de pérdidas, mientras que los pacientes con lesiones en VMPFC perseveraban en los montones malos incluso aunque sabían que perdían dinero. Midiendo la respuesta galvánica de la piel – un indicador de excitación emocional – antes de que los sujetos seleccionaran las cartas, Damasio y colegas encontraron que los sujetos normales, control, generaban una respuesta galvánica de la piel an-

13 Damasio et al., 1990.

14 Damasio et al., 1990.

15 Damasio 1994

ticipatoria cada vez que seleccionaban cartas del montón malo tras pocas pérdidas. Por el contrario, los pacientes VMPFC no generaban respuestas galvánicas de la piel antes de seleccionar cartas de los montones malos. Dado que se sabe que el área VMPFC juega un rol importante a la hora de regular e inhibir las respuestas emocionales y lesiones en esta área conlleva déficits en el procesamiento emocional, Damasio y colegas argumentaron que esto es una muestra de que daños en el área VMPFC provoca dificultades a la hora de tomar decisiones en la vida diaria como resultado de déficits emocionales.

Otros estudios a lo largo de la década de los 90 del siglo XX con psicópatas e individuos con desordenes de conducta antisocial fijaron la importancia de las emociones en la toma de decisiones morales.

Una de las distinciones principales en la psicología del desarrollo moral es la habilidad para distinguir entre normas o reglas morales y normas o reglas convencionales. Psicólogos como Elliot Turiel¹⁶ han demostrado como los niños desde los tres y cuatro años de edad son capaces utilizar la distinción moral/convencional.

Celebre es el estudio de James Blair¹⁷ en el que utilizando esta distinción moral/convencional con personas que puntuaban alto en la escala de psicopatología de Robert Hare,¹⁸ encontró que los psicópatas tratan las normas morales y convencionales de manera equivalente. Dado que la psicopatología es considerada como un desorden no solo de comportamiento antisocial, sino también de déficits emocionales, como la falta de remordimiento o culpa, Blair argumentó que el déficit emocional de los psicópatas explica por qué tratan las transgresiones convencionales y morales de manera equivalente.

Pero no solo estudiando el cerebro de individuos que tienen disfunciones, como lo han hecho Pritchard, Rush, Pinel, Damasio o Blair, se puede investigar la facultad moral. En un estudio pionero Jorge Moll y colaboradores estudiaron a personas sin historial clínico mental con técnicas de neuroimagen mientras tomaban decisiones morales.¹⁹ Moll y colaboradores pidieron a los sujetos de investigación que juzgaran como correcto o inco-

16 Turiel, 2002.

17 Blair, 1995.

18 Hare, 1991.

19 Moll et al. 2001.

recto ciertas frases morales y fácticas (ejemplo de frase moral: “violamos la ley cuando es necesario”; y ejemplo de frase fáctica: “las piedras están hechas de agua”). Por su parte, Greene y colaboradores sirviéndose de la teoría del procesamiento dual en el juicio moral (de acuerdo con esta teoría procesos intuitivos y emocionales y cognitivos y deliberativos juegan un rol crucial aunque a veces en competición a la hora de producir juicios morales) pidió a sujetos experimentales realizar juicios morales sobre dilemas morales y no-morales mientras estaban en un escáner de imagen por resonancia magnética funcional.²⁰

Desde entonces numerosos estudios han usado la imagen por resonancia magnética funcional (IMRMf) para medir las bases y correlatos neuronales de la moralidad humana arrojando luz a los procesos cognitivos y afectivos implicados.

No obstante, hay inconsistencias metodológicas a la hora de utilizar materiales y estímulos para inducir decisiones morales en los estudios de laboratorio con técnicas de neuroimagen como han mostrado varios estudios meta-analíticos.²¹ Si se realiza una búsqueda sistemática²² para identificar los experimentos de toma de decisiones morales con neuroimagen uno puede observar que se han empleado diferentes tareas para inducir respuestas morales, no hay definiciones consensuadas en torno a conceptos como juicio, razonamiento y conducta moral apropiada etc. (en las secciones 3,4 y 5 de este escrito nuestra propuesta teórica intenta avanzar en este sentido).

En numerosos experimentos los investigadores buscan integrar los juicios morales y buscan el contraste entre juicios morales y juicios no-morales. Estos experimentos no diferencian entre distintos tipos de juicios morales.

No obstante, de manera más o menos consistente se han ido detallando y describiendo qué áreas del cerebro se encuentran implicadas en la toma de decisiones morales, juicios morales etc., como para poder crear un mapa tentativo del cerebro moral.

20 Greene et al 2001.

21 Christensen y Gomila, 2012.

22 Utilizando la base de datos Pubmed de la literatura biomédica para artículos en inglés e introduciendo las palabras clave “moral” y “neuroimaging”, la búsqueda retornó 482 estudios a fecha 2018.

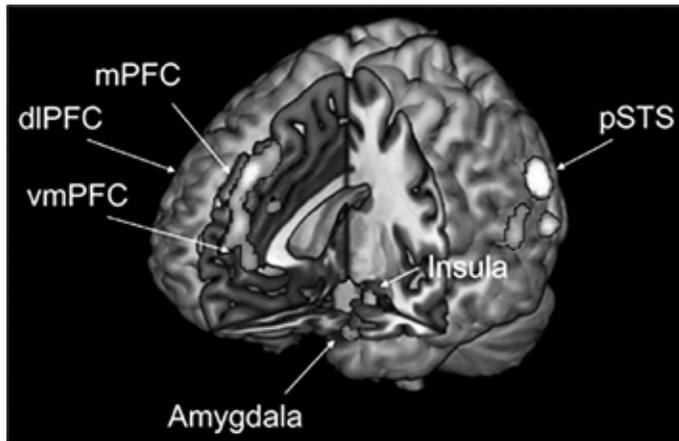


Figura 1. La moralidad requiere la interacción de diversas áreas. Varias regiones y circuitos del cerebro implicados con las emociones, la planificación, la resolución de problemas, el entendimiento de los otros (cognición social) son reclutadas cuando tomamos decisiones morales o emitimos juicios morales. Figura tomada de Decety y Cowell (2016).

El surco superior temporal izquierdo (STS), amígdala, ínsula, VMPFC, dlPFC y mPFC son algunas de las principales áreas del cerebro moral. Pero a pesar de haber sido un ideal a lo largo de la historia y evolución del concepto filosófico de conciencia moral, no hay ningún centro o área exclusiva del cerebro localizable dedicado a la moral. De acuerdo con Walter Sinnott-Armstrong este es quizá el resultado más importante de la neurociencia contemporánea. A pesar de siglos de reflexión de filósofos y distintas teorías morales, e incluso a pesar de la descripción empírica de la neurociencia de cómo opera en la mente la moral; la moral no está unificada en el cerebro, ni en ningún otro sitio. No hay ninguna parte específica del cerebro dedicada a la moral,²³ porque existe una miríada de componentes y procesos que definen los juicios que adjetivamos como “morales”.

En este capítulo, me propongo delinear una propuesta teórica que atienda a una descripción de la conducta moral apropiada y típica que evite las distintas definiciones que se han dado de lo que es una conducta y razonamiento moral. Para ello, en la sección 2 describiré cuatro tipos de normas y sus correlatos neuronales, en la sección 3 desarrollaré un aparato de notación formal de la moral, es decir, un formalismo simple de la

23 Sinnott-Armstrong, 2012.

conducta moral, junto con las características esenciales que distinguen una conducta moral; en la sección 4 señalaré qué técnicas sirven para modelizar y entender una conducta moral típica y, finalmente, en la sección 5 cerraré con discusiones y potenciales aplicaciones en el Derecho.

2. Cinco tipos de formación neurocognitiva de normas

Aunque no haya ninguna sede de la moral unitaria en el cerebro y los juicios morales impliquen una miríada de componentes y procesos disociados, los estudios empíricos son imprescindibles si queremos entender la moralidad humana. Es posible que todavía haya gente que considere irrelevante la información empírica para la dimensión normativa de la moral o ética y apele a los argumentos de David Hume sobre la imposibilidad de inferir un “deber” de un “es” o la mal entendida *falacia naturalista* de George Moore. Sea como fuere, la moral sirve una función de coordinación social y a veces es utilizada como mecanismo para la resolución de conflictos invocando valores y normas. Si queremos saber cómo orientar la moral para la solución de conflictos sociales es imprescindible conocer su eficacia a través del estudio científico y empírico de sus mecanismos y etiología.

Como he señalado en la primera sección la búsqueda y la localización de la moral en el cerebro viene de lejos y todavía está en marcha. Algunos se muestran escépticos²⁴ y otros no cesan en su empeño de circunscribir neuronalmente la moral.²⁵ Mientras los escépticos y los optimistas debaten sobre la posibilidad misma de las bases neuronales de la moral, no cabe duda de que la moral se expresa en el mundo real del día a día de las personas. La gente considera inmoral los actos de violencia hacia personas inocentes. La gente considera de elogio moral los actos altruistas de gente que pone en riesgo su vida por ayudar a otros.

Incluso aunque no podamos entender todavía científicamente la moral y su organización en el cerebro, una vía indirecta para entender su funcionamiento es a través de las normas sociales que guían la conducta de las personas. Las normas son, por así decirlo, la cristalización de la moral en el mundo social. Puede que no sepamos dónde se encuentre la moral en el cerebro, puede que no sepamos cómo se generan los juicios y emociones

24 Idem.

25 Moll et al. 2002.

morales; pero las normas sociales prohíben y facilitan comportamientos morales. Una norma social, cuando codifica un valor moral, es la expresión externa de la motivación intrínseca de la moral.

De acuerdo con Peyton Young,²⁶ las normas sociales son reglas consuetudinarias que coordinan nuestras interacciones con otros. Cómo se mantienen y entran en vigor se explica muy bien por el hecho de que nos conformamos a ellas por la expectativa de que otros harán lo mismo.²⁷ La literatura de investigación distingue tres mecanismos de aplicación de las normas: a) por pura coordinación, b) castigo y/o retribución por violación de la norma y c) internacionalización de las normas. Ejemplos de normas que varían en función de sus mecanismos de aplicación son: dar un beso o dos cuando saludas (pura coordinación), penas de cárcel o multas por saltarse una señal de tráfico (castigo y/o retribución) y respetar la cola y turno cuando esperas en el supermercado (internacionalización de la norma).

Siempre que existe una norma que regula un espacio de interacción que permite la cooperación y coordinación entre las personas es necesario crear un sistema de rendición de cuentas formal o informal. Es decir, para hacer cumplir una norma debe existir una tercera parte encargada de castigar a aquellos que violan las normas y para ello deber monitorizar y vigilar que el comportamiento tipificado por la norma se realice. Phillip Tetlock describe la rendición de cuentas (accountability) como “la expectativa explícita de que uno será llamado a justificar sus creencias, sentimientos o acciones ante otros”.²⁸ Esta expectativa se suma al hecho de que las personas esperamos que nos castiguen a recompensen por violar o respetar una norma, respectivamente. Cuando nadie responde ante nadie, esto sucede con sociedades corruptas, cuando los que violan las normas engañando se quedan impunes, todo empieza a resquebrajarse y la sociedad colapsa y se divide.

Las normas y los sistemas formales o informales de rendición de cuentas forman un tejido o fábrica social que subyacen a - y constituyen - las sociedades humanas. Las normas interiorizadas como expectativas de que todo el mundo seguirá las normas y la rendición de cuentas hace que todos intentemos mantener limpia nuestra imagen y reputación. A lo largo de sus estudios sobre la rendición de cuentas Tetlock ha ido mostrando como el

26 Young, 2008, pág. 647.

27 Lewis, 1969.

28 Lerner y Tetlock, 1999.

mundo social no consiste en describir la realidad o buscar la verdad cuando la gente entra en conflicto con otras personas.²⁹ Lo verdaderamente importante es mantener la apariencia de ser honesto, íntegro, etc. En la investigación de Tetlock a los sujetos experimentales se les insta a que resuelvan problemas y tomen decisiones. En uno de estos estudios se les dice que lean una serie de casos legales y que decidan o infieran la culpabilidad o inocencia. A algunos sujetos se les dijo de antemano que tendrían que explicar su decisión a otras personas, mientras que otros sabían que no tendrían que rendir cuentas ante nadie. Tetlock descubrió que cuando la gente no tiene que rendir cuentas ante nadie exhiben todo el catálogo de sesgos cognitivos descritos por los psicólogos durante décadas.³⁰ Pero cuando los sujetos saben de antemano que tienen que rendir cuentas ante otros piensan más críticamente y de manera sistemática. Son menos proclives a tomar conclusiones prematuras y revisan sus creencias ante las evidencias.

Tetlock distinguió entre “pensamiento exploratorio” y “pensamiento confirmatorio”. El primero es propio de quienes se sentían obligados a responder ante otros. Consideraban los distintos puntos de vista de manera crítica etc. En cambio, el “pensamiento confirmatorio” es un intento unilateral de racionalizar un punto de vista determinado propio de quienes no tenían que rendir cuentas ante nadie.

El “pensamiento exploratorio”, concluye Tetlock, solo se da si se cumplen tres condiciones: 1) los decisores saben que antes de formar una opinión tendrán que rendir cuentas ante una audiencia, 2) los puntos de vista de la audiencia se desconocen y 3) los decisores saben que la audiencia está bien informada e interesada.

Cuando estas tres condiciones se dan la gente pone su máximo esfuerzo por intentar buscar la verdad y ser objetivos porque eso es lo que la audiencia quiere. En cambio, el resto del tiempo la rendición de cuentas presiona a seguir un “pensamiento confirmatorio”. La gente busca aparentar o pretender ser íntegro, honesto etc. en lugar de ser íntegro, honesto etc.

Otra importante distinción analítica para entender las normas es la siguiente: normas *descriptivas* y normas *prescriptivas*. Las normas descriptivas – información sobre cómo otros se comportan en la misma situación - y normas prescriptivas – información sobre qué se *debe* hacer en una deter-

29 Idem

30 Véase, Kahneman, 2011.

minada situación. El poder de las normas descriptivas se ha comprobado en numerosas situaciones en experimentos de laboratorio y estudios de campo.³¹ Por ejemplo, la gente es menos proclive a tirar basura al suelo en una zona limpia porque una zona limpia sugiere que la gente no tira basura al suelo; mientras que una zona sucia con basura en el suelo sugiere lo contrario. Las normas prescriptivas tienen implícita la idea de que si violas la norma has de enfrentarte a la rendición de cuentas de Tetlock, es decir, si no cumples con lo que la norma dice debes hacer puedes encontrarte con el rechazo y la desaprobación social y moral.

En la vida real la gente se encuentra normas descriptivas y prescriptivas simultáneamente. Es decir, una norma refleja al mismo tiempo la dimensión descriptiva y prescriptiva (e.g. el fraude fiscal es malo, y nadie lo hace). Pero se pueden dar situaciones donde la dimensión descriptiva, por un lado, y la dimensión prescriptiva, por otro lado, de una norma entran en conflicto (e.g. el fraude fiscal se percibe como malo, pero todo el mundo lo hace). Por ejemplo, y siguiendo con el ejemplo de tirar basura al suelo más arriba aludido, la gente es más proclive a tirar basura si ve a otros tirar basura en una zona sucia que no está barrida que a tirar basura en una zona sucia pero barrida. Se piensa que ver una zona sucia, pero cuya basura está amontonada conlleva una incongruencia entre la dimensión descriptiva y prescriptiva de una norma, porque la gente tiró basura, pero no está permitido (alguien la ha barrido y amontonado). Otra distinción analítica útil que se debe a John Rawls³² para entender la naturaleza de las normas, es la distinción entre normas *regulativas* y normas *constitutivas*. Las primeras marcan lo que se ha de hacer, y las segundas constituyen y dan pleno sentido a una determinada acción que fuera de dichas normas no tendría significación. Por ejemplo, las normas de estacionamiento de vehículos son un ejemplo de normas regulativas. Las reglas del ajedrez son un ejemplo de normas constitutivas, en tanto que estas normas definen y dan sentido al mismo hecho de jugar al ajedrez sin las cuales el ajedrez no sería ajedrez.

Las normas en general son vistas como puntos de equilibrio en juegos de estrategia (interacciones en el mundo social). La filosofía de las normas sociales³³ distingue entre “convenciones” y “normas” tanto a nivel concep-

31 Cialdani, Reno y Kallgren, 1990.

32 Rawls, 1955.

33 Bicchieri, 2017.

tual como funcional. Las convenciones regulan o permiten la cooperación, pero solo las normas conllevan la función de rendición de cuentas de unos a otros; aunque ambas son concebidas como constructos sociales.

Constructos sociales que, sin embargo, tienen una base neurocognitiva. La teoría de los cinco fundamentos de la moral fue creada por un grupo de psicólogos morales y antropólogos culturales para estudiar cómo la moral varía de cultura a cultura, pero aún así muestra muchas similitudes.³⁴ La teoría postula que una serie de sistemas psicológicos innatos forma la base de una “ética intuitiva” donde cada cultura sobre la base de estos sistemas o fundamentos construye las distintas virtudes, narrativas, instituciones etc. que dan lugar a la variedad de morales.

Los cinco fundamentos de la moral según esta teoría son:

- Cuidado/daño
- Justicia/engaño
- Lealtad/traición
- Autoridad/subversión
- Santidad/pureza

El primero de estos fundamentos está relacionado con nuestra historia evolutiva como mamíferos donde la afiliación y el apego fueron fundamentales para la supervivencia. De ahí que hayamos desarrollado sistemas de apego con nuestros progenitores o cuidadores y la capacidad de sentir empatía hacia el sufrimiento de otros. El segundo de estos fundamentos hunde sus raíces en la evolución de las conductas prosociales y en particular el altruismo recíproco que han generado valores de justicia, autonomía etc. El tercer fundamento tiene su origen en nuestro pasado tribal como miembros de grupos de cazadores y recolectores. Los individuos que formaban parte de grupos, necesarios para sobrevivir, eran capaces de sacrificar su vida por el bienestar grupal. El cuarto fundamento, está relacionado con la estructura jerárquica de los grupos y el orden social. Finalmente, el quinto fundamento está basado en la psicología del asco. En un primer momento el asco evolucionó como una respuesta de evitación ante la contaminación física, la exposición a fluidos corporales que pudieran contener patógenos etc. pero luego fue cooptado por la moral para crear un sistema de evitación conductual que subyace a las nociones religiosas de pureza, elevación etc.

³⁴ Haidt, 2007.

Todos estos cinco fundamentos de la moral se correlacionan directamente con sistemas neurobiológicos precisos que evolucionaron para permitir la supervivencia de los individuos y lidiar con la formación de coaliciones en el seno del grupo para cooperar. Estos cinco fundamentos son los cinco tipos de formación neurocognitiva de normas a partir de las cuales surgen relatos, morales, valores y virtudes que cohesionan a los grupos y sirven al Derecho para modificar y constreñir la conducta de las personas.

3. Aparato notacional mínimo: Un formalismo simple de conducta moral

De las cinco formas de formación neurocognitiva de normas, el fundamento justicia/engaño y/o cuidado/daño son considerados la base de la moral para quienes tienen una ideología política progresista liberal.³⁵ Los liberales en EE.UU. (gentes de izquierda de acuerdo a la terminología política europea) tienden a basar todos sus pronunciamientos morales de aprobación o desaprobación sobre estos dos fundamentos identificando siempre a una víctima de un engaño, daño o injusticia. Para un liberal los inmigrantes, las minorías, los pobres son víctimas de injusticias, engaños o daños por parte del sistema capitalista imperante y por ello muestran una mayor compasión moral hacia ellos.

Durante siglos los filósofos han enfatizado el papel de la proporcionalidad en la justicia. Por ejemplo, en el siglo 4 a.C Aristóteles propuso en su obra *Ética Para Nicomaco* una fórmula para identificar la justicia. Tal y como la concibió es una fórmula matemática para la compensación de acuerdo a la contribución proporcional de cada agente en una tarea. Los ratios entre los resultados (R) y las aportaciones (A) son iguales entre dos personas a y b:

$$\frac{R_a}{A_a} = \frac{R_b}{A_b}$$

Estudios sobre justicia distributiva y de psicología de la equidad³⁶ han confirmado esta intuición primigenia de Aristóteles. Aristóteles con esta

³⁵ Véase, Haidt 2013.

³⁶ Mellers, 1982.

simple formula matemática fue el primero en ofrecer un aparato notacional o formalismo matemático para describir la moral. Su formalismo matemático tiene por cometido predecir situaciones en la que la gente es tratada de manera injusta.

En esta sección propondré mi propio formalismo simple de conducta moral. Este aparato o formalismo notacional mínimo consiste en los siguientes puntos:

3. *Presentar un formalismo simple para clarificar qué es y qué no es una conducta moral*
 - 3.1. *Usar el formalismo de 3 para determinar qué debe contar o no debe contar como evidencia de conducta moral de un agente*
 - 3.2. *Tomar un ejemplo de conducta moral intuitiva para exponer qué condiciones establecidas en 3.1. son satisfechas*

Para comenzar, presupongo que todo agente cognitivo, biológico o artificial, aprende socialmente de otros agentes y de su experiencia pasada. Esto es así porque los agentes son sistemas dinámicos que están desacoplados de una conexión física, inmediata y directa con el mundo externo. Algunos de los estados internos del sistema son distintos de la información disponible a través de las modalidades sensoriales. Algunos de estos estados internos tienen por contenido o representan objetivos que se pueden comparar con los estados actuales del sistema y así el comportamiento del agente se ajusta dinámicamente. Es como un mecanismo de predicción de errores.

Denotemos con la variable “e” todos los estados internos del agente o sistema y todos los estados informativos que median o afectan estados internos con representación de objetivos con la variable “i”.

Nuestras definiciones de “e”, “i” son lo más neutras y ecuménicas posibles. Somos agnósticos en cuanto a si los estados “e”, “i” son modales o amodales, discretos o distribuidos, simbólicos o conexionistas o sobre cómo adquieren sus propiedades informacionales y representacionales. Por supuesto, hay otros muchos factores que contribuyen a moldear y afectar la conducta de los agentes biológicos o artificiales incluyendo información de las modalidades sensoriales, retroalimentación de los bucles sensoriomotores y de acción-percepción, estados autónomos viscerales, la biomecánica de la estructura física del cuerpo (o exoesqueleto) del agente y otras muchas variables que influyen la conducta y acciones de los agentes

situados, encarnados (si son biológicos) en el mundo. Pero para nuestros propósitos, todos estos factores se reducen a solo otras dos variables que denotamos por “d” para referir a toda la información dinámica obtenida a través de los sistemas perceptuales (incluido canales autónomos, viscerales y propioceptivos) y “q” para referir a la retroalimentación de los bucles sensoriomotores. Usando esta notación toda conducta de un agente cognitivo se describe de manera formal y simple como sigue:

$$c = f(e, i, d, q, \dots)$$

Es decir, cualquier conducta cognitiva es alguna función de los estados “e”, “i” y la información ocurrente de los canales perceptuales, bucles sensorio-motores en el momento en que la función es computada y otras variables no incorporadas en este formalismo notacional o modelo.

3.1. ¿Qué debe contar como una conducta moral apropiada?

¿Qué debe contar exactamente como una conducta moral apropiada? A lo largo de la historia de la filosofía y de las ideas muchos autores han intentado contestar a esta pregunta. No es mi propósito aquí profundizar en la complejidad de dar respuesta a esta pregunta por lo que aquí solo doy una respuesta bastante simple. Aceptemos que la variable “es” es un estado mental que conlleva información sobre otro estado mental si el estado de “es” covaria con el estado de otro estado mental de una manera fiable que, *ceteris paribus*, las variaciones de “es” pueden usarse para inferir las correspondientes variaciones del otro estado cognitivo. Esto asumimos que es así porque toda conducta moral es producida por un estado mental dependiente que representa otro estado mental (de aprobación o desaprobación de una audiencia acerca de tu conducta). En una conducta moral genuina la función de describir el estado de relación informacional entre un agente cognitivo y su estado mental “es” y el estado de otro agente y sus variables es la siguiente:

$$es = f_{er}(e^*i^*d^*q^* \dots)$$

Donde “*” denota el estado de la variable correspondiente del otro agente cognitivo (audiencia de tu conducta que aprobará o desaprobará)

y “*fer*” denota la capacidad del otro agente de juzgar tu conducta (moral). Cómo se juzga una conducta moral y que estímulos se perciben para juzgarla todavía no se entiende muy bien a pesar de todos los avances en las disciplinas relevantes (filosofía, teología, neurociencia, biología, economía, sociología, derecho, antropología...). El juicio de una conducta moral consiste en inferir que el estado de un agente influye en su conducta y que esta información servirá para juzgar desde la perspectiva del propio sistema:

$$es = \int JM(i, d, \dots)$$

Donde “ $\int JM$ ” denota una función especial que computa la variable *es* basados en los estímulos de un ser sintiente encarnado, situado y corporizado. Existe un debate milenario en las disciplinas relevantes sobre cómo $\int JM$ puede ser implementada. Tradicionalmente, se ha considerado que la moral o los juicios morales surgen de un proceso deliberativo que usa generalizaciones de principios y reglas de inferencia lógica sobre los estados *e* de otro agente. Pero como decíamos en la primera sección, también hay otras alternativas que consideran que la moral o los juicios morales surgen de las emociones o incluso posiciones híbridas como la teoría de los procesos duales de la mente. Para nuestros propósitos, nos mantenemos agnósticos sobre cómo $\int JM$ se implementa, simplemente reconocemos que un agente cognitivo tiene un sistema de *JM* de cualquier tipo y que debe tener una $\int JM$ de algún tipo.

Y cualquier tipo de $\int JM$ debe tomar información del propio sistema para producir un juicio sobre la conducta de otro agente.

3.2. Condiciones de una conducta moral

Propongo un modelo analítico de conducta moral que incorpora todas las características necesarias para poder satisfacer una conducta moral. Este modelo es el siguiente:

$$S \wedge C \wedge P \wedge V \rightarrow M$$

Donde una conducta “*C*” en una situación “*S*” es moralmente correcta “*M*” cuando satisface las propiedades “*P*” con un valor “*V*” en un tiempo “*T*”.

“C” se deriva del formalismo notacional simple obtenido más arriba seguido de la conducta moral apropiada de 3.1. “S” se determina a partir de los cinco tipos de formación neurocognitiva de normas. Cualquier “S” surgida de una violación de normas de cualquiera de los cinco fundamentos de la moral es una situación que estipula una conducta moral con las propiedades “P” definidas por la norma violada en cuestión con un valor “V” obtenido de la expresión de aceptación de la norma y sus correspondientes emociones (e.g. culpa, rabia, orgullo, vergüenza...) morales.

4. ¿Cómo probar una conducta moral?

En esta sección señalo qué técnicas se pueden utilizar para probar y testar la consistencia de nuestro formalismo simple a partir de la teoría de juegos. Experimentos con juegos económicos son los tratamientos en laboratorio o situación social idóneos para entender la naturaleza de la conducta moral. Si nos centramos en un fundamento de la moral (e.g. justicia/engaño), aunque podemos centrarnos en cualquiera de los otros cuatro, podemos ver como distintas técnicas de juegos se han utilizado para conocer las preferencias de los sujetos en situaciones estratégicas. El estudio de la conducta hacia otros, fundamento de la justicia/engaño, se ha conseguido desarrollar gracias a aplicaciones de técnicas experimentales como el juego del dictador. En particular, este juego mide la “aversión a la desigualdad” pero si se introduce o extiende este efecto³⁷ con el hecho de que el dinero a dividir en el juego del dictador es generado por los esfuerzos de dos individuos en interacción diádica, se observa que el comportamiento cooperativo (moral) resultante es cualitativamente diferente al encontrado en otros juegos del dictador.

En primer lugar, se observa que los jugadores o individuos contrariamente a las dos tesis centrales de la economía clásica: a) todo sujeto maximiza su propio interés b) todo lo que un sujeto estima se resume en sus ganancias y no se preocupa por la equidad, la justicia y otros valores o emociones morales.

Introducir el contexto social de la “productividad” o cuánto genera cada sujeto de recompensas potencialmente divisibles se consigue haciendo que el dictador conozca el trabajo de los sujetos receptores. El dictador es libre de dividir el dinero de la forma que mejor considere. La “productividad”

37 Fehr y Schmidt, 1999.

introduce las nociones de mérito y penas justas (just deserts). En los juegos del dictador todas las decisiones implican dos sujetos: *d*, un dictador y *r* un receptor. El dictador que está en una habitación recibe un sobre con 10 billetes y se le dice que puede quedarse con el dinero que quiera y/o dejar el dinero que quiera en el sobre. Este sobre tendrá que dejarlo en otra habitación donde se encuentra el receptor con el que se ha emparejado de manera anónima. Introducir la productividad significa que el dictador tendrá que preguntarse con cuánto tendrá que recompensar al receptor ahora que sabe que es co-productor del valor.

Contrariamente a los modelos simples, egoístas, de la tradición en microeconomía basada en el *Homo economicus* o teoría del actor racional que maximiza el interés personal, cientos de experimentos han mostrado como los individuos pueden tomar una opción moral en función de cierta información que da lugar a preferencias sociales (e.g. dividir dinero de manera equitativa incluso aunque suponga un coste para el interés personal). La gente es capaz de sacrificar su propio interés material y bienestar por ayudar a aquellos que han reciprocado de manera correspondiente. También, la gente es capaz de sacrificar su propio interés material y bienestar por castigar a aquellos que no han reciprocado de manera correspondiente.

Todos estos principios también se pueden representar con otra técnica experimental de la teoría de juegos: el juego del ultimátum. En el juego del ultimátum un proponente ofrece una división de una cantidad de dinero a un decisor y si el decisor acepta la división propuesta del dinero se divide de acuerdo con la propuesta. En cambio, si el decisor rechaza la división del dinero, ninguno se lleva el dinero. En teoría el proponente nunca debe ofrecer más de un céntimo y los decisores deberían aceptar cualquier oferta de al menos un céntimo. Pero estudios etnográficos con tribus de distintas zonas geográficas con poco contacto con occidente y sus normas económicas, así como con población WEIRD (acrónimo para Western European Industrialised Rich and Democratic) muestran que todo el mundo tenemos una disposición a rechazar ofertas injustas.

Estas y otras técnicas de la teoría de juegos pueden proporcionar un mejor entendimiento de las estrategias competitivas y cooperativas y, por consiguiente, servir de simulación del comportamiento moral con la función de protocolo experimental para probar conductas morales. Métodos complementarios como estudios observacionales, naturales o de campo y en laboratorio pueden finalmente describir mejor la conducta moral.

5. Discusiones y aplicación en el Derecho

No hay ningún teórico del Derecho o filósofo del Derecho que niegue que el Derecho sea un sistema complejo. Aunque lo que se entienda por “sistema” y “complejo” no se tenga nada claro.³⁸ El cerebro es otro sistema complejo y la implementación de la moral en el cerebro, también es compleja. La ciencia que tiene por objeto de estudio los “sistemas complejos adaptativos” como el sistema legal, el cerebro, pero también, el sistema financiero, los ecosistemas etc. es la ciencia de la complejidad. La ciencia de la complejidad proviene de las ciencias físicas que estudian cómo los elementos de un todo se relacionan entre sí y como el todo es más que la interacción de sus elementos. La ciencia de la complejidad se aplicó primero a los problemas de la física pero pronto se extendió a las ciencias sociales y biológicas para estudiar sistemas complejos adaptativos como la economía, las sociedades, ciudades, organismos, ecosistemas y todo sistema constituido por elementos en interdependencia que cambian a través del tiempo.

Todo sistema complejo adaptativo tiene una serie de características que extrapolado al sistema legal sirve de forma apropiada para poder entender y predecir el comportamiento del Derecho como institución y práctica. Estas características son: a) diversidad situacional (e.g. legislaturas, agencias, tribunales...); b) normas (e.g. procesos conforme a derecho, justicia, equidad...); c) actores (e.g. legisladores, jueces, burócratas...); d) instrumentos (e.g. regulaciones, impuestos...); y e) conexiones a través de procesos estocásticos (e.g. juicios, negocios, reglas...). Estas analogías han sido establecidas por Ruhl, Katz y Bommarito³⁹ con la intención de aplicar la teoría de la complejidad para mejorar el Derecho.

Los sistemas complejos adaptativos tienen elementos que interactúan entre sí siguiendo reglas del tipo “si/entonces...”. La técnica de teoría de juegos conocida por el nombre de juego del ultimátum, es un tipo básico de sistema complejo adaptativo. Estas interdependencias entre agentes y los efectos de estas interacciones en el entorno que producen son estudiadas por la teoría de la complejidad.

Los fundamentos de un sistema complejo adaptativo son la *heterogeneidad* -la diversidad de los elementos que lo constituyen-, las relaciones

38 Ruhl, 2012.

39 Ruhl, Katz y Bommarito, 2017.

de interdependencia entre los elementos que se basan en *reglas básicas* de la física, química o biología; y las relaciones no-lineares que producen.⁴⁰

Si vemos el sistema legal como un sistema complejo adaptativo podemos entender mejor el Derecho, predecir su evolución e intervenir para cambiarlo. Con los datos de la neurociencia sobre la implementación de la moral en el cerebro podemos construir un Derecho mucho más robusto y coherente. La escuela jurídica que utiliza los conceptos y herramientas de la teoría de la complejidad y puede servirse de una descripción naturalista de la moral, ofrecida por la neurociencia, es el *constructivismo legal* o *constructivismo jurídico*.

El *constructivismo jurídico* entiende que el Derecho es el resultado de la construcción por parte de los actores que cambian y definen sobre la base de sus propias interacciones la percepción de la realidad, en este caso, del Derecho. El Derecho desde el constructivismo legal es el producto de una definición y redefinición fruto de las interacciones sociales. El constructivismo jurídico es el conjunto de procesos e interacciones, la interpretación de esas interacciones y como esas interacciones moldean el mundo y nuestro lugar en él.

Vinculando el constructivismo jurídico con la teoría de redes y/o teoría de la complejidad podemos empezar a entender cómo las instituciones jurídicas afectan al comportamiento de los actores. De este modo, el constructivismo jurídico sumado a la ciencia de la complejidad describe como las interacciones construyen nuestra realidad o al menos la percepción de la realidad. Estas percepciones se convierten en normas, normas que se forman a partir de mecanismos o disposiciones psicológicas organizadas antes de la experiencia como hemos podido ver antes en la sección 2. Conocer cómo se organiza la cognición moral en nuestro cerebro también nos ayuda a entender como adquiere fuerza y autoridad el Derecho.

Por otra parte, el “constructivismo jurídico complejo”, como podríamos llamar a la unión entre constructivismo jurídico y teoría de la complejidad, evita muchos de los déficits y lagunas del razonamiento jurídico tradicional caracterizado por ser lineal y consecuencialista. De acuerdo con Enrique Cáceres Nieto⁴¹ el marco conceptual de la complejidad permite superar muchas de las disfunciones existentes en las instituciones jurídicas

40 Ruhl 2012, pág. 892.

41 Cáceres Nieto, 2013.

de tradición germánico-romana y al mismo tiempo ofrecer explicaciones alternativas para este fenómeno, así como medidas de intervención.

Para el pensamiento jurídico tradicional la mera emisión de normas es suficiente para que acontezcan los hechos institucionales (jurídicos) que habrán de conformar la realidad social mediante normas constitutivas. Las normas *constitutivas*, desde este punto de vista, operan desde una relación causal directa, lineal y consecuencialista, por la cual una organización jerárquica y centralizada de instituciones legales (e.g. tribunales, administraciones...) al emitir las normas *constitutivas* dan pleno sentido y significación al orden social de cosas. Pero esto no es lo que ocurre en realidad al no tener cuenta la complejidad social de los actores (operadores jurídicos como jueces, tribunales y hasta reos en prisión) y sus modelos mentales cognitivos situados y corporizados que están en continua codependencia con el contexto o entorno, otros actores y las mismas normas en interacción en red dinámica, adaptativa y compleja. Es por esta razón que el marco conceptual de razonamiento jurídico tradicional no puede predecir cómo evoluciona el comportamiento real de los actores y hasta la dispraxis manifiesta que pueden generar los profesionales del sistema legal al asumir este modelo lineal, pre-complejo. Enrique Cáceres Nieto⁴² presenta varios ejemplos de instituciones penitenciarias mexicanas donde malas prácticas, disfunciones (dispraxis) y grandes niveles de corrupción resultan ser productos derivados de una equivocada concepción del funcionamiento del Derecho.

Otro importante paradigma a tener en cuenta es el “neuroderecho”. Si en las primeras secciones he introducido cómo los neurocientíficos tratan de encontrar los correlatos neuronales de la moral, el “neuroderecho” busca la intersección entre el cerebro y el Derecho desde la aplicación de neurotecnología en los tribunales (para averiguar qué pasa en la mente de las personas cuando conculcan la ley, detectar la mentira... hasta predecir el comportamiento de las personas, asignar responsabilidad etc.). Gracias a la capacidad de distintas técnicas de neuroimagen para ver el funcionamiento del cerebro,⁴³ el uso de evidencias neurocientíficas - en contextos de Derecho civil, pero también penal - sirve a los operadores jurídicos (abogados y jueces) para la dilucidación de los casos. No obstante, tiene que existir una reflexión sosegada sobre el impacto que tiene que tener la información

42 Ibidem, pág. 202.

43 Jinkwon y Soyoung 2018, Poldrack 2018.

neurocientífica en las decisiones legales y cómo incorporar dicha información en la elaboración de normas jurídicas.⁴⁴

La aplicación de la informática, Big Data, Inteligencia Artificial y el neuroderecho pueden servir de heurística o metáfora teórica idónea para describir el modelo mental más apropiado que opera en los actores jurídicos (e.g. jueces, tribunales y reos) ofreciendo potenciales beneficios para el análisis empírico del Derecho. No solo desde la propuesta de servirse de la computación aplicada al Derecho para deducir el tipo de conocimiento que tienen los jueces a la hora de instruir autos o proceder con la investigación de un caso mediante simulación vía redes neuronales o sistemas expertos de su “estilo cognitivo jurídico”; sino como instrumento o tecnología al servicio de un mejor razonamiento jurídico-moral a través de la creación de aplicaciones o software para aconsejar qué decisión o juicio jurídico-moral es el más acertado.

Este nuevo enfoque empírico para el Derecho - que suma los datos del estudio neurocientífico de la cognición moral y su implementación en el cerebro, el conocimiento sobre la evolución de las normas, preferencias sociales y el Derecho, la aplicación del paradigma de la complejidad y el uso de la tecnología digital e Inteligencia Artificial - plantea nuevos horizontes y nuevas preguntas de investigación que merecen explorarse.

Referências

- BICCHIERI C. *Norms in the Wild: How to Diagnose, Measure, and Change Social Norms*. Oxford: Oxford University Press, 2017.
- BLAIR, R. J. A cognitive developmental approach to morality: investigating the psychopath. *Cognition*, 57, 1995. 1–29.
- BROWNING W. The moral center in the brain: Its location and significance. *Medical Record* 99, 1921. 1043-1048.
- CÁCERES NIETO, E. *Dispraxis Jurídica, modelos mentales y constructivismo jurídico complejo. IJJ-UNAM*. México, 2013
- CIALDINI R., RENO R. Y KALLGREN CA. A focus theory of normative conduct: recycling the concept of norms to reduce littering in public places. *J Pers Soc Psych* 58, 1990. 1015–1026.

⁴⁴ Jones y Wagner, 2019.

- CRICK F. *The Astonishing Hypothesis: The Scientific Search for the Soul*. London: Simon and Schuster, 1994
- CHRISTENSEN J. Y GOMILA A. Moral dilemmas in cognitive neuroscience of moral decision-making: A principled review. *Neuroscience & Biobehavioral Reviews*, 36 (4), 2012. 1249-1264.
- DARWIN C. *El Origen del Hombre*. Barcelona. Crítica, 1880/2009
- DAMASIO A., TRANEL D., DAMASIO H. Individuals with sociopathic behavior caused by frontal damage fail to respond autonomically to social stimuli. *Behavioural Brain Research* 41, 2, 1990. 81-94.
- DAMASIO A. *Descartes' Error: Emotion, Reason, and the Human Brain*. New York. Putnam Publishing, 1994
- DECETY J. Y WHEATLEY T. Introduction: The complexity of moral cognition requires multiple and converging levels of analyses. En Jean Decety y Thalia Wheatley (eds), *The Moral Brain: A multidisciplinary Perspective*. Cambridge Massachusetts, MIT Press, 2015 p. vii-3
- DECETY J., COWELL JM. Our Brains Are Wired for Morality: Evolution, Development, and Neuroscience. *Front. Young Minds* 4:3. 2016 doi:10.3389/frym.2016.00003.
- FEHR E. Y SCHMIDT K. A theory of fairness, competition, and cooperation. *Quarterly Journal of Economics* 114, 1999. 817-868.
- GALL F. J. Spurzheim G. *Recherches sur le système nerveux en général et sur celui du cerveau en particulier*. Paris. Schoell, 1809
- GAZZANIGA, M., MANUGUN, G., POEPPPEL, D. (eds) *The Cognitive Neurosciences*, 6th Edition. Cam. Mass. MIT Press, 2019, *forthcoming*.
- GREENE J., SOMMERVILLE R., NYSTROM L., DARLEY J. Y COHEN J. An fMRI investigation of emotional engagement in moral judgment *Science*, 293 (5537), 2001. 2105-2108.
- HAIDT J. The emotional dog and its rational tail: a social intuitionist approach to moral judgment. *Psychol Rev.* 108(4), 2001. 814-34.
- _____. The moral mind: How 5 sets of innate intuitions guide the development of many culture-specific virtues and perhaps even modules. En P. Carruthers, S. Laurence y S. Stich. (eds) *The Innate Mind*. New York. Oxford University Press. 2007, p. 367-391.
- _____. *The Righteous Mind: Why Good People Are Divided By Politics And Religion*. London. Penguin, 2013
- HARE R. *Moral Thinking: Its Methods, Levels, and Point*. Oxford. Clarendon Press, 1981.

- _____. *The Hare Psychopathy Checklist – Revised*. Toronto, Ontario. Multi-Health Systems, 1991.
- HARLOW J. Recovery from the passage of an iron bar through the head. *Masachussetts Medical Society Publications* 2, 1868. 327-346.
- JINKWON J. Y SOYOUNG Y. Three Research Strategies of Neuroscience and the Future of Legal Imaging Evidence, 12 *Fron. Neurosci.* 1. 2018
- JONES O. Y WAGNER A. Law and neuroscience: Progress, promise, and pitfalls. En KAHNEMAN D. *Thinking Fast and Slow*. London: Penguin, 2011.
- LERNER J. Y TETLOCK P. Accounting for the effects of accountability. *Psychological Bulletin.* 125, 1999. 255-175.
- LEWIS D. *Convention: A Philosophical Study*. Cambridge, MA. Harvard University Press, 1969.
- LIAO M. Morality and neuroscience: Past and future. En Matthew Liao (ed), *Moral Brains: The Neuroscience of Morality*. Oxford. Oxford University Press. 2016, p. 1-45.
- MELLERS B. Equity judgment: A revision of Aristotelian views. *Journal of Experimental Psychology: General.* 111(2), 1982. 242-270.
- MOLL, J, DE OLIVEIRA-SOUZA R., ESLINGER P., BRAMATI I., MOURÃO-MIRANDA J. ANDREIUOLO P., et al. The neural correlates of moral sensitivity: A functional magnetic resonance imaging investigation of basic and moral emotions *The Journal of Neuroscience*, 22, 7, 2002. 2730-2736.
- MOLL J., ZAHN R., DE OLIVEIRA-SOUZA R., KRUEGER F., GRAFMAN J. Opinion: the neural basis of human moral cognition. *Nat. Rev. Neurosci.* 6, 2005. 799–809.
- PEYTON YOUNG H. Social norms. En Steven N. Durlauf and Lawrence E. Blume (eds), *The New Palgrave Dictionary of Economics*. London. Macmillan. 2008, p. 647-651.
- POLDRACK R. *The New Mind Readers: What Neuroimaging Can and Cannot Reveal About Our Thoughts*. Princeton. Princeton University Press, 2018
- RAWLS J. Two concepts of rules. *The Philosophical Review.* 64, 1955. 3-32.
- RUHL J. Law’s complexity: A primer. *Georgia State University Law Review.* 24, 4, 2012. Article 9.
- RUHL J., KATZ D. Y BOMMARITO M. Harnessing legal complexity. *Science*, 355, 2017. 1377-1378.

- RUSH B. *Medical Inquiries and Observations Upon the Diseases of the Mind.* Philadelphia. Kimber and Richardson, 1830.
- SINNOTT-ARMSTRONG W. The disunity of morality and why it matters to philosophy. *The Monist*, 95, 2012. 355-377.
- TANCREDI R. *Hardwired behavior: What neuroscience reveals about morality.* New York, NY: Cambridge University Press, 2005
- TURIEL E. *The Culture of Morality: Social Development, Context, and Conflict.* Cambridge, Cambridge University Press, 2002
- VERPLAETSE J. *Localizing the Moral Sense Neuroscience and the Search for the Cerebral Seat of Morality, 1800-1930.* Dordrecht. Springer, 2009
- WILSON E.O. *Sociobiology: The New Synthesis.* Cambridge Masachussetts, Harvard University Press, 1975

Autor convidado.

O desastre radiológico do céσιο 137: lições após 30 anos da sua ocorrência

*The radiological disaster with Caesium-137: lessons after 30
years of their occurrence*

Berta Schumann*

Faculdade Cenecista de Nova Petrópolis, Nova Petrópolis-RS, Brasil

Juliane Altmann Berwig**

FEEVALE, Novo Hamburgo-RS, Brasil

1. Introdução

Este artigo inicia com a narrativa acerca do desastre com o Césio 137 ocorrido em 1987. Para tanto, partir-se-á do conceito sobre o elemento químico e, posteriormente, explanar-se-á as causas e consequências do desastre. Diante desse enfoque, serão abordadas as facetas dos desastres, suas formas de classificação e vulnerabilidade pré-existentes que podem majorar seus danos. Com estas informações serão demonstrados os efeitos sistêmicos que um desastre pode gerar, seja em relação à perda de vidas, saúde, meio social e econômico e ambiental. Ressaltar-se-á a importância de um plano

* Mestre em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS; Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade de Caxias do Sul – UCS; Graduação em Direito pela UNISINOS. Professora de Direito na Faculdade Cenecista de Nova Petrópolis - FACENP. Advogada com experiência na área do Direito Civil, Sucessões, Previdenciário e Família. E-mail: bertaschumannadv@gmail.com

** Doutora em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos com Bolsa pela Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (Capes) pelo Programa de Excelência Acadêmica (Proex). Mestre em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos, especialista em Direito Ambiental Nacional e Internacional pela Universidade Federal do Estado do Rio Grande do Sul e graduada em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul. Professora no curso de Direito da Universidade FEEVALE e Pesquisadora com o projeto “Os impactos humano-ambientais gerados pelas nanotecnologias: redesenhando os elementos estruturantes do direito ambiental”. Presidente da Associação Gaúcha dos Advogados de Direito Ambiental Empresarial - AGAAE. Autora do livro Direito dos Desastres na Exploração offshore do petróleo. Sócia-proprietária do escritório Berwig Advocacia. . Email: juliane@berwig.com.br.

de gestão de riscos e desastres para evitar a ocorrência dos acontecimentos, bem como para lidar com suas eventuais consequências. Ao final tratar-se-á da Ação Civil Pública, seus julgamentos e atual andamento, bem como, as lições que devem ser compreendidas tanto pela sociedade, quanto pelo governo e pelo Poder Judiciário sobre como lidar com os desastres.

O objetivo deste artigo é retratar as causas e consequências dos desastres e também evidenciar as ações necessárias para geri-los preventivamente seja pela juridicização do risco de dano futuro e concomitantes ações políticas de governo para gestão dos desastres.

Utiliza-se a pesquisa bibliográfica (livros, artigos, notícias dentre outros) e matriz sistêmico-constructivista como metodologia, pois se compreende que esta é capaz de dar o suporte necessário para conhecer os riscos e efeitos sistêmicos dos desastres. Ademais, este método permite realizar a observação dos sistemas (Direito, Política, Economia, História e Ciências), uma vez que são estes os atores envolvidos na gestão dos riscos, bem como demonstrar os possíveis caminhos a serem percorridos especialmente pelos conhecimentos multidisciplinares para apresentar as melhores respostas possíveis para a contenção dos desastres.

2. O desastre

Antes de iniciar a descrição do desastre de Goiânia com o Césio 137 faz-se importante mencionar que o céσιο foi descoberto em 1860, não existe na natureza, e é um subproduto do urânio. É um metal muito tóxico e radioativo, que emite raios alfa. Sua utilização ocorre nos aparelhos de radioterapia, tem capacidade para transformar energia luminosa em energia elétrica, compõe células fotovoltaicas e é empregado na cura de neoplasias¹.

O desastre ocorreu numa época em que as transformações não ocorriam com a dinamicidade que hoje ocorrem, assim como os meios de comunicação não eram interligados como atualmente. Em 13 de setembro de 1987 em Goiânia, no estado de Goiás, foi encontrado um aparelho de radioterapia, por catadores, no Instituto Goiano de Radioterapia. O instituto estava desativado e o aparelho há muito tempo em desuso. No dia 18 daquele mês, eles “venderam o equipamento a Devair Ferreira, que tinha um ferro velho na Rua 26-A, no Setor Aeroporto, e o desmanchou totalmente

1 ESTADO DE GOIÁS. 2016.

com golpes de marreta”. Após a desmontagem foi encontrada a cápsula de Césio 137 de 19 gramas (pó que brilhava na cor azul no escuro). Seis dias depois, Ivo Ferreira, irmão de Devair, foi visitá-lo e viu a pedra que brilhava durante a noite. Ele levou fragmentos para casa dele, localizada na Rua 6, no Setor Norte Ferroviário². A partir deste momento, o proprietário do local onde foi desmontado o aparelho e seu irmão passaram a distribuir o Césio 137 para familiares e próximos. Daí por diante os eventos catastróficos passaram a ocorrer. O fato mais notório ocorreu na residência de Ivo Alves Ferreira, que levou o pó de Césio 137 para a sua residência, espalhou sobre a mesa onde sua filha Leide das Neves Ferreira, com apenas 6 anos de idade, brincou e ingeriu fragmentos do mesmo³.

No primeiro momento, aqueles que tiveram contato apresentaram sintomas característicos de contaminação radioativa: náusea, vômito, diarreia, tontura, queimaduras na pele. Todavia, em razão do desconhecimento à época do possível causador dos efeitos danosos, nem os médicos do hospital da localidade puderam ajudar no primeiro momento. Contudo, no dia 28, a esposa de Devair levou parte do material para a Divisão de Vigilância Sanitária da Secretaria Estadual de Saúde. Após análises o material foi apontado como radioativo⁴.

Posteriormente ao início do desastre, este passou a ser de conhecimento da Secretaria de Saúde do Estado de Goiás, bem como da Comissão Nacional de Energia Nuclear (CNEN)⁵, Agência Internacional de Energia Atômica (AIEA). O Chefe da divisão de rejeitos da Comissão Nacional de Energia Nuclear (CNEN) e físico que identificou o acidente, Walter Mendes Ferreira, 64 anos, mencionou que “o nível de radiação era tão alto em alguns pontos que não havia instrumentos na capital que pudessem mensurá-lo”⁶. Diante do alerta, foi acionado um plano de emergência com a participação de diversas entidades (CNEN, FURNAS, NUCLEBRÁS, DEFESA CIVIL, HOSPITAL NAVAL MARCÍLIO DIAS, SES/GO, HOSPITAL GERAL DE GOIÂNIA) para contribuir com a mitigação dos danos na “Operação Césio-137”. No primeiro momento a conduta determinada foi “identificar,

2 G1, 2017.

3 ACERVO HISTÓRICO DA BIBLIOTECA DO CEEPP-LNF, GOIÂNIA/GO e C.A.R.A.

4 ACERVO HISTÓRICO DA BIBLIOTECA DO CEEPP-LNF, GOIÂNIA/GO e C.A.R.A.

5 BRASIL, 2018.

6 G1, 2017.

monitorar, descontaminar e tratar a população envolvida; as áreas consideradas como focos principais de contaminação foram isoladas e iniciou-se a triagem de pessoas no Estádio Olímpico”, mediante a utilização de um contador *Geiger*⁷, para medir o grau de contaminação nas pessoas⁸.

A primeira vítima fatal do acidente foi Leide das Neves Ferreira, de 6 anos, que morreu em 23 de outubro de 1987. Estima-se que a menina tinha 2,5 mil rads no corpo – a quantidade considerada moderada para um ser humano é de 20 rads⁹. No total, 112.800 pessoas foram monitoradas, das quais 249 apresentaram significativa contaminação interna e/ou externa, 04 foram a óbito (2 hemorragia e 2 infecção generalizada), 08 desenvolveram a Síndrome Aguda da Radiação (SAR), 14 falência da medula óssea e 01 amputação do antebraço. Os casos de óbito ocorreram cerca de 4 a 5 semanas após a exposição ao material radioativo, devido a complicações esperadas da SAR – hemorragia (2 pacientes) e infecção generalizada (2 pacientes)¹⁰.

As 04 vítimas fatais foram enterradas em caixões lacrados de fibra de vidro revestidos com chumbo com o objeto de prevenir que a radiação contaminasse o solo e os lençóis freáticos. Cada caixão pesava mais de 700kg e precisou ser colocado com guindastes nas covas. Além disso, os caixões foram cobertos por uma larga camada de concreto. Inicialmente, admitiu-se o número de 621 vítimas. Estas foram divididas em três grupos, mas apenas o primeiro teve direito a pensão indenizatória. Em 2000, o Ministério Público de Goiás (MPGO) conseguiu que o governo federal, reconhecesse mais vítimas não contabilizadas inicialmente para o recebimento do benefício. Parcela de contaminados obteve sucessivas vitórias capazes de estabelecer direitos e deveres e pela atuação do MPGO. Até julho de 2002, mais de 800 novas vítimas foram incluídas¹¹.

7 O contador Geiger-Müller (usualmente chamado de contador Geiger ou contador G-M) é um dos tipos de detectores de radiação mais antigo que existe. Este instrumento de medida, cujo princípio foi imaginado por volta de 1913 por Hans Geiger, foi desenvolvido por Geiger e Walther Müller em 1928. Devido à sua simplicidade, baixo custo e facilidade de operação, esse detector continua a ser usado atualmente. In: WIKIPEDIA, 2018.

8 ESTADO DE GOIÁS, 2017a.

9 CORREIO BRAZILIENSE, 2017.

10 ESTADO DE GOIÁS, 2017a.

11 CORREIO BRAZILIENSE, 2017.

Uma das vítimas foi Ernesto, que em entrevista ao Correio Braziliense mencionou que “os últimos 30 anos foram de dor”. Ele “passou por 13 cirurgias na perna e, em alguns momentos, a morfina era necessária noite e dia”. “Hoje, eu tô bem, tô vivo. Não sou feliz como era antes. Sorrio quando tenho de sorrir e pronto. Ficou uma sequela, uma dor que não acaba. No corpo e na cabeça”. Hoje Ernesto é aposentado, e tem 76 anos, e ainda possui uma ferida crônica que de acordo com os responsáveis C.A.R.A, é denominada síndrome cutânea da radiação¹².

Diante da necessidade de remoção do material contaminado, o desastre gerou 6.000 toneladas de lixo radioativo, acondicionado em *containers* e concretados. Foi fundada em 1988 a instituição Leide das Neves Ferreira para monitorar os efeitos a médio e longo prazo das pessoas que tiveram contato com a radiação¹³.

Movimentada pelo desastre, a AIEA desenvolveu a Escala Internacional de Eventos Nucleares, conhecida como INES (*International Nuclear Events Scale*)¹⁴ para comunicar à população a gravidade de eventos em usinas nucleares. Os eventos são classificados em níveis de 1 a 7, sendo 7 o mais grave. O desastre de Goiânia foi classificado como de nível 5¹⁵. Os desastres decorrentes de acidentes nucleares têm, por resultados, danos imediatos e perpetuados por diversas gerações. Por conta disso, exigem uma política precaucional mais intensiva e contextualizada ao local que recebe os riscos de sua geração¹⁶. Logo, é preciso compreender e informar a todos os riscos de danos decorrentes das tecnologias, suas magnitudes e potencialidades.

3. Definição de desastre, classificação e consequências sistêmicas

Um desastre ambiental é um evento sistêmico, ou seja, pode atingir toda (ou quase toda) uma sociedade, seus subsistemas (economia, trabalho, saúde, política, organizações, direito) e meio ambiente, que por sua vez possuem cada qual sua forma de observação e observadores, tendo, assim, resultados de contingências diversas. Ou seja, cada subsistema interpreta e lida com

12 CORREIO BRAZILIENSE, 2017.

13 ESTADO DE GOIÁS, 2018a.

14 THE INTERNATIONAL NUCLEAR AND RADIOLOGICAL EVENT SCALE, 2018.

15 OKUNO, 2013.

16 BERWIG, 2015, pp.68.

os resultados do desastre de uma forma distinta, com base no seu ponto de observação. Por conta disso, definir em exatos termos o que é um desastre ambiental é uma tarefa árdua e extremamente complexa, pois parte-se de diferentes perspectivas (subsistemas) para diferentes observadores¹⁷. Os desastres são, portanto um “*cataclismo sistêmico*” com causas combinadas.

Apesar de sempre presente na evolução da sociedade, os desastres têm apresentado razões e consequências distintas. Antes da revolução industrial os desastres estavam relacionados, em sua maioria, aos eventos naturais (enchentes, furacões, tornados, terremotos, tsunamis entre outros, ou seja, eventos geofísicos, meteorológicos, hidrológicos, climatológicos e biológicos), após a industrialização os desastres passaram a ter também uma característica antropogênica, ou seja, sua origem está também em riscos criados pelas ações humanas¹⁸. Desastres são, portanto, classificados por suas causas, sejam elas naturais (*natural disasters*) ou antropogênicas (*man-made disasters*). Os *naturais* decorrem de fenômenos naturais, atribuíveis ao exterior do sistema social e os *antropogênicos* provêm de riscos tecnológicos, sociopolíticos, fatores humanos¹⁹, falhas técnicas, administrativas, gerenciais, no sistema de segurança, no sistema de operação, da ausência de treinamentos de emergência para a prevenção de acidentes, da falta de procedimento de cautela, ou de problemas em equipamentos²⁰.

Por outro lado, os desastres podem decorrer de uma combinação de causas. Estes são denominados de mistos, podendo ser despertados por um fator natural, mas posteriormente combinados com riscos antropogênicos ou até mesmo vulnerabilidades²¹. Exemplo disso são os riscos e vulnerabilidades geradas pelas mudanças climáticas (maremoto, mar revolto, tsunamis, secas, queimas, dentre outros). O desastre do Golfo do México é um claro exemplo, seu estopim foi um *gêiser* que combinado com a atividade humana de exploração *offshore* do petróleo e seus riscos, teve consequências desastrosas em razão da imensa quantidade de petróleo despejado no oceano²².

17 BERWIG, 2015, pp.35.

18 CARVALHO, 2013, pp. 13.

19 CARVALHO, 2012, pp.104.

20 BERWIG, 2015, pp. 158.

21 CARVALHO; DAMACENA, 2013, pp.18.

22 BERWIG, 2015, pp. 158.

Por tal razão, o sentido de desastres ambientais (naturais e antropogênicos) decorre da combinação entre eventos. Ou seja, são “fenômenos compreendidos a partir de causas naturais, humanas ou mistas sucedidas por eventos de grande magnitude, irradiando danos e perdas significativas ambiental e socialmente”²³.

Por isso são tão variados os significados e tão importantes os seus detalhes, sendo impossível resumir em poucas palavras²⁴ a definição completa de um desastre ambiental. Ademais, os desastres não possuem uma única causa, para compreendê-los são necessários diversos conhecimentos especializados e, para acrescentar, mesmo com a mensuração do conhecimento científico eles ainda assim possuem a marca da incerteza quanto a sua probabilidade de ocorrência e irreversibilidade de seus danos. De acordo com Carvalho, os “desastres retratam a vulnerabilidade”²⁵, pois a partir do conhecimento pode-se perceber todas as falhas, sejam elas frutos da falta de informação, conhecimento, treinamento, prevenção e precaução.

O desastre de Goiânia é conceituado como um desastre antropogênico, pois provocado por um risco criado pelo homem. Tanto no que diz respeito à falha na destinação correta do aparelho em desuso, quanto pela disseminação do material radioativo pelo rompimento do invólucro que continha a cápsula. De tal modo, o evento foi o resultado de dois fatores principais: falta de fiscalização e informação. Assim, houve ausência de gestão apropriada de atividades de alto risco por todos os atores envolvidos. O CNEN como órgão responsável deveria ter fiscalizado o recolhimento do aparelho em desuso, além disso, as pessoas que tiveram o contato com o aparelho não tinham conhecimento sobre os riscos quando um produto/equipamento possui o símbolo da radioatividade. No caso de Goiânia o fato foi consequência de uma série de questões, como visto no realinhamento do desastre. Posteriormente ao estopim do acontecimento, foi necessário o conhecimento de diversos profissionais para realizar as medidas de mitigação dos danos decorrentes do desastre²⁶.

Quanto à sistematicidade, além de todos os dados físicos, sociais, psicológicos materiais e ambientais, nos meses seguintes ao desastre a econo-

23 CARVALHO, 2013, pp. 17.

24 ALEXANDER, 2005, pp.25-39.

25 CARVALHO, 2013, pp. 17.

26 ESTADO DE GOIÁS, 2017a.

mia do estado de Goiás sofreu por conta do receio de que todos os seus produtos pudessem estar contaminados por radiação. O turismo sofreu de sobremaneira, pois as agências de viagens cancelaram os pacotes para os pontos turísticos locais, o que resultou em prejuízo aos hotéis e comércio mensurado em 50% de redução nas vendas. Outro dano pode ser percebido com a desvalorização dos imóveis, que até hoje é de aproximadamente 50%²⁷. Os danos também afetaram a vida pessoal de todas as pessoas ali envolvidas, uma vez que foram privadas de seus bens, residências, roupas, animais de estimação, tudo isso em pouco tempo, pois tudo que fora contaminado foi removido e, conforme mencionado inicialmente, colocado em *containers*. A vulnerabilidade é percebida no desastre, especialmente pela falta de informação quanto aos riscos de danos do Césio 137, pois as vítimas eram pessoas com pouca instrução, o que elevou a capacidade danosa do evento.

Ademais, ainda hoje vítimas suportam as consequências do acontecimento, sendo a saúde monitorada por gerações. O meio ambiente exige, da mesma forma, um acompanhamento do ar, do solo e da água superficial e subterrânea nos próximos 300 anos, pois este é o tempo calculado pelos técnicos em que a radiação do depósito principal de lixo permanecerá ativa.

Tais consequências comprovam que: “[...] a ampla abrangência que o dano ambiental alcança hoje, não se restringindo aos componentes materiais, alcançando também elementos imateriais, como as condições, relações e interações entre os seus componentes, que dão suporte ao equilíbrio ecológico”²⁸.

Isso significa que o desastre mudou drasticamente o dia-a-dia de Goiânia e gerou muitos danos para todas as esferas daquela sociedade, tal evento revelou os efeitos sistêmicos de um desastre, e confirma não ser o resultado de um evento isolado, mas sim de uma soma de riscos e vulnerabilidades que combinadas criam as condições para um evento com danos de alta magnitude e transtemporalidade²⁹.

27 ESTADO DE GOIÁS, 2017b.

28 BAHIA, 2012.

29 CARVALHO, 2013, pp. 17.

4. A gestão dos riscos

Para uma gestão eficiente dos riscos dos desastres é necessário, primordialmente, o conhecimento acerca desses riscos e suas possibilidades de controle por uma equipe multidisciplinar, ante à potencial complexidade dos desastres. Por isso, cada fase do desastre (mitigação, resposta de emergência, compensação, assistência do governo e reconstrução) faz parte da estratégia de gerenciamento de risco³⁰. Sendo, portanto, essencial a “adoção de medidas que afastem ou minimizem o risco, quando este não for plenamente conhecido; ou evitem a consumação do dano, em se tratando de riscos efetivos”³¹.

Diante da falta de conhecimento e informação, o desastre do Césio teve as *respostas de emergência* realizadas de forma totalmente improvisada, dada a inexistência de um plano de emergência para atendimento de situações desta natureza, seja pela falta de estrutura local, mas também nacional, para gerenciar desastres de grandes proporções. As *respostas de emergência* quanto às vítimas foram às ações de socorro, assistência às populações vitimadas e reabilitação do cenário do desastre³². De acordo com o Ministério da Integração Nacional, estas são ações imediatas de resposta aos desastres que objetivam de socorrer a população vitimada, realizar buscas e salvamentos, primeiros-socorros, atendimento pré-hospitalar, médico, cirúrgico de urgência.

As *respostas de emergência* relacionadas aos materiais contaminados, ou seja, quanto ao destino dos rejeitos radioativos e a sua forma de acondicionamento, também não foram realizadas de forma arrazoada. Era preciso remover os rejeitos para um local afastado de núcleos populacionais, de trânsito ou de mananciais de água. Assim, em 19 de outubro de 1987, Abadia de Goiás começou a receber os rejeitos do Césio 137. O transporte durou dias e o rejeito foi acondicionado em embalagens especiais. Foram 4.223 tambores comuns, de 200 litros cada; 1.347 caixas metálicas; 8 recipientes de concreto e 10 *containers*³³.

30 CARVALHO, DAMACENA, 2013, pp. 33

31 MORATO LEITE, 2015.

32 BRASIL, 2000.

33 ESTADO DE GOIÁS, 2016.

Para manter os rejeitos foi construído um depósito com projeto elaborado pelo mesmo engenheiro que auxiliou na construção do sarcófago que envolve o reator nuclear do desastre de Chernobyl, ocorrido no ano anterior. O depósito também foi construído após estudos multidisciplinares (meio ambiente, economia, geologia, segurança nuclear e sociologia) e teve o emprego da mais alta tecnologia, com previsão de utilidade de 300 anos, suportando até mesmo terremotos de alta intensidade. No depósito, os rejeitos estão acima do chão, com piso armado com 25 centímetros de espessura, objetivando manter uma segurança quanto às possíveis contaminações do lençol freático³⁴. Cada camada de rejeitos possui um muro com 25 centímetros de espessura. No centro, estão as embalagens com rejeitos de altos níveis de radiação, inclusive a cápsula de Césio (Grupo 5). Esse estrato representa 1,3% do volume total, sendo o mais perigoso, pois oferecerá riscos pelos próximos 300 anos. A camada seguinte abriga 511 metros cúbicos de rejeitos do Grupo 4, oferecendo perigoso pelos próximos 250 anos. Após, são abrigados os rejeitos do Grupo 3 perigosos por mais 150 anos, seguidos dos do Grupo 2, com 805 metros cúbicos com risco de radiação de 90 anos. Há ainda um segundo morro que mantém o material do Grupo 1, contendo 1.350 metros cúbicos com 25 anos de risco³⁵. Quanto ao depósito dos rejeitos, passados mais de 30 anos do acidente, não houve consequências anormais detectadas. Os depósitos são rodeados por antenas que monitoram 24 horas por dia o ar, a água e o solo. O Laboratório de Radioecologia junto a CNEN realiza a análise de amostras ambientais como a água do lençol freático, solo, vegetação e sedimentos.

A *mitigação* é a fase em que se objetiva diminuir a magnitude do evento, ou seja, verificar as potencialidades dos riscos elevarem as causas danos e a partir desta constatação realizar o seu controle: reduzir ao máximo a contaminação em andamento e minorar os danos resultantes, quando cessado o fator desencadeador do desastre. Na maioria das situações a mitigação no período recente pós-desastre é feita em um cenário absolutamente complexo e caótico, sem que tenha havido uma capacidade de antecipação e de preparação adequada. Por isso ela faz parte tanto da *prevenção* quanto das *respostas de emergência*, pois sua formação depende das estratégias e técnicas preventivas, mas sua atuação está na resposta ao desastre iniciado³⁶. Em

34 ACERVO BIBLIOTECA DA COMISSÃO NACIONAL DE ENERGIA NUCLEAR (CNEN).

35 ESTADO DE GOIÁS, 2016.

36 BERWIG, 2015, pp. 239.

Goiânia, as *respostas de emergência* são percebidas pelas ações de verificação do nível de contaminação nas pessoas e objetos, bem como as ações de *mitigação* foram as atividades de descontaminação de tudo que pudesse ter sido contaminado pela radiação e atendimentos médicos de urgência.

As ações para a *compensação*, no desastre do Césio estão presentes na assistência dada mediante a doação de terrenos realizada pelo governo para as pessoas que tiveram suas casas derrubadas por conta da contaminação. Também, a Lei Estadual nº 10.977/1989³⁷ que dispõe sobre concessão de pensões especiais às vítimas do acidente radioativo de Goiânia é um exemplo das ações de compensação. Esta lei foi revogada por outras legislações que objetivaram reajustar os valores das pensões³⁸. A Lei Federal nº. 9425/1996³⁹, também dispõe sobre a concessão de pensão especial às vítimas do acidente. O Centro Estadual de Assistência aos Radioacidentados Leide das Neves (C.A.R.A.) é uma unidade multidisciplinar ambulatorial da Secretaria da Saúde do Estado de Goiás, vinculada à Superintendência de Controle, Avaliação e Gerenciamento das Unidades de Saúde e foi criado pelas Leis nº 17.257/2011⁴⁰ e nº 17.430/2011⁴¹, para assumir as competências de monitorando e para atuar na promoção da saúde, prevenção, diagnóstico precoce e tratamento de doenças dos radioacidentados. Também gerencia, coordena e produz informações científicas, resguarda a memória histórica do acidente além de manter intercâmbio com instituições afins. É referência no monitoramento epidemiológico, informação e estudos sobre exposição à radiação ionizante. O Centro de Excelência em Ensino, Pesquisa e Projetos – Leide das Neves Ferreira (CEEPP-LNF) é responsável por fazer a análise ética e acompanhamento de projetos de pesquisa executados nas unidades da Secretaria da Saúde do Estado de Goiás. O município recebe R\$ 70 mil anuais do governo federal, ou seja, R\$ 5,8 mil mensais, o mesmo valor há mais de 10 anos⁴².

37 ESTADO DE GOIÁS, 1989.

38 Esta lei foi revogada pela Lei nº. 14.226/2002. Reajusta os valores das pensões especiais que especifica, dispõe sobre a concessão de pensões especiais às pessoas irradiadas ou contaminadas que trabalharam na descontaminação da área acidentada com o Césio 137, na vigilância do Depósito Provisório em Abadia de Goiás e no atendimento de saúde às vítimas diretas do acidente e dá outras providências. In: BRASIL, 2002.

39 BRASIL, 1996.

40 ESTADO DE GOIÁS, 2011a.

41 ESTADO DE GOIÁS, 2011b.

42 CORREIO BRAZILIENSE, 2017.

A *reconstrução* foi realizada com as medidas de descontaminação, construção do depósito de rejeitos na cidade de Abadia de Goiás. Sabe-se que as ações realizadas posteriormente à ocorrência do desastre não são totalmente eficientes quanto a sua prevenção, haja vista a irreversibilidade dos danos à vida e ao meio ambiente.

O que causa incompreensão é que apesar do despreparo à época e das consequências do desastre, o cenário atual não é o ideal quanto à gestão dos riscos. De acordo com Leonardo Bastos Lage, matemático e coordenador do CNEN-GO, mesmo após mais de 30 anos do desastre, poucos avanços ocorreram, pois apesar de cada desastre ser único, hoje há tecnologia disponível para gerir os riscos⁴³.

Centralizando a concepção do desastre ao Direito, percebe-se que ainda a compreensão dos riscos de danos, estopins dos desastres, está pautada em premissas tradicionalmente construídas e que partem de requisitos centrados no dano e não nos riscos. Ou seja, as ações ainda são de gestão de desastres (danos ocorridos) ao invés de gestão de riscos (prevenção e precaução dos danos). Morato Leite e Belchior mencionam assim que: “a racionalidade jurídica clássica, pautada na segurança e em conceitos engessados, não é suficiente para lidar com a complexidade que permeia o dano ambiental”⁴⁴. Para tanto, quanto aos desastres é essencial que haja uma gestão jurídica direcionada ao gerenciamento dos desastres ambientais. Ademais, dada a complexidade da sociedade e evolução dinâmica das técnicas de produção, acrescidas dos efeitos das mudanças climáticas, tais eventos estão sendo mais frequentes. Logo, ressalta-se a necessidade da comunicação do Direito dos desastres com os demais ramos do Direito (ambiental, urbanístico, predial, climático), bem como com as demais áreas de atuação (multidisciplinaridade), em razão das características sistêmica dos desastres, especialmente pela preexistência de vulnerabilidades (política, direito, economia, técnica, social, ambiental)⁴⁵.

43 G1,2017.

44 MORATO LEITE; BELCHIOR, 2012.

45 CARVALHO, 2013, pp. 24.

5. A responsabilidade objetiva pelos danos ambientais e o desfecho da ação civil pública

O CNEN é uma autarquia criada pela Lei 4.118/1962⁴⁶ pertencente ao Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovações e Comunicações (MCTIC) e tem a responsabilidade de regular e fiscalizar o uso da energia nuclear no Brasil. O conselho realiza investimentos em pesquisa e desenvolvimento, buscando o uso seguro das técnicas nucleares⁴⁷. Desta maneira, o CNEN é quem licencia e fiscaliza as instalações nucleares e radioativas (reatores, fábricas do ciclo do combustível e instalações que utilizam radioisótopos, na medicina, indústria e atividades de pesquisa), para a aprovação das licenças do local, construção, operação e desativação normas e procedimentos técnicos internacionais devem ser seguidos. Portanto, quando determinado aparelho com césio é importado, a CNEN realiza o controle quanto a finalidade, uso, local dentre outros detalhes técnicos.

O Brasil está compromissado com a Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento que no Capítulo 22 prevê a forma do manejo seguro e ambientalmente saudável dos resíduos radioativos. Prevendo no art. 22.4:

(c) Promover o armazenamento, o transporte e a depósito seguro dos resíduos radioativos, bem como das fontes de radiação esgotadas e dos combustíveis consumidos dos reatores nucleares destinados o depósito definitiva, em todos os países e em especial, nos países em desenvolvimento, facilitando a transferência de tecnologias pertinentes para esses países e/ou a devolução ao fornecedor das fontes de radiação depois de usadas, de acordo com as regulamentações ou diretrizes internacionais pertinentes;⁴⁸

Portanto, deve ocorrer a devolução das fontes de radiação depois de utilizadas para o seu fornecedor, mesmo que o aparelho tenha vindo do exterior⁴⁹. Assim, no caso de Goiânia, em 1972 o Instituto Goiano de Radioterapia (IGR), que estava autorizado pela CNEN, possuía a responsa-

46 BRASIL, 1962.

47 BRASIL, 2018.

48 BRASIL, 2001.

49 ESTADO DE GOIÁS, 2018a.

bilidade pela fiscalização do uso e destinação correta do aparelho quando do descarte. Como o destino correto não foi realizado e não houve fiscalização, a CNEN incorreu também na responsabilidade objetiva quanto à reparação do dano ambiental, moral e material aos atingidos.

A responsabilidade pelos danos ambientais decorreu do cenário internacional de forma mais notória, com a Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano, conhecida como Conferência de Estocolmo em 1972. A partir da adesão do Brasil a esta Convenção instituiu-se, em 1973 a Secretaria Especial do Meio Ambiente e, posteriormente, em 1981 a Política Nacional do Meio Ambiente (PNMA) pela Lei n. 6.938/1981⁵⁰. Após, em 1988 foi promulgada a Constituição Federal (CF/88), que alçou o direito ao meio ambiente ao *status* de direito fundamental, revelando-se a proteção de tal direito uma verdadeira função do Estado Democrático de Direito, hoje conhecida como Estado Democrático Ambiental⁵¹. Assim, a CF/88 objetiva conferir proteção do meio ambiente sadio e responsabilidade pela defesa deste, para as presentes e futuras gerações. Prevê também no *caput* do art. 225 e em seus incisos I, e IV, que em caso de instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, seja exigido pelo Poder Público Estudo Prévio de Impacto Ambiental (EIA) e Relatório de Impacto Ambiental (RIMA). Na realização do EIA-RIMA, ocorrerá, por audiência pública, a divulgação dos riscos e informações ambientais sobre determinado empreendimento. Tal determinação foi recepcionada pela CF/88, haja vista sua previsão anterior na PNMA.

Com fundamento ao art. 37, § 6º da CF/88 e art. 14, §1º, da Lei 6.938/81, a responsabilidade pelos danos ambientais além do ente privado, também é do ente público e segue a teoria da responsabilidade objetiva. Com base nisso, o Ministério Público Federal ajuizou em 27 de setembro de 1995, a Ação Civil Pública de nº 95.00.08505-4⁵² com o objetivo de responsabilizar a União, a CNEN, o Estado de Goiás e os ex-proprietários do IGR pelos danos causados. A Quinta Turma do Tribunal Regional Federal da Primeira Região julgou, em 27 de julho de 2005, a apelação cível n. 2001.01.00.0143712-GO, reconhecendo a imprescritibilidade do dano ambiental, mas afirmando a ilegitimidade passiva da União, pois, apesar de a titularidade do monopólio nuclear, não haver sido deslocada

50 BRASIL, 1981.

51 CARVALHO, 2013, pp. 44.

52 BRASIL. TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL (1ª Região). *Ação civil pública nº 95.00.08505-4*.

da competência material da União Federal (art. 21, XXIII da CF/88), para a CNEN, devendo esta suportar a responsabilidade decorrente do desastre. Não sendo aplicado o art. 1.518 do Código Civil de 1916 em desfavor da União, pois o dano não foi resultado de sua atividade, mas sim da sua delegada CNEN⁵³.

A reparação ambiental tem como objetivo primordial reconduzir o meio ambiente, da maneira mais próxima possível, ao estado em que se encontrava antes da ocorrência da lesão. Por isso, o princípio que a orienta é o da reparação integral. Segundo a reparação integral, qualquer lesão que afete o meio ambiente ou a coletividade deve ser integralmente reparada, incluindo-se tanto os danos ambientais patrimoniais quanto os danos ambientais morais ou extrapatrimoniais.⁵⁴

Mesmo o desastre tendo ocorrido em 1987, nesta data já estava em vigor a PNMA, que determinava a responsabilidade objetiva pelos danos ambientais (art. 14, parágrafo primeiro da Lei n. 6.938/1981).

Art. 14 – Sem prejuízo das penalidades definidas pela legislação federal, estadual e municipal, o não cumprimento das medidas necessárias à preservação ou correção dos inconvenientes e danos causados pela degradação da qualidade ambiental sujeitará os transgressores:

[...]

§ 1º – Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade. O Ministério Público da União e dos Estados terá legitimidade para propor ação de responsabilidade civil e criminal, por danos causados ao meio ambiente.

[...]

Portanto, necessária a comprovação do nexo de causalidade entre a ação/omissão e o dano, sendo dispensável a culpa do causador do dano. Logo, a ausência de intenção (omissão) não induz a ausência de responsabilidade, haja vista que sendo objetiva (não exige o elemento culpa) pode responsabilizar o(s) indivíduo(s), empresas, estatais, ou até mesmo todas

53 BRASIL. TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL (1º Região). *Apelação nº 2001.01.00.014371-2*.

54 MORATO LEITE; BELCHIOR, 2012.

estas simultaneamente, o que pode ser um tarefa complexa, especialmente ao Poder Judiciário quanto a definição do montante indenizatório ou das obrigações que cada qual deverá realizar para reparar. O nexo de causalidade é representando pelo “enlace material entre um fato antecedente e um resultado danoso”⁵⁵. Portanto, é a atividade lesiva ao meio ambiente e a terceiros que gera a responsabilidade do poluidor.

No caso do desastre do Césio 137, há um acréscimo de relevância quanto aos riscos e danos, em razão da causa motivadora da lesão ter sido um acidente com material radioativo. Tal responsabilidade está disciplinada nos termos do art. 4º da Lei n. 6.453/1977:

Art. 4º – Será exclusiva do operador da instalação nuclear, nos termos desta Lei, independentemente da existência de culpa, a responsabilidade civil pela reparação de dano nuclear causado por acidente nuclear.⁵⁶

O Ministério Público requereu, quanto ao dano ambiental, indenização a ser paga ao Fundo Estadual do Meio Ambiente pela União Federal no valor de 2 milhões de reais, pela CNEN de 1 milhão de reais, por Carlos de Figueiredo Bezerril, Criseide Castro Dourado, Orlando Alves Teixeira e Flamarion Barbosa Goulart, no montante de 100 mil reais cada, pelo Estado de Goiás, 100 mil reais e pelo Instituto de Previdência e Assistência Social do Estado de Goiás, 100 mil reais. Todavia, o acórdão determinou o valor da indenização em 100 mil reais para todos, pela isonomia. Apesar dos pedidos diversos em desfavor dos réus, esta distinção quanto ao “dever de reparar o dano não encontra óbice no alegado princípio da isonomia, porquanto as razões que motivaram o pleito indenizatório devem ser apreciadas considerando a parcela de responsabilidade” de cada réu. Ou seja, a reparação deveria observar a parcela/proporcionalidade de responsabilidade de cada um dos réus teve na ocorrência do desastre, com base no seu dever de ação para evitar o dano, haja vista o nexo de causalidade atribuído entre a conduta e o dano causado pelos mesmos.⁵⁷

Apesar da pretendida indenização ser destinada ao Fundo Estadual do Meio Ambiente (não diretamente ao meio ambiente atingido), tal repre-

55 BAHIA, 2012.

56 BRASIL, 1977.

57 EVANGELISTA, 2013.

senta uma imposição indenizatória ao dano cometido ao bem ambiental. Pois, nem sempre é possível a sua recuperação ou compensação, mas sim a identificação de duas funções importantes: aprimoramento das políticas de prevenção e servir de inspiração para o avanço do regramento normativo no sentido de prestar-se como instrumento de solidariedade às gerações futuras.

Em razão do julgado, as partes recorreram da decisão apresentando Recurso Especial e Extraordinário. Os mesmos não foram admitidos. Diante da decisão, foram apresentados agravos e o processo foi digitalizado e enviado ao Superior Tribunal de Justiça (STJ) em 28 de outubro de 2013. Os agravos foram julgados em 11 de maio de 2017 sendo conhecidos e, foi determinada a conversão destes em Recursos Especiais. O processo está concluso para julgamento com a Ministra Regina Helena Costa⁵⁸.

O desastre do Césio 137 levantou grandes discussões nos tribunais brasileiros em termos de responsabilidade estatal por dano ambiental. O fato ocorrido e a sua potencialidade de dano são incontestáveis. Embora o fato tenha ocorrido há mais 30 anos, o interesse no seu estudo é tema sempre atual, seja porque suas consequências danosas ainda se encontram sob a apreciação dos Tribunais, seja porque o risco é real de uma possível nova ocorrência, considerando-se a generalizada utilização de fontes radioativas em hospitais, clínicas médicas, odontológicas e radiológicas. Há um acréscimo aos riscos, tendo em vista que o Brasil insiste, há décadas, em implementar a política nuclear, sem um êxito pleno quanto aos resultados esperados e à precisa definição quanto à prevenção dos riscos que o trato com o material radioativo pode ocasionar. Ou seja, atualmente vive-se em uma sociedade pós-industrialização em que os riscos são potencializados pela complexidade social, assim, um determinado dano ambiental, dependendo da sua gravidade pode atingir uma grande parte ou toda a sociedade, por conta da sua conexão, ou seja, do seu funcionamento sistêmico. Por isso, a questão da proteção ambiental merece revelo: dela depende a qualidade e até mesmo a manutenção da vida humana.

58 BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *REsp nº 1677459/GO*.

6. As lições 30 anos após o desastre

Como visto nas explanações sobre as consequências do desastre, apesar do decurso de mais de 30 anos, os efeitos ainda permanecem. Tal característica é uma marca dos desastres, denominada de transtemporalidade dos danos. Ou seja, danos à saúde, ao meio social, a economia, ao meio ambiente que perpassaram o momento da ocorrência do desastre e permanecem gerando efeitos negativos ao longo do tempo e até mesmo das gerações.

Para tanto, os efeitos da radiação podem não se modificar com o decurso do tempo e para uma compreensão dos seus riscos e consequência é necessária uma mudança de política de gestão dos riscos. Assim, um tratamento jurídico deve fazer parte de um plano no que diz respeito a gestão dos riscos na produção, utilização e descarte dos materiais radioativos. Para tal é imprescindível uma rigorosa fiscalização.

Diante da ocorrência do Desastre do Césio 137 e de toda a experiência negativa sentida pelos brasileiros, o governo foi obrigado a “criar uma cultura de radioproteção que não existia até então, com um controle maior do descarte de aparelhos radiativos de uso médico ou industrial”. Atualmente existem 9.600 fontes radioativas espalhadas pelo Brasil que exigem fiscalização⁵⁹ dos entes competentes para tal, para que no hoje e no amanhã novos desastres como o visto em 1987 não se repitam. Ou seja, há uma vasta utilização de materiais radioativos nos dias atuais em hospitais, clínicas médicas, odontológicas, radiológicas e usinas nucleares⁶⁰ e que deve ter seus riscos gerenciados.

Por conta disso, como mencionado anteriormente, os riscos da sociedade atual são transtemporais (além do tempo), mas também transterritoriais (além das fronteiras) e em situações, como no caso das atividades com radiação, o inimigo é invisível. Isso induz uma necessidade de mudanças em relação à teoria da imputação, nos pressupostos para a responsabilização civil na presença não só de danos ambientais, mas de riscos ambientais que podem vir a causar danos no futuro⁶¹. Logo, a juridicização do risco é o comando necessário e, para que isso ocorra é imperativa a irritação das estruturas tradicionais do Direito, objetivando assimilar os riscos e perigos

59 ESTADO DE GOIÁS, 2018 (b).

60 BRASIL, 2006.

61 CARVALHO, 2013, pp. 167-178.

das atividades. Com esta mudança, baseada no conhecimento da ciência e da técnica, ter-se-ia a possibilidade de sensibilização nos processos judiciais aos riscos de danos ambientais futuros, sem a necessidade da ocorrência de um dano pretérito a ser reparado⁶².

Verificou-se que a PNMA e a CF/88 determinaram uma evolução na forma de compreensão dos danos ambientais, bem como em relação à política nuclear, especialmente introduzindo evidências da singular relevância dos perigos dos materiais de origem nuclear⁶³. Na ação judicial analisada, a decisão possui peculiar importância, em razão do ineditismo das discussões fáticas e jurídicas, possuindo extrema relevância, inclusive para o amadurecimento do Direito aos danos futuros. Em especial às questões relacionadas à segura compreensão sobre a essencialidade da proteção ambiental, bem como traz ao debate a preocupação em se estabelecer melhores referenciais acerca da responsabilidade quanto ao uso e descarte do material nuclear ou radioativo, seja em razão de conduta ativa ou omissiva, bem como a quem atribuir as responsabilidades pela reparação de danos. Além disso, a jurisprudência tem papel relevante, pois o evento oferece lições sobre a compreensão da importância de delinear, com maior precisão, os riscos da utilização de material nuclear ou radioativo, bem como os devidos cuidados para que um desastre não venha a ocorrer.

O maior rigor às questões de risco atreladas à política nuclear brasileira e valorização do bem ambiental trazida pela concepção constitucional deve servir de norte para a interpretação, ou para a releitura, da legislação disciplinadora do direito nuclear e do direito ambiental vigente. Neste cenário, conferir à referida legislação sentido e coerência que propicie segurança jurídica congruente com a peculiaridade dos riscos, ou dos efetivos danos, consequência dos acidentes nucleares ou radiológicos⁶⁴. Não dispensado o desenvolvimento de políticas públicas para melhorar a fiscalização, a informação sobre os riscos, bem como a implementação de planos de gestão de riscos previsto na Lei n. 12.608/2012⁶⁵. Tais devem estar adaptados a cada forma de produção, haja vista as duas peculiaridades⁶⁶.

62 CARVALHO, 2013, pp. 179.

63 VIEIRA, 2014, pp. 30.

64 EVANGELISTA, 2013.

65 BRASIL, 2012.

66 CARVALHO; DAMACENA, 2013, pp. 141.

7. Considerações finais

Em conclusão a este artigo, verificou-se que apenas 19 gramas de Césio 137 foram capazes de ocasionar o maior desastre radioativo em ambiente urbano, ou seja, fora de usinas nucleares. O desastre relevou as vulnerabilidades da população quanto à ausência de informação e do governo quanto à carência de fiscalização e planos de gestão de desastres. Assim, o evento demonstrou a sistematicidade dos danos e a insuficiência das estruturas governamentais. Também ficou claro que os seus efeitos perpassaram as gerações e ainda hoje causam sofrimento aos atingidos e a todos os atuais e ex-moradores de Abadia de Goiás.

Para tanto, uma gestão de desastres exige tanto respostas antecipadas no controle aos riscos, quanto ações após a ocorrência do desastre. Tais ações devem ser tomadas por equipes multidisciplinares, pois cada profissional irá acrescentar o seu conhecimento específico sobre a situação e na reunião de todos, uma melhor resposta ao evento poderá ser dada. Este plano deve seguir os comandos de: mitigação, resposta de emergência, compensação, assistência do governo e reconstrução. E, tais ações devem estar adaptadas às peculiaridades da atividade que deu origem ao desastre e da comunidade atingida, haja vista as vulnerabilidades pré-existentes.

Conclui-se, portanto, que a priorização deve ser a prevenção/precaução e não a recuperação como sempre ocorreu quando se depara com um desastre. Estas ações de prevenção/precaução devem estar nas ações realizadas pela política de governo, mediante uma maior frequência e rigurosidade nas fiscalizações das atividades, bem como na geração e divulgação de informação ao público para que mesmo sem o conhecimento científico haja uma possibilidade de prevenir ou minimamente mitigar os danos na ocorrência de um evento. Além disso, é essencial que o Poder Judiciário internalize a concepção de que os riscos devem ser juridicizados, pois eles são uma possível “ponte” para se evitar a ocorrências de desastres com danos que, em sua maioria, são irreversíveis. Isso é especialmente importante quando se fala em danos provenientes da radiação que além de irreversíveis, são transtemporais, transterritoriais e invisíveis.

Por fim, o exemplo mais concreto de que o investimento em prevenção e precaução é a forma mais eficaz de reduzir o desastre ou os seus efeitos, é a pendência, ainda hoje, de julgamento da Ação Civil Pública ajuizada, em 27/09/1995, pelo Ministério Público Federal, oito anos após o acidente

em 13/09/1987, analisada neste trabalho. Passados mais de 30 anos do desastre, não há condenação transitada em julgado. O meio ambiente e as vítimas ainda não foram ressarcidos pelo ocorrido, demonstrando que o caminho da responsabilidade civil *ex post* não é mais eficaz.

Referências

- Acervo Biblioteca da Comissão Nacional de Energia Nuclear (CNEN).
Acervo Histórico da Biblioteca do Centro de Excelência em Ensino, Pesquisa e Projetos Leide das Neves Ferreira (CEEPP-LNF, Goiânia/GO) e Centro de Assistência aos Radioacidentados (CARA).
- ALEXANDER, David. *An interpretation of disaster in terms of changes in culture, society and international relations*. In: PERRY, Ronald W. Perry; QUARANTELLI, E.L. What is a disaster? new answers to old questions. Estados Unidos da América: Xlibris Corporation, 2005. p.25-39. Disponível em: <<http://www.sarc-sadkn.org/downloads/what%20is%20disaster.pdf>>. Acesso em: 12 dez. 2018.
- BAHIA, Carolina Medeiros. Dano ambiental e o nexó de causalidade na sociedade de risco. In: MORATO LEITE, José Rubens (org.). *Dano ambiental na sociedade de risco*. São Paulo: Editora, 2012.
- BERWIG, Juliane Atmann. *Direito dos desastres na exploração offshore do petróleo*. Curitiba: Juruá, 2015.
- BRASIL. *Lei Nº 4.118, de 27 de agosto de 1962*. Dispõe sobre a política nacional de energia nuclear, cria a Comissão Nacional de Energia Nuclear, e dá outras providências .. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L4118.htm>. Acesso em: 13 dez. 2018. (BRASIL, 1962)
- BRASIL. *Lei n. 6.453 de 17 de outubro de 1977*. Dispõe sobre a responsabilidade civil por danos nucleares e a responsabilidade criminal por atos relacionados com atividades nucleares e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6453.htm>. Acesso em: 13 dez. 2018. (BRASIL, 1977)
- BRASIL. *Lei 6.938 de 31 de agosto de 1981*. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/16938.htm>. Acesso em: 13 dez. 2018. (BRASIL, 1981)
- BRASIL. *Lei 9.425 de 24 de dezembro de 1996*. Dispõe sobre a concessão

- de pensão especial às vítimas do acidente nuclear ocorrido em Goiânia, Goiás. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9425.htm>. Acesso em: 13 dez. 2018. (BRASIL, 1996)
- BRASIL. *Lei nº. 14.226 de 08 de julho de 2002*. Disponível em: <http://www.gabinetecivil.goias.gov.br/leis_ordinarias/2002/lei_14226.htm>. Acesso em: 13 dez. 2018. (BRASIL, 2002)
- BRASIL. BIODIESELBR. *Energia Nuclear no Brasil. 2006*. Disponível em: <<http://www.biodieselbr.com/energia/nuclear/brasil-energia-nuclear.htm>>. Acesso em: 13 dez. 2018. (BRASIL, 2006)
- BRASIL. *Lei nº 12.608, de 10 de abril de 2012*. Institui a Política Nacional de Proteção e Defesa Civil - PNPDEC; dispõe sobre o Sistema Nacional de Proteção e Defesa Civil - SINPDEC e o Conselho Nacional de Proteção e Defesa Civil - CONPDEC; autoriza a criação de sistema de informações e monitoramento de desastres; altera as Leis nos 12.340, de 10 de dezembro de 2010, 10.257, de 10 de julho de 2001, 6.766, de 19 de dezembro de 1979, 8.239, de 4 de outubro de 1991, e 9.394, de 20 de dezembro de 1996; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12608.htm>. Acesso em: 13 dez. 2018. (BRASIL, 2012)
- BRASIL. COMISSÃO NACIONAL DE ENERGIA NUCLEAR. *Competências*. Disponível em: <<http://www.cnen.gov.br/acnen/inf-competencias.asp>>. Acesso em: 13 dez. 2018. (BRASIL, 2018)
- BRASIL. MINISTÉRIO DA INTEGRAÇÃO NACIONAL. Secretaria Nacional de Defesa Civil. *Política Nacional de Defesa Civil. 2000*. Disponível em: <http://www.integracao.gov.br/c/document_library/get_file?uuid=6aa2e891-98f6-48a6-8f47-147552c57f94&groupId=10157>. Acesso em: 12 dez. 2018. (BRASIL, 2000)
- BRASIL. MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE. AGENDA21. *Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento. 2001*. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/publicacoes/item/682-cap%C3%A9Dtulo-22.html>>. Acesso em: 13 dez. 2018. (BRASIL, 2001)
- BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *REsp nº 1677459/GO*. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201303653607&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>>. Acesso em: 13 dez. 2018.
- BRASIL. TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL (1º Região). *Ação civil pública nº 95.00.08505-4*. Disponível em: <<http://processual.trf1.jus.br/consulta>>

- Processual/processo.php?proc=9500085054&xsecao=JFGO>. Acesso em: 13 dez. 2018.
- BRASIL. TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL (1º Região). *Apelação nº 2001.01.00.014371-2*. Disponível em: <<https://processual.trf1.jus.br/consultaProcessual/processo.php?proc=200101000143712&xsecao=TR-F1&pg=1&enviar=Pesquisar>>. Acesso em: 13 dez. 2018.
- CARVALHO, Délton Winter de, DAMACENA, Fernanda Dalla Libera. *Direito dos Desastres*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.
- CARVALHO, Délton Winter de. *Dano ambiental futuro: a responsabilização civil pelo risco ambiental*. 2. ed., rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.
- CARVALHO, Délton Winter de. Por um direito dos desastres ambientais. In STRECK, Lênio Luiz, ROCHA, Leonel Severo e ENGELMAN, Wilson (Org.). *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica*: anuário do Programa de Pós- Graduação em Direito da UNISINOS. mestrado e doutorado. n 09. Porto Alegre: Livraria do Advogado; São Leopoldo: UNISINOS: 2012.
- CORREIO BRAZILIENSE. *CÉSIO 137: 30 anos de um inimigo invisível*. 03 de setembro de 2017. Disponível em: <<https://especiais.correiobraziliense.net.br/cesio137/>>. Acesso em: 13 dez. 2018.
- ESTADO DE GOIÁS. *Lei nº 10.977, de 03 de outubro de 1989*. Dispõe sobre a concessão de pensão especial às vítimas do acidente nuclear ocorrido em Goiânia, Goiás. Disponível em: <http://www.gabcivil.go.gov.br/leis_ordinarias/1989/lei_10977.htm>. Acesso em: 13 dez. 2018. (ESTADO DE GOIÁS, 1989)
- ESTADO DE GOIÁS. Secretaria de Estado da Casa Civil. *Lei nº 17.257, de 25 de janeiro de 2011*. Dispõe sobre a organização administrativa do Poder Executivo e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9425.htm>. Acesso em: 13 dez. 2018. (ESTADO DE GOIÁS, 2011a).
- ESTADO DE GOIÁS. Secretaria de Estado da Casa Civil. *Lei nº 17.430, de 05 de outubro de 2011*. Cria as unidades administrativas complementares descentralizadas de saúde que especifica, na Secretaria de Estado da Saúde. Disponível em: <http://www.gabinetecivil.goias.gov.br/leis_ordinarias/2011/lei_17430.htm>. Acesso em: 13 dez. 2018. (ESTADO DE GOIÁS, 2011b).

- ESTADO DE GOIÁS. Secretaria de Estado da Saúde de Goiás. *Revista Césio 137, 25 anos: uma história para lembrar e prevenir*. 2016. Disponível em: <http://www.sgc.goias.gov.br/upload/links/arq_463_RevistaCesio-25anos.pdf>. Acesso em: 12 dez. 2018. (ESTADO DE GOIÁS, 2016).
- ESTADO DE GOIÁS. CÉSIO 137 GOIÂNIA (a). *A história do acidente radiológico em Goiânia, 2017*. Disponível em: <<http://www.cesio137goiania.go.gov.br/o-acidente/>>. Acesso em: 12 dez. 2018 (ESTADO DE GOIÁS, 2017a).
- ESTADO DE GOIÁS. CÉSIO 137 GOIÂNIA (b). *Conferência Internacional Conjunta Radio, 2017*. Disponível em: <<http://www.cesio137goiania.go.gov.br/decimo-post-teste/>>. Acesso em: 13 dez. 2018 (ESTADO DE GOIÁS, 2017b).
- ESTADO DE GOIÁS. SECRETARIA DA SAÚDE. *Centro Estadual de Assistência aos Radioacidentados Leide das Neves*. Disponível em: <<http://www.saude.go.gov.br/?unidades=centro-de-assistencia-aos-radioacidentados-c-a-ra>>. Acesso em: 13 dez. 2018. (ESTADO DE GOIÁS, 2018a).
- ESTADO DE GOIÁS. SECRETARIA DA SAÚDE. *Comitê de Ética em Pesquisa vinculado diretamente ao Centro de Excelência em Ensino, Pesquisa e Projetos “Leide das Neves Ferreira”*. Disponível em: <<http://www.saude.go.gov.br/comite-de-etica-em-pesquisa-do-centro-de-excelencia-em-ensino-pesquisas-e-projetos-leide-das-neves-ferreira/>>. Acesso em: 13 dez. 2018. (ESTADO DE GOIÁS, 2018b).
- EVANGELISTA, Itelmar Raydan. *Acidente Radiológico Césio 137: Uma abordagem crítica sobre os limites da responsabilidade ambiental reconhecida pelo tribunal federal da primeira região em razão do fato ocorrido em Goiânia*. Revista de Estudos Jurídicos UNESP, São Paulo, n. 25, p. 373-402. 2013. Disponível em: <<http://seer.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/article/view/870>>. Acesso em: 13 dez. 2018.
- G1. *Após 30 anos, maioria das áreas que tiveram alto índice de radiação do césio-137 está ocupada*. 2017. Disponível em: <<https://g1.globo.com/goias/noticia/apos-30-anos-maioria-das-areas-que-tiveram-alto-indice-de-radiacao-do-cesio-137-esta-ocupada.ghtml>>. Acesso em: 12 dez. 2018.
- MORATO LEITE, José Rubens (Coord.). *Manual de Direito Ambiental*. São Paulo: Saraiva, 2015.

- MORATO LEITE, José Rubens; BELCHIOR, Germana Parente Neiva. Dano ambiental na sociedade de risco: uma visão introdutória. In: MORATO LEITE, José Rubens (org). *Dano ambiental na sociedade de risco*. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.
- OKUNO, Emico. *Efeitos Biológicos das Radiações Ionizantes: Acidente Radiológico de Goiânia*. Estudos Avançados v. 27, n. 77, São Paulo, 2013. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142013000100014>. Acesso em: 12 dez. 2018.
- THE INTERNATIONAL NUCLEAR AND RADIOLOGICAL EVENT SCALE. Disponível em:<<http://www.iaea.org/Publications/Factsheets/English/ines.pdf>>. Acesso em: 12 dez. 2018.
- VIEIRA, Suzana de Alencar. *Césio, o drama azul: irradiação em narrativas*. Goiânia: Cãnone Editorial, 2014.
- WIKIPEDIA. *CONTADOR Geiger-Müller*. Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Contador_Geiger>. Acesso em: 12 dez. 2018.

Recebido em 02 de agosto de 2017.

Aprovado em 12 de setembro de 2018.

América Latina e grupos historicamente excluídos: repensando a soberania popular

Latin America and historically excluded groups: rethinking popular sovereignty

Elísio Augusto Velloso Bastos*
Centro Universitário do Pará, Belém – PA, Brasil.

João Gabriel Conceição Soares**
Universidade Federal do Pará, Belém – PA, Brasil.

1. Introdução

Dentro de uma (re)contextualização do constitucionalismo latino-americano, é sensato perceber que se trata de um constitucionalismo que não é historicamente o mesmo desde a promulgação das primeiras Constituições, seguindo uma trajetória de crescente incorporação de sujeitos e direitos. Cada período histórico foi amoldado à necessidade da época, mesmo que se tenha tornado substituível com a nova formação estrutural e de pensamento da sociedade.

Havendo um novo contexto social, haverá uma nova Constituição, formalmente modificada ou materialmente reinterpretada, justamente o ponto principal deste trabalho: a adaptação e novo contexto sociopolítico que

* Doutor em Direito do Estado pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Professor em Direitos Humanos e em Teoria Geral da Constituição (Graduação) e em Teoria da Constituição: mecanismos de tutela da norma constitucional (Mestrado) do Centro Universitário do Pará - CESUPA. Advogado em Belém. Procurador do Estado do Pará. E-mail: elisiobastos@oi.com.br.

** Mestrando em Direito (sublinha de pesquisa: Proteção Multinível de Direitos Humanos) pela Faculdade de Direito da Universidade Federal do Pará. Pós-graduando em Direito Público pela PUC-MG. Pesquisador do Laboratório em Justiça Global e Direitos Humanos na Amazônia. Membro da Liga Acadêmica de Direito do Estado. E-mail: jgabrielcsoares@hotmail.com.

acompanhou a região da América Latina, primordial a alcançar a terceira fase do constitucionalismo latino-americano e sua incorporação multicultural até alcançar plurinacionalidades.

O fenômeno compreende novos sujeitos que historicamente estiveram excluídos e vulnerabilizados de uma proteção constitucional efetiva, especificados neste trabalho como “bloco social dos oprimidos”, sendo sete rostos de formação que se voltam à nova compreensão de soberania popular, portanto, passaram a formar, inclusive, um “novo” povo latino-americano, mais multicultural, plural e empático.

Dentro da clássica teoria constitucional, este conceito de povo remonta à titularidade do Poder Constituinte, que, neste constitucionalismo, configura-se dentro de uma importância do Poder Constituinte Originário (tendo em vista seu alcance popular e por considerar a originalidade dos povos latino-americanos) e à extrema limitação do Poder Constituinte Derivado (afinal, as alterações ou modificações devem corresponder à vontade do povo) e, conseqüentemente, negros, povos “indígenas”, mestiços, criollos, camponeses são reconhecidos como efetivos sujeitos de direito, formando um novo viés de um constitucionalismo participativo, democrático e emancipatório.

Em relação ao aspecto metodológico, o estudo é predominantemente teórico-descritivo, sustentado na análise dos conceitos da filosofia da libertação e corpo dos oprimidos, assim como à sociologia das ausências e emergências, buscando compreender a inclusão de sujeitos historicamente excluídos como manifestação de uma formulação de Poder Constituinte essencialmente latino-americana. No intento de responder às questões apresentadas, será discutida a relação da razão cosmopolita à razão latino-americana decolonial e, em seguida, será abordada a estruturação do Novo Constitucionalismo Latino-Americano. Por fim, argumentar-se-á os rostos excluídos e a imperiosidade de sua inclusão nos diplomas constitucionais, assim como à formação de um novo corpo constituinte na América Latina.

2. América Latina, Novo Constitucionalismo e razão cosmopolita

Historicamente, o modelo constitucional latino-americano desconsiderou a existência dos múltiplos sujeitos presentes na realidade da região. Partindo dos conceitos de sociologia da ausência e emergência, impõe-se como necessária a compreensão de diferentes culturas e diferentes formas

de interação entre cultura e conhecimento nestes novos modelos constitucionais, até porque “a experiência social em todo o mundo é muito mais ampla e variada do que o que a tradição científica ou filosófica ocidental conhece e considera importante”.¹

Neste sentido, a apresentação de sujeitos historicamente excluídos conformando uma nova titularidade ao Poder Constituinte será abordada, inicialmente, dentro do referencial teórico de razão cosmopolita desenvolvida através das sociologias da ausência, emergência e do processo de tradução, abaixo desenvolvidos.

Por conseguinte, a ciência social desenvolvida pelo Ocidente leva a um estágio de desperdício de experiência, por isso é necessário reconstruir o modelo de racionalidade (a razão indolente x razão cosmopolita).

Tendo em vista o modelo de racionalidade das ciências sociais modernas, desenvolvido a partir da revolução científica do século XVI, o modelo de “razão indolente subjaz, nas suas várias formas, ao conhecimento hegemónico, tanto filosófico como científico, produzido no Ocidente nos últimos duzentos anos”² e nega outras formas de conhecimento que não possuam iguais princípios epistemológicos e regras metodológicas. Então, é um método mecanicista, empírico e progressista, que elabora leis gerais e permite a indolência ser explicada e criticada pelo autor. Neste sentido, apresenta quatro formas diferentes de razão: a) razão impotente (não há exercício racional porque nada se pode fazer contra uma necessidade concebida como exterior); b) razão arrogante (não há necessidade de exercer a racionalidade porque se imagina incondicionalmente livre, inclusive livre da necessidade de demonstrar a liberdade); c) razão metonímica (reivindica-se como única forma de racionalidade e se não debruça a descobrir outras razões ou as subjaz como matérias-primas de uma racionalidade maior); d) razão proléptica (não se aplica a pensar no futuro porque concebe um rumo linear, automático e infinito do presente).³

Esta reformulação parte de três pontos argumentativos: a) que a compreensão do mundo excede a compreensão ocidental de mundo; b) que a compreensão de mundo e a criação/legitimação do poder social são diretamente relacionáveis às concepções de tempo e temporalidade.

1 SANTOS, 2002, p. 238.

2 SANTOS, 2002, p. 240.

3 SANTOS, 2002.

dade; c) que a concepção ocidental de racionalidade contrai o presente e expande o futuro.

A compreensão de racionalidade cosmopolita busca alcançar justamente o inverso: expandir o presente e contrair o futuro e, somente desta forma, seria possível valorizar inesgotáveis experiências sociais em curso. Então, para expandir o presente, propõe uma sociologia das ausências e para contrair o futuro, propõe uma sociologia das emergências. Ao fim, substitui a criação de uma teoria geral/universal/homogênea por processos de tradução, que criam inteligibilidades mútuas entre as experiências possíveis (futuro) e disponíveis (presente).

Em relação à razão metonímica, significa considerar uma totalidade sob a forma de ordem, ou seja, o todo tem primazia sobre as partes que o compõem sob uma justificativa de ordenação, “por isso, há apenas uma lógica que governa tanto o comportamento do todo como o de cada uma das suas partes. Há, pois, uma homogeneidade entre o todo e as partes”.⁴ Porém, o todo é uma das partes transformada em termo de referência das demais, surgindo diversas dicotomias presentes na razão ocidental: conhecimento científico/ conhecimento tradicional; homem/mulher; civilizado/ primitivo; capital/trabalho; branco/negro; Norte/Sul; Ocidente/Oriente.

É uma razão que se afirma exclusiva e completa, mesmo advindo da eleição de uma das várias lógicas de racionalidade presentes no mundo, por isso “não é capaz de aceitar que a compreensão do mundo é muito mais do que a compreensão ocidental do mundo”.⁵ Nesta, todas as partes são pensadas conforme o todo, ou seja, nenhuma parte consegue ser pensada fora da relação com a totalidade, o que significa que o conhecimento tradicional não é inteligível sem a sua relação com o conhecimento científico ou que a mulher não é inteligível sem sua relação com o homem. Somente há vida se estiverem envolta dentro da relação com a totalidade elegida.

A razão metonímica, ao lado da razão proléptica, foi a resposta conferida pelo Ocidente à sua marginalização cultural e filosófica em relação ao Oriente e que aquele se constituiu a partir deste, apropriando-se daquilo que lhe interessava à expansão capitalista, ignorando diversas outras formas de compreender o mundo e os tempos, reduzindo o espectro de ex-

4 SANTOS, 2002, p. 242.

5 SANTOS, 2002, p. 239.

centricidades e multiplicidades ao mundo terreno e ao tempo linear. Nesta senda, “o Ocidente se apropriou produtivamente do mundo e transformou o Oriente num centro improdutivo e estagnado”⁶ e produziu violência, destruição e silenciamento daqueles conhecimentos-parte que foram sujeitados a ela.

Esta razão conduz a diversos processos de exclusão, daqueles projetos que não cabem na sua totalidade e no seu tempo linear. A produção de existência por uma monocultura racional desqualifica diversas formas de ação e o autor apresenta cinco lógicas que manifestam a produção de não-existência.⁷

A primeira delas é a monocultura do saber e do rigor do saber: o saber é reduzido à ciência moderna e critérios únicos de verdade e qualidade estética. O que não estiver neste enquadramento, é não-existente, ignorante, aculturado ou “estranho”. A segunda é a monocultura do tempo linear, em que há um sentido único e conhecido à história, que seria o caminho do progresso, da modernização e desenvolvimento. Aqui, os países centrais impõem conhecimentos e formas de sociabilidade que dominam, sendo naturalmente declarado assimétrico tudo aquilo que não estiver neste parâmetro de avanço.

A terceira delas é a lógica da classificação social, que consiste na estrutura hierarquizada por critérios raciais e sexuais, conseqüentemente criando uma relação de dominação alicerçada nesta lógica. Portanto, a não-existência é produzida sob a forma de inferioridade natural, logo trata o diferente como insuperavelmente inferior.

A quarta é a lógica da escala dominante, em que há um critério de dominação exposto ao viés de universalidade e globalização, então um critério universal passa a ser escala para qualquer realidade, independente de seu contexto específico, enquanto que a globalização privilegia realidades que alargam seu âmbito ao todo global. Nesta lógica, é não-existente aquele que se produz sob a forma do particular e do local, aprisionado em escalas que lhe incapacitam de ser alternativa credível ao que existe como universal e global.

Por fim, tem-se a lógica produtivista, pautada em critérios de produtividade capitalista e crescimento econômico, portanto a não-existência é

6 SANTOS, 2002, p. 244.

7 SANTOS, 2002.

relativa àqueles improdutivos (na natureza, é o estéril; no trabalho, é o preguiçoso ou desqualificado profissionalmente).

Nestas formas de não-existência, a razão metonímica exclui, respectivamente, o ignorante, o residual, o inferior, o local e o improdutivo, sendo partes desqualificadas de totalidades homogêneas, o que ratifica falar de desperdício de, pelo menos, cinco experiências.

Conseqüentemente, é neste contexto que atua a sociologia das ausências,⁸ apresentada dentro das seguintes cinco lógicas: a) ecologia dos saberes (identificação de outros saberes igualmente credíveis, afinal sempre haverá ignorância porque sempre haverá um saber desconhecido e desta noção de incompletude de todos os saberes decorre a possibilidade de diálogo epistemológico entre diferentes saberes. Supera a monocultura do saber científico, portanto); b) ecologia das temporalidades (a concepção temporal é apresentada para além do domínio do tempo linear, tendo em vista que “as sociedades entendem o poder a partir das concepções de temporalidade que nelas circulam”⁹, desta forma relativizando o tempo linear e valorizando outras temporalidades que a ele se articulam ou conflitam; c) ecologia dos reconhecimentos (dentro da lógica da classificação social, é possível definir protagonistas e privilegiados que determinam as condições de igualdade, porém esta lógica prima por abrir possibilidade a diferenças iguais, feita por reconhecimentos recíprocos. “Isto consiste na desconstrução tanto da diferença (em que medida a diferença é um produto da hierarquia?) como da hierarquia (em que medida a hierarquia é um produto da diferença?)”¹⁰

Em seguida, d) ecologia das trans-escalas (busca a recuperação do que não é efeito da globalização hegemônica e que se manifesta na esfera local, utilizando os conceitos de “desglobalização local” e “reglobalização contra-hegemônica” para dizer que há uma diversidade de práticas sociais localizadas igualmente válidas; e) ecologia da produtividade (busca a valorização dos sistemas alternativos de produção, como organizações econômicas populares, cooperativas agrárias, empresas de economia solidária, sendo que todos estes sistemas foram desacreditados pela economia produtivista capitalista. É uma ecologia que controverte o crescimento econômico e o paradigma desenvolvimentista).

8 SANTOS, 2002, p. 251.

9 SANTOS, 2002, p. 239.

10 SANTOS, 2002, p. 252.

A sociologia das ausências reconhece tais carências e busca propiciar campos de manifestação destas experiências existentes, assim como aumentar as possibilidades de experimentação social no futuro. É composta questionando a totalidade prevalente e identificando modos de confronto a esta totalidade sustentada pela razão metonímica, precisando transgredir a homogeneidade e exclusão apresentada e, transgredindo, torna-se uma alternativa crítica.

Nestes cinco domínios lógicos mencionados, revela a multiplicidade de práticas sociais desacreditadas a práticas hegemônicas e, enquanto a crítica da razão metonímica tem por objetivo dilatar o presente, a crítica da razão proléptica tem por objetivo contrair o futuro, invertendo completamente a lógica ocidental. Dilatar o presente significa apresentar novas possibilidades de manifestação cultural, anteriormente desconsideradas, e contrair o futuro significa eliminar ou atenuar a discrepância entre a concepção de futuro da sociedade e dos indivíduos.

Consequentemente, a sociologia das ausências atua para dilatar o primeiro, enquanto que a sociologia das emergências atua para contrair o segundo, ou seja, a primeira reconhece o “não-existente” como existente e igualmente disponível, ainda que marginalizado ou silenciado, enquanto que a segunda coloca a ausência como possibilidade para identificação de capacidades não plenamente formadas.

É justamente a investigação das alternativas que se enquadra na ampliação das possibilidades e expectativas comportadas, “ampliação simbólica dos saberes, práticas e agentes de modo a identificar neles as tendências de futuro (o Ainda-Não)”,¹¹ enquanto que a sociologia das ausências amplia as capacidades presentes que foram excluídas pela razão metonímica.

Em síntese, a sociologia das emergências consiste em “em substituir o vazio do futuro segundo o tempo linear por um futuro de possibilidades plurais e concretas, simultaneamente utópicas e realistas”.¹² Significa reconhecer o futuro como potência e potencialidade de manifestação:

[...] uma possibilidade incerta, mas nunca neutra; pode ser a possibilidade da utopia ou da salvação ou a possibilidade do desastre ou perdição. Esta incerteza faz com que toda a mudança tenha um elemento de acaso, de

11 SANTOS, 2002, p. 256.

12 SANTOS, 2002, p. 255.

perigo. É esta incerteza que, em meu entender, ao mesmo tempo que dilata o presente, contrai o futuro, tornando-o escasso e objecto de cuidado.¹³

Reitera-se que a sociologia das ausências expande o domínio das experiências sociais já disponíveis e essa multiplicação ou diversificação ocorre pela via da ecologia dos saberes, dos tempos, das diferenças, das escalas e das produções. A sociologia das emergências expande o domínio das experiências sociais possíveis e ocorre pela amplificação simbólica das pistas ou sinais. Afirma-se que estas compreensões tornam menos parcial o conhecimento das condições do possível (possibilitando conhecer melhor realidades investigadas) e fortalecê-las.

E isto significa a abertura a novos campos sociais: a) experiências de conhecimentos (conflitos e diálogos entre diferentes formas de conhecimento, por exemplo: jurisdições “indígenas”¹⁴ e autoridades tradicionais versus jurisdições modernas; medicina tradicional e medicina alternativa; b) experiências de desenvolvimento, trabalho e produção (conflitos e diálogos entre modos de produção diferentes, por exemplo: economia solidária versus capitalismo).

Segundo Boaventura, “organizações económicas populares (cooperativas, mutualidades, empresas autogeridas, associações de microcrédito); formas de redistribuição social focadas na cidadania e não na produtividade”;¹⁵ c) experiências de reconhecimento (conflitos e diálogos entre sistemas de classificação social, ou seja, ao passo de ambientes capitalistas, racistas e sexistas, coexistem multiculturalismos progressistas, constitucionalismos multiculturais e discriminações positivas em direitos coletivos e cidadania cultural e pós-nacional).

Também: d) experiências de democracia (conflitos e diálogos entre o modelo hegemônico de democracia representativa e manifestações de democracia participativa, por exemplo: formas de deliberação comunitária de comunidades “indígenas” ou rurais; e) experiências de comunicação e

13 SANTOS, 2002, p. 255.

14 A palavra “índio” (e suas derivações) foi utilizada pelos colonizadores europeus para designar o nativo colonizado da América, com o fim de obnubilar toda a tradição histórica destes povos ou nações originárias. Com ele, perdem-se conceitos como: autodeterminação, diversidade, direitos originários, valor da cultura e do conhecimento local (MAMANI, 2014), pelo que se evitará utilizá-la neste trabalho. Sendo referida, todavia, entre aspas, sempre que for utilizada.

15 SANTOS, 2002, p. 259.

de informação (conflitos e diálogos entre a comunicação global e os meios alternativos).

O elemento subjectivo da sociologia das ausências é a consciência cosmopolita e o inconformismo ante o desperdício da experiência. O elemento subjectivo da sociologia das emergências é a consciência antecipatória e o inconformismo ante uma carência cuja satisfação está no horizonte de possibilidades. [...] Enquanto a sociologia das ausências se move no campo das experiências sociais, a sociologia das emergências move-se no campo das expectativas sociais. [...] estas emoções estão presentes no inconformismo que move tanto a sociologia das ausências, como a sociologia das emergências.¹⁶

Em relação ao Novo Constitucionalismo Latino-Americano, a promulgação destas novas Constituições procura compreender este longo período histórico de inclusão dos referidos sujeitos e a falta de reconhecimento das diversas multiculturas regionais, o que significa retomar a compreensão das razões metonímica e proléptica, logo o desafio atual é propor novas formas de pensamento a essas totalidades e sentidos, afinal cabem muitas totalidades em um diálogo, que necessariamente serão parciais, “o que significa que todas as totalidades podem ser vistas como partes e todas as partes como totalidades”.¹⁷

O trabalho de tradução busca criar inteligibilidades recíprocas entre diversas experiências tanto as disponíveis quanto as possíveis, reveladas pelas sociologias das ausências e das emergências, é chamado de trabalho de tradução.¹⁸

16 SANTOS, 2002, p. 257.

17 SANTOS, 2002, p. 262.

18 “o trabalho de tradução visa esclarecer o que une e o que separa os diferentes movimentos e as diferentes práticas de modo a determinar as possibilidades e os limites da articulação ou agregação entre eles [...] visa criar inteligibilidade, coerência e articulação num mundo enriquecido por uma tal multiplicidade e diversidade” (SANTOS, 2002, p. 259), é um trabalho intelectual e político, sendo muito complexo por ter que considerar a diversidade de movimentos e organizações e pela relação entre saberes e culturas muito diversos. O trabalho é realizado da seguinte forma: o tradutor constrói uma argumentação cosmopolita entre conhecimentos, “assente na emoção cosmopolita de partilhar o mundo com quem não partilha o nosso saber ou a nossa experiência” (SANTOS, 2002, p. 272). O conceito de zona de contato é importante para definir o que será traduzido e cada zona de contato significa um campo social de diferentes práticas e conhecimentos interativos e pode envolver diferenças culturais selecionadas e parciais, sendo relevante ressaltar a inata dificuldade de diferentes premissas porque os conhecimentos e práticas não são comuns (o trabalho de tradução inclusive visa adequá-los à zona de contato), a dificuldade da linguagem diferente (mais dificultoso ainda quando há domínio de uma língua imperial ou

As experiências são vistas como totalidades parciais e o trabalho de tradução serve para relacionar os conceitos dentro de um procedimento de aplicação, afirmando ser “um trabalho de imaginação epistemológica e de imaginação democrática, com o objectivo de construir novas e plurais concepções de emancipação social sobre as ruínas da emancipação social automática do projecto moderno”.¹⁹

Os conceitos de sociologia das ausências, emergências e trabalho de tradução são necessários à razão cosmopolita apresentada pelas manifestações do Novo Constitucionalismo Latino-Americano. No contexto colonial, a anterior razão indolente subjaz um modelo de “colonialidade do poder”,²⁰ que domina inclusive as sociedades pós-coloniais e se manifesta no privilégio de determinar quem é o sujeito igual e o sujeito diferente dentro da lógica de uma racionalidade metonímica. A sociologia das ausências confronta esta colonialidade à finalidade de alcançar estes sujeitos historicamente vulnerabilizados²¹ e permitir manifestações multiculturais e plurinacionais.

Desta forma, cria-se um constitucionalismo próprio a entender que existem categorias que desejam e precisam se tornar visíveis à Constituição e almejam alcançar um novo “constitucionalismo emancipatório”, à sua perspectiva, por óbvio. A força normativa constitucional, assim, está vinculada ao reconhecimento destas multiculturas. São indivíduos que historicamente estiveram frágeis ao reconhecimento jurídico latino-americano, pois submetidos e sucumbiam ao ideal desenvolvimentista, imperialista, nacionalista e economicista hegemônico-dominante. Esta realidade, à moldura constitucional, pelo menos, tenta ser modificada, renovada.

Neste sentido, o recente constitucionalismo latino-americano faz questão de reconhecer e valorizar a diversidade de ordenamentos jurídicos e culturais, à medida que pressupõe que as manifestações culturais locais são essencialmente jurídicas e cabe à Constituição percebê-las e protegê-las.

colonial, podendo representar domínio ou opressão), a dificuldade dos silêncios ou diferentes ritmos de manifestação dos saberes e práticas e “a gestão do silêncio e a tradução do silêncio [como] uma das tarefas mais exigentes do trabalho de tradução”.

19 SANTOS, 2002, p. 273.

20 WALSH, 2007; QUIJANO, 2007; DUSSEL, 2001.

21 Utilizamos a expressão “vulnerabilizados” para dimensionar melhor como ocorre tal exclusão, pois o “outro” é quem os vulnerabiliza, não são “vulneráveis” naturalmente.

É com base neste ideal emancipatório que se sustenta que as nações latinas não tornaram a repetir discursos e teses constitucionais europeias ou estadunidenses de forma absoluta, em muito distantes da prática jurídica necessária à vivência da América Latina e, neste contexto, relaciona-se a filosofia da libertação dusseliana,²² que visa recuperar consideração a valores, visão de mundo e experiências originárias.

O Novo Constitucionalismo Latino, pautando-se em reconhecer novos sujeitos de direito e novos direitos a estes sujeitos, está mais próximo às perspectivas de proteção regional e, antes de tudo, visa alcançar aqueles que historicamente desejam ser ouvidos e ter participação cívica ativa.

Os governos limitares que tomaram o poder nos anos de 1970 no Cone Sul reformularam os critérios de inclusão e exclusão segundo seus princípios ideológicos. Desde o início, criaram categorias de indivíduos e instituições que deveriam ser excluídos da coletividade, porque eram alheios à nação, seu espírito, sua tradição, seu bem-estar e futuro [...]. A doutrina da segurança nacional determinava critérios bem definidos de inclusão e exclusão.²³

É uma teoria de dizer o Direito, mas apenas secundariamente e somente à perfeita medida em que a Constituição for reger o ordenamento; é, antes de tudo, uma teoria democrática da Constituição, que irá refletir a vontade do Poder Constituinte em um “constitucionalismo comprometido”²⁴ a romper com aquilo considerado imposto e imutável e avançando para a justiça social, igualdade e bem-estar do cidadão latino, tal como será demonstrado com a inclusão de sujeitos historicamente excluídos desta tradição constitucional.

2.1 Uma interseção necessária entre o reconhecimento de multiculturas, pluralismo jurídico e plurinacionalidades: a insurgência de um novo constitucionalismo

Este novo constitucionalismo, de raízes multiculturais sólidas, é um movimento social que se originou por reivindicações dos sujeitos historicamen-

22 DUSSEL, 1977.

23 RONIGER, SZNAJDER, 2004, p. 297.

24 VICIANO PASTOR, DALMAU, 2010, p. 5.

te excluídos do processo constituinte decisório nos países latino-americanos, primordialmente membros representativos das culturas locais.

É difícil definir uma única razão que fez culminar o surgimento deste fenômeno, porque há multiplicidade de fatores que convergem à promulgação das Constituições equatoriana (2008) e boliviana (2009), consideradas por Couso²⁵ os documentos jurídicos que manifestaram melhor as tendências deste Novo Constitucionalismo. Ao passo do reconhecimento deste novo fenômeno, entende-se que:

A partir dos anos 80, na trilha do processo de transição democrática, a maior parte da América Latina promulgou novas Constituições e/ou realizou importantes reformas constitucionais. Nesse período de reconstrução institucional, mesmo nas especificidades históricas, políticas e jurídicas de cada país, podem ser identificados elementos comuns relativos ao processo de ‘positivação constitucional’ e às ‘matérias’ privilegiadas nos novos textos constitucionais – ou seja, o conteúdo dos direitos constitucionalmente assegurados – que marcam um momento de sintomática expansão do Direito Constitucional na região e alimentam o debate sobre um ‘novo constitucionalismo latino-americano’.²⁶

É um fenômeno tido como uma evolução do “antigo” constitucionalismo latino-americano, que emergiu com a necessidade de superação das discriminações culturais que sempre estiveram presentes na realidade latina. Desta forma, a palavra-chave para o seu entendimento seria justamente a “necessidade”.²⁷ Alejandro Médici afirma que “nociones del monismo, la estatalidad, la sistematicidad y el cierre del Derecho moderno, parecen cada vez menos adecuadas para explicar su funcionamiento en sociedades atravesadas”.²⁸

A diversidade cultural é, sem dúvida, um dos desafios centrais com que se depara o constitucionalismo atual. Tal desafio se deve a dois problemas teóricos e práticos, que advêm da coexistência entre grupos humanos com diversas culturas no território de um mesmo Estado. Essa coexistência questiona cer-

25 COUSO, 2014.

26 MELO, 2011, p. 141.

27 COUSO, 2014.

28 MÉDICI, 2012, p. 330.

tas visões de conceitos centrais, como nação, cidadania ou igualdade, conceitos que foram pensados sob o marco dos projetos de Estados nacionais que desconsideravam os povos indígenas, seja ignorando-os ou pretendendo integrá-los a uma cultura nacional homogênea [...], para o constitucionalismo latinoamericano, a diversidade cultural implica em um desafio ainda maior, dotado de conotações próprias, [pois] problematiza seu indubitável estigma neocolonial.²⁹

Conforme Gargarella,³⁰ uma das principais perguntas que busca responder, seria como solucionar o problema da desigualdade social e sabe-se que muitos países não experimentaram um Estado Social propriamente dito na América Latina, portanto é um constitucionalismo resultado de décadas de conflitos sociais na região, forçando o pensamento de resgate da dignidade dos povos originários e reivindicação de seus direitos.

Esta ideologia conservadora se funda na inevitabilidade do choque cultural, de forma que a cultura mais forte deve prevalecer em detrimento dos direitos dos diferentes, das minorias, isto é aplicado entre nações com empreendimento de guerras preventivas; e também entre grupos culturais, étnicos, utilizando a diferença cultural como estereótipo legitimador da violência e da dominação dos grupos minoritários, aí os mesmos grupos, que privatizam o patrimônio público brasileiro; forjam um discurso nacionalista contra os indígenas.

Esta modelagem societal capitalista eurocêntrica é incapaz de valorizar algo situado fora da esfera da troca, como o mosaico de um país sociobiodiverso como o nosso, no plano cultural, linguístico, com mais de 100 grupos linguísticos na Amazônia; e 200 no Brasil inteiro.

A desvalorização dos saberes etnobotânicos e da epistemologia do sul através da rejeição dos saberes locais, por não terem validação pregressa do etnocentrismo religioso, do sócio darwinismo colonialista; ou hoje, do universalismo científico da monocultura dos saberes eurocêntrica de acordo com Boaventura de Sousa Santos.³¹

29 GRIJALVA, 2009, p. 115.

30 GARGARELLA, 2009.

31 VERAS NETO, 2015, p. 65.

Segundo Raquel Yrigoyen Fajardo,³² o Novo Constitucionalismo Latino pode ser chamado de constitucionalismo pluralista, tendo seu desenvolvimento realizado paulatinamente, aferível segundo a mutação evolutiva dos seguintes cursos históricos: o constitucionalismo multicultural, vivenciado de 1982 a 1988; o constitucionalismo pluricultural (de 1998 a 2005) e o constitucionalismo plurinacional (de 2006 a 2009).

No constitucionalismo multicultural houve a introdução do conceito de diversidade cultural, reconhecimento de direitos específicos à categoria “indígena” e direito à identidade cultural, assim como a configuração multicultural e multilíngue da sociedade. Neste ciclo, não há um reconhecimento direto e explícito do pluralismo jurídico, porém em alguns países já existiam normas secundárias que protegiam a justiça “indígena”, seja por herança histórica ou por combates internos aliviados pelo Convênio 107 da Organização Internacional do Trabalho.

No denominado constitucionalismo pluricultural adota-se o conceito de “nação multiétnica” e o conseqüente desenvolvimento do pluralismo jurídico dentro do ordenamento, com incorporação de direitos “indígenas” dentro do catálogo de direitos fundamentais.

Nesta fase, há a reafirmação da identidade e diversidade cultural reconhecida no primeiro ciclo, com desenvolvimento dos conceitos de nação multicultural e Estado Plurinacional, assim avançando para redefinir o caráter estatal em relação a multiculturas.

Desta forma, pluralismo e diversidade cultural são convertidos em princípios constitucionais, dando equilíbrio e força aos direitos “indígenas” e dos outros grupos historicamente excluídos, como os afrodescendentes; foram oficializados os idiomas “indígenas”, a educação bilíngue intercultural, o direito sobre as terras e novas formas de participação.

É a fase do reconhecimento da pluralidade de fontes, com autoridades “indígenas” aplicando normas e procedimentos próprios ou aplicando direito consuetudinário originário, por intermédio de funções jurisdicionais específicas. O multiculturalismo se dá tanto na aplicação quanto na produção normativa, assim como se dá pelo reconhecimento de organização pública e administração da justiça em seu espaço territorial e passam a ter jurisdição “indígena” originária campesina própria.

32 FAJARDO, 2004.

Por estes compromissos, o Poder Judiciário passou a incorporar mecanismos alternativos para resolução de conflitos, como a justiça de paz e a justiça “indígena”, quando fortaleceu a justiça comunitária e um efetivo pluralismo jurídico interno.

O Convênio 169 da OIT consagra o direito consuetudinário e métodos de controle de delitos aos povos “indígenas”. A limitação para sua aplicação é justamente a não-violação de direitos humanos, como expôs expressamente a Constituição peruana (1993), enquanto que as outras Constituições apontam que não deve haver ferida ou contradição ao texto constitucional.

Atualmente, admite-se que a jurisdição “indígena” tenha poder normativo próprio e que não se submeta totalmente às palavras legais e constitucionais. Então, a Corte Constitucional colombiana entendeu que as decisões de jurisdição “indígena” estariam restritas a não adotar a pena de morte, nem tortura ou qualquer forma de escravidão, aliado ao respeito de um devido processo legal substancial, por exemplo.

A Constituição venezuelana (1997) aponta que as instâncias de jurisdição “indígena” irão alcançar os povos “indígenas” e não todos os sujeitos que estiverem em território “indígena”, divergindo do entendimento das Constituições colombiana e peruana.

Por fim, o terceiro ciclo histórico consubstancia-se no denominado constitucionalismo plurinacional, elaborado no contexto de aprovação dos direitos dos povos “indígenas” pela Declaração das Nações Unidas. Neste, há a criação de um Estado plurinacional e um pluralismo jurídico igualitário.

A refundação do Estado proposta pelas Constituições equatoriana e boliviana tem foco no reconhecimento de raízes milenares “indígenas”, uma tradição histórica daquele território. Passam a atuar como agentes políticos soberanos, com poder de autogoverno e parte integrante do Poder Constituinte. Sendo um Estado Plurinacional, não é o Estado na figura de terceiro que reconhece os direitos, mas as comunidades “indígenas” que se impõem como integrantes do Estado e, assim, possuem poder decisório sobre os rumos do próprio Estado, resultado de um pacto entre os povos.

Coexistem os princípios da diversidade, multiculturalismo, interculturalidade, pluralismo legal comunitário, dignidade dos povos, fazendo reconhecer várias formas de participação política (a representação clássica, através do voto, a participação direta por consultas populares e, inclusive, a democracia comunitária, eleição e exercício da autoridade “indígena” pelos seus próprios procedimentos), como faz a Constituição boliviana (2009).

Portanto, segundo Idón Vargas,³³ Bolívia e Equador deram passos fundacionais a um constitucionalismo plurinacional comunitário, por incorporarem reflexivamente teorias de crítica constitucional produzida em nossa região. A promulgação destes dois textos constitucionais supõe incorporar as ideias de complexidade, reflexividade e pluralismo³⁴ e significa um momento político que não consegue ser compreendido com as lentes monoculturais e uninacionais do constitucionalismo liberal e tradicional, insuficiente para explicar a libertação de sociedades colonizadas e sua ruptura às relações tipicamente coloniais.

El reconocimiento del pluralismo sociocultural, nacional, político y jurídico; del derecho de las personas a identificación cultural (Constitución de Bolivia), y especialmente la consagración de los derechos de la naturaleza (Constitución de Ecuador), entre otras innovaciones, parecen reintegrar el ciclo complejo recursivo naturaleza-sociedad-individuo. Demais disso, “parece proponer, en Bolivia y Ecuador, una idea de supremacía constitucional, en parte, diversa. La supremacía estaría dada por ser la Constitución núcleo de sentido que coordina una pluralidad de saberes y prácticas jurídicas culturalmente enraizadas, en ese entendimiento, la idea de validez sustancial del constitucionalismo tradicional se mantiene, pero los significados constitucionales exigen, para su aplicación en situaciones concretas, una hermenéutica ‘pluritópica’.”³⁵

Na Constituição boliviana, o compromisso com o princípio da diversidade se expressa: a) na indicação explícita de “princípios ético-morais” de sociedade plural; b) na configuração de um sistema de governo participativa, representativa e comunitária; c) na composição de uma Assembleia Legislativa Plurinacional que proporcione participação proporcional dos povos e nações “indígenas”; d) na instauração do pluralismo jurídico, com a criação da jurisdição ordinária e da jurisdição “indígena”, que gozarão de igual hierarquia, além das competências jurisdicionais das entidades territoriais autônomas; e) na composição de um Tribunal Constitucional Plurinacional com membros eleitos pelo critério da plurinacionalidade; f) na criação do Conselho Eleitoral Plurinacional; g) na organização territo-

33 VARGAS, 2009.

34 MÉDICI, 2012.

35 MÉDICI, 2012, p. 339-340.

rial com autonomia a vários níveis, tais como autonomia dos departamentos, autonomia regional, autonomia municipal e autonomia dos territórios “indígenas”; h) na estrutura econômica do Estado que reconhece economia social e comunitária; i) no reconhecimento de direitos coletivos das nações e povos “indígenas”.³⁶

La Constitución de Bolivia en su capítulo segundo (principios, valores y fines del Estado), proclama expresamente en su artículo 9 como fin o función esencial del Estado, el cometido descolonizador como cimiento de una sociedad justa y armoniosa, sin discriminación ni explotación, basada en la justicia social plena y el pluralismo social el diálogo intercultural. El artículo 8 en sus dos incisos combina las tópicas de dignidad humana propias de los valores andinos, amazónicos y chaqueños con los del constitucionalismo demoliberal, tomando como eje articulador y armonizador de todos ellos: el vivir bien.³⁷

O Equador, em seguida, evidencia um reconhecimento da diversidade cultural no sentido formal desde 1998, mas que não se desenvolve proporcionalmente em políticas públicas, legislação e jurisprudência, afinal a antiga Constituição primava por um Estado pluricultural e multiétnico equatoriano e afirmava um amplo catálogo de direitos coletivos aos povos “indígenas”, mas contraditoriamente “nega, ou, ao menos, subvalora as próprias condições de existência dos povos cujas culturas busca defender e promover”.³⁸

Então, surge o Constitucionalismo Plurinacional a reestruturar a institucionalidade do Estado e ir além da mera integração formal de dimensões étnicas e culturais nos textos constitucionais. Em verdade, busca alcançar a instrumentalização de culturas distintas como foros de deliberação intercultural e democrática. As propostas de interculturalidade e plurinacionalidade são: a) dialógicas – comunicação e deliberação com o outro, para entendê-lo e respeitá-lo e diálogo também significa reconhecimento de direitos em nível intercultural, por exemplo, o direito das nacionalidades.

Ainda: b) concretizantes – buscar soluções específicas a situações individuais e complexas, à finalidade de alcançar um encontro entre norma e realidade cultural, inclusive a hermenêutica constitucional deve se compa-

36 SANCHEZ, 2009.

37 MÉDICI, 2012, p. 340.

38 GRIJALVA, 2009, p. 119.

tibilizar à interculturalidade e assim entender o ponto de vista da cultura distinta através de um diálogo de saberes antropológico; e c) garantista – as deliberações devem considerar a vigência intercultural de valores de direitos humanos e, portanto, os direitos fundamentais positivados só podem ser exercidos em relação à própria cultura e, ao inverso, tal direito à própria cultura não pode ser absolutizado a ponto de desconhecer núcleos essenciais interculturalmente definidos dos demais direitos constitucionais.

Trata-se de reconhecer o direito à identidade e diferença cultural ao marco dos direitos humanos na medida em que vão sendo definidos pelo estado plurinacional. Essas características, ainda que diferentes, são complementares e se demandam reciprocamente.³⁹

Então, enquanto a plurinacionalidade enfatiza autonomia e diferença, ou seja, se relaciona ao autogoverno e representação/participação política, a interculturalidade enfatiza a relação respeitosa entre atores distintos, ou seja, foca na relação sociocultural individual, “no entanto, nem a proposta de interculturalidade negava a dimensão de sujeitos políticos e econômicos dos povos “indígenas”, nem a defesa da plurinacionalidade desconhecia o caráter que a interculturalidade tem a desenvolver para as nacionalidades”,⁴⁰ logo ambas as posições se complementam e foram incluídas na vigente Constituição equatoriana.

Por serem sociedades pós-coloniais, impõem Estados pluriétnicos ou plurinacionais que se configuram com o reconhecimento de duas ou mais culturas nacionais, ou com todas existentes no país, ou seja, implica no reconhecimento do direito à autonomia das coletividades étnicas integrantes do país através de coexistência de diferentes formas de vida, cosmovisões sobre a relação entre pessoa-sociedade-natureza e direitos consuetudinários coexistindo com a organização e o direito do Estado.

No sentido estrito, esse tipo de Estado deixa de ser a personificação de uma só nacionalidade [...]. Os movimentos indígenas na América Latina têm assumido a exigência de configurar Estados pluriétnicos ou plurinacionais em seus respectivos países a partir do estabelecimento de novas relações entre os povos indígenas e o conjunto da sociedade nacional. Eles se baseiam em vários argumentos, dos quais mencionaremos apenas dois. O primeiro é que os Estados-

39 GRIJALVA, 2009.

40 GRIJALVA, 2009, p. 124.

-nações se configuraram negando injustamente a existência dos povos indígenas e dos seus direitos, [...] têm enquadrado a estrutura dos Estados-nações na América Latina como colonialista, pelas relações de opressão impostas e pelo despojo sistemático de suas terras, territórios e recursos naturais. O segundo argumento se baseia em seu direito à livre determinação: para exercer esse direito sob o marco de seus respectivos países, é imprescindível a eliminação das relações de opressão, dominação e despojo, enquanto são decididos os acordos para a configuração de Estados etnicamente plurais. [...] A opção pela autonomia pressupõe, assim, a formação de Estados pluriétnicos ou plurinacionais. É a aposta por um modelo de Estado que ofereça as condições favoráveis para o desenvolvimento de uma sociedade pluricultural, capaz de incluir as distintas formas sociais, culturais, políticas e econômicas das coletividades étnicas que se assentam no país. [Logo], há uma exigência de igualdade de direitos entre os grupos nacionais e um questionamento da estrutura do Estado-nação, [o que] conduz à conveniência de reformular os termos da relação com o Estado-nação pré-existente, de modo que este deixe de ser a representação de uma só identidade individual (de sua cultura e de seus valores), que as diversas nacionalidades ou grupos étnicos passem a modelar a vida do Estado, das instituições, dos valores, da política e da economia.⁴¹

Esta diversidade de culturas é tão grande que o Poder Judiciário também será mesclado. Na Bolívia, como visto, o Tribunal Constitucional será composto por autoridades provenientes de jurisdição “indígena” e ordinária.

Pela criação de instituições plurinacionais, é possível resolver casos de violação de direitos humanos de acordo com um diálogo intercultural, afinal têm poder de definição organizacional e institucional, sendo é evolutivamente a fase mais próxima daquilo proposto como superação das razões metonímica e proléptica.

Partindo para as características comuns do Novo Constitucionalismo Latino, Baldi traduz o fenômeno nos seguintes termos:

- a) substituição da continuidade constitucional pela ruptura com o sistema anterior, com fortalecimento, no âmbito simbólico, da dimensão política da Constituição;
- b) capacidade inovadora dos textos, buscando a integração nacional e uma nova institucionalidade;

41 SANCHEZ, 2009, p. 77-78.

- c) fundamentação baseada em princípios, em detrimento de regras;
- d) extensão do próprio texto constitucional, em decorrência tanto do passado constitucional, quanto da complexidade dos temas, mas veiculada em linguagem acessível;
- e) proibição de que os poderes constituídos disponham da capacidade de reforma constitucional por si mesmos e, pois, um maior grau de rigidez, dependente de novo processo constituinte;
- f) busca de instrumentos que recomponham a relação entre soberania e governo, com a democracia participativa como complemento do sistema representativo;
- g) uma extensiva carta de direitos, com incorporação de tratados internacionais e integração de setores marginalizados;
- h) a passagem de um predomínio do controle difuso de constitucionalidade ao controle concentrado, incluindo-se fórmulas mistas;
- i) um novo modelo de “constituições econômicas”, simultâneo a um forte compromisso de integração latino-americana de cunho não meramente econômico.⁴²

Este movimento, portanto, propõe uma nova institucionalização do Estado, abarcando um plurinacionalismo, interculturalidade e multiculturalismo,⁴³ baseado em novas autonomias e múltiplos sujeitos, à interposição de uma democracia intercultural e individualidades particulares e coletivas.⁴⁴

As premissas comuns deste constitucionalismo caracterizam-se por haver uma substituição da continuidade constitucional harmônica pela ruptura institucional; inovação do regramento legal, pautado em uma dimensão principiológica; extensão da linguagem constitucional em termos acessíveis e regionais; proibição de que a reforma constitucional seja estabelecida pelos poderes constituídos; maior rigidez no processo constituinte, inclusive com uma posterior aprovação do documento redigido; reconstrução do sistema de democracia participativa, representativa e comunitária; e, por fim, a integração dos povos e seus naturais.⁴⁵

42 BALDI, 2011, s/n.

43 SILVA, 2008.

44 DANTAS apud ALVES, 2012.

45 ALVES, 2012.

O novo constitucionalismo latino-americano promove uma ressignificação de conceitos, como legitimidade e participação popular [...] de modo a incorporar as reivindicações das parcelas historicamente excluídas do processo decisório, notadamente a população indígena. A título exemplificativo, veja-se o artigo 8º da Constituição Boliviana de 2009, em que se consagra como princípio ético-moral o “Sumak kamaña” ou o “Sumak kawsay” – “viver bem” em quéchua, língua nativa dos índios.⁴⁶

Como dito, a legitimidade e a participação popular são reafirmadas com a incorporação de direitos que significam uma nova ordenação constitucional, atendendo a reivindicação legal de sujeitos que sequer estavam protegidos nas Constituições latino-americanas anteriores. É um constitucionalismo de raiz multicultural, confirmado com a positivação do princípio ético-moral do *Sumak kamaña* ou *Sumak kawsay* como princípio regente para reorganizar as sociedades nacionais, colacionado no artigo oitavo da Constituição boliviana. Em linguagem quéchua, nativa do povo “indígena”, significa “viver bem”.

Segundo compreensão de Boaventura de Sousa Santos,⁴⁷ existem dois conceitos de nação: o primeiro é um termo liberal, quando a nação unifica-se ao Estado, logo, “uma nação, um Estado”; o segundo conceito é perfeitamente traduzido a esta realidade proposta, desenvolvido pelos povos “indígenas”, que se relaciona com a autodeterminação dos povos, ou seja, há uma nação que compreende a amplitude das tradições originárias. Novamente a Constituição boliviana merece destaque ao incorporar o direito “indígena” em 80 (oitenta) dos seus 411 (quatrocentos e onze artigos).

[...] a plurinacionalidade obriga a refundação do Estado dito moderno, porque combina diferentes conceitos de nação dentro de um mesmo Estado. A radicalidade do discurso plurinacional está em: (1) reconhecer as identidades étnicas originárias como nacionalidades; e (2) igualar juridicamente os coletivos étnicos a nações, ao maximizar o valor da diversidade cultural, tal como revela o texto constitucional equatoriano.⁴⁸

46 ALVES, 2012, p. 141.

47 SANTOS, 2007.

48 BELTRÃO, OLIVEIRA, 2015, p. 250.

Portanto, os novos valores buscados pelo recente constitucionalismo latino-americano são justamente a inclusão dos povos originários, o plurinacionalismo, a maior efetividade constitucional, o multiculturalismo, a eficácia participativa, dentre outros valores emancipatórios a grupos e sujeitos historicamente excluídos.

Seu Estado Plurinacional é regido por diversas culturas que nitidamente são manifestadas em países historicamente dominados como colônias, não possuindo tradição constitucional revolucionária e, propondo a independência social e jurídica do constitucionalismo tradicional e a criação de um Estado efetivamente emancipatório, é um movimento jurídico que busca efetivar a participação e a democracia em compatibilidade com a pluralidade cultural e política.

O que se está assistindo presentemente no continente latino-americano não é ao fim de um modelo histórico político-jurídico, mas aos primeiros indícios de um novo período institucional, ainda em fase de transição paradigmática. [...] Em suma, a marginalidade e a exclusão segregadora das populações latino-americanas, na presente crise da totalidade moderna, acabam por permitir uma tomada de consciência da sua própria condição de dependência, favorecendo a criação de processos emancipadores [...] vão de encontro às tendências mais recentes do novo constitucionalismo na América Latina, onde a questão central presentemente passa pela refundação do espaço político, pela introdução de um paradigma do Estado Plurinacional.⁴⁹

Vimos que o fenômeno nasce da necessidade de trazer profundas alterações nas formas de organização de poder estatal, na participação popular, na vigência de direitos fundamentais, na busca por um papel ativo e emancipatório da sociedade e na maior integração populacional. Demais disso, a argumentação deste trabalho segue a apresentar os sujeitos historicamente excluídos e especificamente a nova conformação e titularidade do Poder Constituinte.

49 WOLKMER, FAGUNDES, 2013, p. 339-340.

3. Vulnerabilização de certos grupos sociais na América Latina: a entrada de sujeitos ausentes na história oficial e formação de um corpo de oprimidos

Inicialmente, a exploração colonialista europeia veio buscar o “outro” em territórios distantes, por viagens exaustivas, mas com finalidade de controlar, vencer. A proteção exercia um papel perfeitamente secundário ao ideal de domínio. O instinto colonizador europeu resultou em nações subjogadas e frágeis, moral e economicamente, mesmo séculos após o período do Colonialismo, colocando-as sob um aspecto de subalternidade e dominação. “Esse Outro não foi ‘des-coberto’ como Outro, mas foi ‘en-coberto’ como o ‘si-mesmo’ que a Europa já era desde sempre”.⁵⁰

A dominação se deu primeiramente pela exploração colonial fixada pelo critério da raça, desta forma impondo métodos históricos de controle e sujeição do trabalho, da cultura ou dos recursos, a fim de garantir retorno de capital e progresso econômico, à margem da aculturação dos povos originários.

Então, o critério “raça” foi usado para “legitimar” a dominação conquistada, rapidamente sujeitando alguns a condições de superiores, enquanto que outros eram os colonizados e explorados. Impuseram padrões de comportamento e poder que freavam toda manifestação de cultura local.

A dicotomia de valores entre colonizadores e colonizados permaneceu mesmo com o fim da escravidão na América espanhola e portuguesa, porque o discurso de civilizar permanecia. O conhecimento era pautado em produção europeia, ou seja, a cosmovisão dos povos originários latinos não tinha relevância na evolução constitucional da região, que apenas repetia a produção constitucional estrangeira e suprimia diversas formas de saber do povo latino. Àquela época, até as Constituições eram instrumentos de positivação desta exclusão.

[...] “modernidade” é um fenômeno “gestado” no velho continente europeu ao início da afirmação dos Estados unitários e que culmina com a invasão, a conquista e a colonização da América Latina [...]. Esse processo é peculiar não somente nas suas facetas econômico, político e social as quais representa, mas também no alto grau de influência epistemológica e de (de)formação dos arquétipos culturais dos povos latino-americanos.⁵¹

50 DUSSEL, 1993, p. 8.

51 WOLKMER, FAGUNDES, 2013, p. 333.

Então, os povos latino-americanos formaram sua identidade a partir deste processo de colonização e resistência, tendo influência epistemológica na formação do arquétipo cultural nacional e na manifestação política de suas Constituições.

Ainda em tempos recentes, há quem fundamente inferioridade, subalternidade e dependência ao eurocentrismo, assim como aculturação do “indígena” americano, ou seja, é vigente a imposição cultural do padrão do “Ser” europeu como superior e mais forte. Estas visões pretendem manifestar-se como libertação no recente constitucionalismo.

[...] ultrapassa o niilismo e o individualismo crítico pós-modernista, pauta-se por estratégias crítico-emancipadoras, desencadeando lutas descolonizadoras em diferentes frentes de libertação. Dos excluídos, das etnias discriminadas, dos sexos oprimidos, dos velhos descartados, das crianças exploradas, dos povos ignorados e, das culturas aniquiladas. Em suma, um paradigma crítico liberadora da política deve transgredir as fronteiras do que é hegemônico, assumindo compromisso com a prática política do “outro” [...]. Há de se considerar, portanto, que o Direito tem sua raiz no ser humano. Sem dúvida, é o outro que dará sempre a pauta de uma busca histórica do ser real, dos direitos humanos, da justiça e do “buen vivir”. Mas, particularmente, a juridicidade moderna, por ser excludente, formalista e desumanizadora, será superada por uma episteme crítica e emancipador [...] quando o outro seja reconhecido dignamente em sua identidade, em sua diversidade e em sua dimensão intercultural.⁵²

Na filosofia da libertação dusseliana, propõe-se uma reflexão sobre a problemática concreta da realidade dos povos latino-americanos através de cinco categorias: proximidade, exterioridade, totalidade, alienação e libertação e percebe-se, pela segunda categoria (exterioridade), a dimensão de exclusão do outro, como um sujeito à parte de uma proteção pelo sistema jurídico, ou seja, é o excluído.

A figura do “outro” aparece como o não-habitual, o diferente e extraordinário, ou seja, é a exterioridade do sistema, revelando-se como “o pobre, o oprimido; aquele que à beira do caminho, fora do sistema, mostrar seu rosto sofredor”.⁵³ De um lado, há um “ser” considerado como fundamen-

52 WOLKMER, 2015, p. 99-100.

53 DUSSEL, 1977, p. 48.

to do sistema-mundo (que se aproxima à estratégia civilizatória europeia para dominação) e o “outro”, considerado como não-ser, entendidos como inumanos, inferiores, não civilizados,⁵⁴ subjugados por meio de relações assimétricas e opressivas de poder.

Focando o debate no “eu” e no “outro” do pensamento moderno, segundo Ivanilde Oliveira e Alder Dias,⁵⁵ a experiência fundamental desta filosofia consiste justamente na percepção do sujeito-outro, anterior a qualquer reflexão de cunho intelectualista e subjetivista.

[...] consiste em descobrir o “fato” opressivo da dominação, em que sujeitos se constituem “senhores” de outros sujeitos, no plano mundial (desde o início da expansão europeia em 1492; fato constitutivo que deu origem à “Modernidade”), centro-Periferia; no plano nacional (elites-massas, burguesia nacional-classe operária e povo); no plano erótico (homem-mulher); no plano pedagógico (cultura imperial, elitista, versus cultura periférica, popular, etc.); no plano religioso (o fetichismo em todos os níveis).⁵⁶

Dentro da nova realidade latina, são os excluídos e os oprimidos quem pretenderão compor a reinvenção do espaço público, à finalidade de alcançar um novo paradigma plurinacional, multicultural e emancipador. Enrique Dussel⁵⁷ classifica-os como “bloco social de oprimidos”, que, divididos em sete categorias, serão individualmente explicados, utilizando-se da exposição argumentativa de Antonio Carlos Wolkmer e Lucas Machado Fagundes.⁵⁸

A confiança de Dussel no povo como um sujeito coletivo a se constituir conforme a conjuntura, formando o “bloco social dos oprimidos” encontra no caldo político dos três países uma expressão da constituição de um sujeito coletivo político que logrou afirmar-se em torno de uma linha política mais ou menos comum (novas constituições e refundação do estado). Proximamente a noção gramsciana de “bloco histórico”, o povo na acepção dusseliana

54 DUSSEL, 1992.

55 OLIVEIRA, DIAS, 2012.

56 DUSSEL, 1995, p. 18.

57 DUSSEL, 1993.

58 WOLKMER, FAGUNDES, 2013.

pode ser considerado assim como o sujeito coletivo político do novo constitucionalismo latino-americano. Seu critério da exterioridade permite visualizar assim os oprimidos e excluídos exercendo de fato sua potencia, como experiência histórica, e não como mera idealização teórica [...] Uma evidência desta ofensiva anti-hegemônica, por exemplo, no âmbito da contra-ideologia, observa-se nos preâmbulos das Constituições, que mencionam o histórico de espoliação dos povos originários, as lutas populares, a exploração econômica e a miséria e a própria constituição como obra histórica destas classes.⁵⁹

Partindo desta pressuposição, Enrique Dussel⁶⁰ elabora uma filosofia da libertação⁶¹ que intenta alcançar a razão deste sujeito excluído. É uma teoria sobre o repensar dos direitos humanos dos povos latino-americanos, então não é propriamente uma escola teórica de filosofia, mas um movimento sociopolítico de libertação, desenvolvendo-se ao lado da Teologia da Libertação e Pedagogia da Libertação, ambas com finalidade de fundamentar uma dimensão humanista a partir da América Latina e, neste intento, seria até mais próximo falar de “filosofias da libertação”, portanto.

Historicamente falando, há uma relação entre esta filosofia com os direitos humanos, que são oriundos da Modernidade e que, por um lado, podem conduzir a processos emancipatórios, mas que também podem servir a uma universalidade de ideologização excludente (pressupostos dogmáticos, historicistas, eurocêntricos e etnocêntricos), sendo esta contraposição o ponto de ligação entre os conceitos.

O processo civilizatório europeu impôs uma eticidade de contraposições, sendo culturas não-europeias compreendidas como bárbaras, marginais, a cultura “outro”, então Boaventura⁶² afirma que são três as promessas maiores

59 ORIO, 2015, p. 106.

60 DUSSEL, 1977.

61 A filosofia moderna europeia, comumente utilizada dentro das universidades ocidentais contemporâneas, possui pressupostos distintos daquela apresentada como filosofia transmoderna latino-americana e, nesta senda, a primeira propunha um método de antíteses, quando uma teoria é contrastada por outra teoria e esta contestação faz surgir uma terceira teoria, ou seja, as duas primeiras são contrapostas e analisadas conjuntamente para criar uma nova teoria, que vem como síntese das anteriores, porém desta nova teoria advém uma nova-teoria-antítese e uma “nova” nova-teoria-síntese. Portanto, dialeticamente, continuam sucessivamente em um ciclo. Porém, a transfilosofia da libertação não utiliza deste método, pois remonta a uma opressão. Prima por demonstrar um pensamento do ser e pensar de uma forma não-filosófica, por se concentrar mais na realidade fática, observando suas nuances teóricas sem precisar criar uma antítese, mas modificando a si mesma (DUSSEL, 1977).

62 SANTOS, 2011.

da Modernidade: igualdade, liberdade e dominação da natureza, porém o mundo demonstra pobreza e discriminações, violências e conflitos sociais e raciais, assim como uma severa crise socioambiental e ecológica.

Neste sentido, declara-se como um pós-moderno opositor, em contraposição ao pós-moderno celebratório, que meramente declara quais são os desafios a serem enfrentados, afirmando que tais problemas mencionados seriam o ponto de partida à elaboração de uma teoria crítica pós-moderna.

Tal filosofia prevê conceitos de oprimido, estrutura a origem da opressão, assim como desenvolve o lugar de discurso da liberdade, sendo este o ponto para afirmar o que denomina de discurso possível, portanto, conectando a realidade latino-americana com um logos histórico, os valores da igualdade e liberdade devem ser conduzidos dentro de um processo de libertação e o lugar epistemológico desta filosofia é justamente o lugar do oprimido, por isso remonta-se a ideia de corpo dos oprimidos e, complementando o entendimento, Dussel⁶³ apresenta a Modernidade em significados ambíguos, também reforçando o aspecto emancipatório como visão positiva, afirmando um processo crítico para desenvolvimento histórico do ser humano.

Por fim, pensar direitos humanos criticamente perpassa à renovação na práxis da libertação, afirmando espaços políticos de luta e “empoderamento” a grupos vulnerabilizados, sendo relacionáveis à filosofia elaborada na América Latina, ou seja, busca refletir sobre fundamentos jurídicos em uma região com vários povos historicamente excluídos, para que sejam possibilitem processos de efetivação de direitos humano-fundamentais.

Neste sentido, o oprimido é definido justamente como aqueles sujeitos que se apresentam em determinado contexto, mas sem fala, sem garantias, ou seja, a filosofia da libertação prima por dar voz a estes sujeitos historicamente excluídos, afirmando que os oprimidos são os “indígenas”, os agricultores, os trabalhadores urbanos, as mulheres latino-americanas, os idosos, os homossexuais e os estudantes e esta opressão se manifesta erótica, política, cultural e pedagógica.⁶⁴

[...] é o pobre na política (pessoa, classe, nação); a mulher na erótica machista; a criança, a juventude, o povo na pedagógica de dominação cultural. Todos os

63 DUSSEL, 1992.

64 Sobre tais opressões consultar Enrique Dussel (1977).

problemas e temas (da lógica, filosofia da linguagem, antropologia, metafísica etc.), assumem nova luz e novo sentido a partir do critério absoluto e conteúdo concreto (o contrário universal) de ser a filosofia a arma da libertação dos indivíduos.⁶⁵

É necessário reformular um paradigma crítico a compreender a participação democrática de alguns sujeitos oprimidos historicamente, abaixo demonstrados.

O ponto de partida do paradigma crítico da política é, para Dussel, a negatividade do mundo da vida, “fator determinante para que a ordem política vigente inviabilize a reprodução da vida e a participação legítima, democrática, dos oprimidos do processo de globalização”. No paradigma da política crítica liberadora deve-se, além de comprometer-se com os sujeitos subalternos excluídos, buscar organizar a prática política dos movimentos sociais em suas diversidades (indígenas, afrodescendentes, camponeses, minorias raciais) e contribuir para edificar alternativas para o sistema político, jurídico, econômico, ecológico e educativo.⁶⁶

A primeira figura que historicamente esteve excluída e marginalizada do processo decisório são os povos “indígenas”,⁶⁷ deformados culturalmente e vivenciando uma realidade que não lhes era compatível. Foram dizimados a fim de manifestar a religiosidade cristã europeia e repetir os comandos dos chefes de expedição, condenados por sua (cosmo) visão de mundo, considerados atrasados culturalmente e merecedores de sacrifícios, por não dotarem sabedoria moderna e racionalidade superior; eram infantis, ignorantes e até bestiais.

O segundo rosto excluído é o do negro escravo, marcados como seres de capacidade intelectual reduzida, quando apenas serviriam para realizar trabalhos braçais aos mandos dos seus colonos. Humilhados fisicamente, não possuíam privacidade alguma para recusar o toque europeu, que muitas vezes servia como instrumento de abuso sexual ou para verificar avarias

65 DUSSEL, 1977, p. 248.

66 WOLKMER, 2015, p. 99.

67 É necessário ressaltar que, dentro deste novo constitucionalismo, sua conformação jurídica se dá com a importância de uma jurisdição especial “indígena”, inclusive.

no corpo dos negros. Tamanho, idade e força, apenas e o negro acabava se resumindo a isto:

Em Cartagena de Índias, o mesmo podia acontecer numa colônia inglesa, portuguesa ou francesa, tirava-se a roupa dos africanos, homens e mulheres, e eram colocados em lugares visíveis, no mercado. Os compradores apalpavam seus corpos para constatar sua constituição, apalpavam seus órgãos sexuais para observar o Estado de saúde de mulheres e homens; observavam seus dentes para ver se estavam em boas condições, e, segundo seu tamanho, idade e força, pagavam em moedas de ouro o valor de suas pessoas, de suas vidas. Depois eram marcados com ferro em brasa. Nunca na história humana tal número e de tal maneira coisificados como mercadorias, foram tratados membros de nenhuma raça. Outra glória da Modernidade.⁶⁸

O Novo Constitucionalismo latino-americano entende a existência um processo histórico discriminador de colonização a estes dois sujeitos, que merece reparo. Seus ancestrais sofreram inglorias discriminações e dores, que, atualmente, apresentam-se como falta de acesso a bens jurídicos relevantes, acesso a bens jurídicos relevantes, e falta de condições de fruição potencial plena de tais bens, ainda que acessados. Uma dívida histórica que as recentes Constituições latinas estão tentando solucionar, trazendo às luzes do direito todos estes sujeitos, pois somente agora está sendo reconhecido o passado colonial da América Latina.

O terceiro sujeito é representado pelos mestiços, os filhos de “malinche”, a traidora, com o europeu dominante. Poderia ser facilmente comparada com Iracema de José de Alencar na literatura nacional, que, mesmo não sofrendo a violência física dos dois primeiros sujeitos, referencia o ideal de dominação frente os colonizadores, dependentes por terem a cultura da mãe negada, reconhecida como inferior e por não serem mercedores o suficiente de exercer a cultura europeia, afinal tinham sangue “misturado”, autóctone.

Os criollos também merecem reconhecimento jurídico especial, são os filhos de europeus nascidos nas Américas. A confusão histórica com seu sangue, seu passado e sua cultura lhes tornam submissos ao processo eurocêntrico de civilização, sendo mais um sujeito que historicamente esteve

68 DUSSEL, 1993, p. 163.

subjugado. Segundo Dussel,⁶⁹ são estes os quatro sujeitos que representam a discriminação no período colonial, cabendo ao Novo Constitucionalismo Latino reconhecer sua tradição histórica e tentar corrigir, ao mínimo, os malefícios que o domínio forçado lhes trouxe.

Na formação do Estado Nacional latino-americano, outros três rostos são lembrados como parte dos blocos sociais oprimidos historicamente e que merecem uma proteção qualificada dentro do constitucionalismo atual, formando o grupo social dos sujeitos ausentes da história oficial latina.

Os camponeses, constituída sua classe por negros, “índios” e mestiços, formam a quinta classe reconhecida pelo Novo Constitucionalismo Latino, afinal sofreram e foram oprimidos pelas oligarquias rurais que detinham propriedades e poder no seu território. Ao lado do operariado urbano, foram manifestações de exploração e submissão às grandes economias. Este operário é o sexto rosto latino a ser reconhecido, pois sempre esteve excluído do poder de consumo, mas dependente do processo de capital internacional das empresas e das burocracias financeiras. Em consonância ao reconhecimento destes rostos, os dois últimos serão entendidos a seguir.

Por fim, dentro do sistema peculiar do capitalismo, a “[...] existência de um ‘exército operário de reserva’ que o fraco capital periférico não pode absorver. Tal ‘exército’ compõe o sétimo rosto: o dos ‘marginais’ [...]. Esse último rosto é multifacetado, pois representa todas as categorias sociais de potenciais trabalhadores ou não, e que, devido às peculiaridades do sistema econômico altamente excludente, são postos à margem do sistema, assimilados de forma encobridora pela regulamentação jurídica, dentro de igualitarismo formalista resultante das promessas cumpridas da Modernidade.”⁷⁰

O recente constitucionalismo latino-americano prima por emergir a força cultural destes sujeitos negados historicamente e pouco conhecidos em sua essência, logo “as reflexões sobre o Estado e o Direito no continente latino-americano encontram-se em avançado repensar”,⁷¹ com a inclusão da cultura destes sujeitos ausentes, formando uma manifestação sincrética e popular através de rostos da exclusão social colonizadora. Por conse-

69 DUSSEL, 1995.

70 WOLKMER, FAGUNDES, 2013, p. 335.

71 WOLKMER, FAGUNDES, 2013, p. 335.

guinte, encontrarão terreno sólido para se fazer ouvir e manifestar a ainda desconhecida cultura latina própria, algo inexistente dentro da história constitucional regional.

Os novos sujeitos sociais que entram em cena e a reinvenção de suas necessidades essenciais justificam o aparecimento de “novas” modalidades de direitos que desafiam e questionam profundamente a dogmática jurídica tradicional, seus institutos formais e suas modalidades convencionais de tutela.⁷²

Este contexto de vulnerabilização histórica de grupos prejudicados desde o processo de colonização na América Latina conforma uma nova posição constitucional destes sujeitos, reformulando conceitos clássicos como Poder Constituinte ao adaptar sua titularidade a aspectos de multiculturalismo, interculturalidade, pluralismo jurídico e plurinacionalidade, antes alicerçados.

4. Reconhecimento jurídico de novos sujeitos e formação de uma nova titularidade ao poder constituinte

Viciano Pastor e Dalmau⁷³ explicam que é difícil organizar as razões pelas quais esse movimento ocorreu na América Latina, até porque as experiências constituintes que caminharam neste sentido ainda são poucas e, ademais, tratar-se-ia de um constitucionalismo cuja origem não seria doutrinária, mas sim vinculada aos movimentos sociais.

Dentro de um novo contexto constitucional, há o reconhecimento de importantes teses constitucionais que não são trazidas por teóricos europeus ou estadunidenses, como costumeiramente o berço constitucional é reconhecido, assim como pela reformulação e readaptação de teorias clássicas, vide Poder Constituinte, separação de poderes e controle de constitucionalidade.

Em oposição ao constitucionalismo moderno, no qual os conceitos de povo e soberania popular contribuíram para a uniformização cultural por meio da sobreposição da cultura dominante (dita civilizada) por sobre as demais

72 WOLKMER, 2015, p. 101.

73 VICIANO PASTOR, DALMAU, 2010.

formas de organização familiar, econômica e política, o constitucionalismo plurinacional deve se desenvolver atendendo às peculiaridades dos processos histórico-sociais de cada Estado – não existe um modelo de Estado Plurinacional, e sim, modelos de Estados Plurinacionais.⁷⁴

No Novo Constitucionalismo Latino-Americano, as teses constitucionais clássicas são incorporadas ao contexto da região, tendo relevância o encaixe que estas concepções têm em relação à localidade em que serão aplicadas, logo oferta relevância ao local da fala.

Muda-se a localização, muda-se o foco dos dispositivos constitucionais, com isso, pretende-se mudar a prática.

Por estes novos sujeitos desejarem ser ouvidos e ter participação cívica ativa, torna-se necessário uma nova formação de titularidade popular ao Poder Constituinte, dentro de uma teoria democrática da Constituição, que pretenderá refletir a vontade do poder constituinte em um “constitucionalismo comprometido”, a romper com o que se considera imposto e imutável e avançando para a justiça social, igualdade e bem-estar.

Os preâmbulos constitucionais confirmam tal necessidade, por exemplo, o boliviano que afirma expressamente seu passado colonial, republicano e neoliberal deixado para trás e o primeiro artigo do mesmo diploma constitucional aponta o Estado como Unitário Social de Direito Plurinacional, comunitário, livre, independente, soberano, democrático e intercultural, no qual a pluralidade cultural, política, jurídica, econômica e linguística se perfaz em um instrumento de integração dos diversos povos que compõem país.

[...] el nuevo constitucionalismo latinoamericano es un constitucionalismo sin padres. Nadie, salvo el pueblo, puede sentirse progenitor de la Constitución, por la genuina participativa y legitimadora que acompaña a los procesos constituyentes. Desde la propia activación del poder constituyente, a través de referéndum hasta la votación final para su entrada en vigor, pasando por la introducción participativa de sus contenidos, los procesos se alejan cada vez más de aquellas reuniones de elites del viejo constitucionalismo para adentrarse, con sus ventajas y sus inconvenientes, en su propio caos, del que se obtendrá un nuevo tipo de Constitución: más amplia y detallada, de mayor

74 MAGALHÃES, 2012, p. 108.

originalidad, pensada para servir a los pueblos, cercana de nuevo al objetivo revolucionario.⁷⁵

Portanto, de um lado, incorporam-se novos conceitos nas Constituições, mas, de outro lado, estas inovações renovam a tradição constitucional em um movimento pendular de manutenção e modificação.

As inovações referidas aparecem de forma positiva, com incorporação em contornos próprios, assim como em uma dimensão negativa, a negar e substituir o pensamento constitucional tradicional. Paulatinamente, a história constitucional de cada país latino-americano vai se moldando.

Um dos elementos comuns às Constituições deste fenômeno é a natureza democrática do processo constituinte para a promulgação das Constituições, ou seja, a legitimidade constitucional conferida é diferenciada por conta da vinculação com o Poder Constituinte Originário e pela natureza inclusiva das Assembleias Constituintes, afinal anteriormente estes processos não possuíam tanta legitimidade democrática, mas, ao inverso, manifestavam um elitismo ou militarismo e negligenciavam a soberania popular, ou seja, positivavam objetivos determinados pelas elites locais e a organização do poder estatal mantinha os elementos básicos e formais de um sistema democrático representativo.

O novo constitucionalismo tem como preocupação primordial a legitimidade popular, a construção democrática e participativa, o envolvimento e comprometimento com as demandas sociais que impulsionaram os novos textos constitucionais e a redimensão jurídica em favor das populações historicamente relegadas nas necessidades fundamentais, fatores que fizeram surgir o movimento chamado de “novo constitucionalismo latino-americano”. No século XXI, os países da América Latina, em especial, Bolívia, Colômbia, Equador, Venezuela são expoentes na era denominada de constitucionalismo, emergentes da nova visão do direito constitucional. Aspecto marcante do novo constitucionalismo latino-americano é o protagonismo popular antes e depois do processo constituinte, com base na mobilização popular para a formação do poder constituinte permanente, o que o diferencia do constitucionalismo tradicional em que o poder constituído se distancia da participação do povo.⁷⁶

75 VICIANO PASTOR, DALMAU, 2010, p. 19.

76 PINHEIRO, BRAUN, FRANCESCHI, 2015, p. 49.

Na tentativa de ultrapassar esta carência de democracia, as necessidades sociais apontaram à obediência de novos processos constituintes, com nova roupagem, que efetivamente se inauguraram na Colômbia, no início dos anos noventa, quando a opinião pública passou a ser fator preponderante, tanto que foi convocado um referendo para aprovar a Constituição desse país.

Nesta senda, o novo processo alinha-se a uma abertura do conceito amplo de norma, para que os critérios de interpretação sejam analisados com base no povo e na soberania popular – Poder Constituinte Originário⁷⁷ e, com base nisto, reafirma-se que o Poder Constituinte Derivado será vinculado ao que o povo positivou originariamente, agora com inclusão dos sujeitos historicamente excluídos.

Por conseguinte, estabelecem instrumentos de legitimidade e controle social sobre o Poder Constituinte Derivado (controle esse comum aos momentos posteriores à manifestação de um Poder Constituinte Originário que se pretende de ruptura), justamente por intermédio de distintas formas de participação do povo.

[...] cabe destaque ao protagonismo popular, durante e depois do processo constituinte, conformado na mobilização social para formação do poder constituinte permanente, diferentemente do constitucionalismo tradicional em que o poder constituído se afastada participação do povo.⁷⁸

Novamente: há relevância na soberania popular como manifestante do Poder Constituinte Originário e há vinculação do Poder Constituído à vontade do Constituinte, sendo limitadíssimo quando desejar alterar as normatizações constitucionais, justamente pela menor representatividade popular que possui, afinal o Constituinte Originário expõe constitucionalmente a vontade popular, enquanto que o Constituinte Derivado, para atender ao povo, deve submeter-se às disposições constitucionais gerais.

77 Neste rumo, a Constituição boliviana, em seu artigo 196.II, entende que “Em su función interpretativa, el Tribunal Constitucional Plurinacional aplicará como criterio de interpretación, con preferencia, la voluntad del constituyente [...]”, enquanto que a Constituição equatoriana, no artigo 427, afirma que “[...] En caso de duda [sobre a aplicação das normas constitucionais], se interpretarán en el sentido que más favorezca a la plena vigencia de los derechos y que mejor respete la voluntad del constituyente [...]”.

78 WOLKMER, FAGUNDES, 2011, p. 385.

Trata-se do resgate à concepção clássica da Teoria do Poder Constituinte, um Poder que pretende a ruptura e, por isso mesmo, pretende garantir, no tempo, as mudanças por ele desejadas, protegendo sua obra, tanto quanto possível for, das investidas naturais das forças saudosas do passado que o novo texto constitucional pretende superar.

Em síntese, efetivam a participação ao criar mecanismos de controle ao Poder Constituinte Derivado, em regra vinculados às formas populares, diretas e vinculantes de participação.

A categoria povo é nodal na contribuição política de Dussel, comportando não essencialmente um arranjo metafórico-categorial de um ator político determinado, mas compreendendo um sucedâneo da sua própria construção filosófica que supera a ontologia. É dizer: o paradigma da vida, como critério fonte da ética da alteridade, implica reconhecer tanto a condição dos oprimidos (no sentido de explorados) no seio da totalidade da ordem vigente e dos excluídos, a partir da exterioridade, da própria totalidade, tendo negada sua condição de sujeitos no âmbito mesmo da totalidade. Assim que, pelo exercício da exterioridade Dussel vai (re)encontrar os pobres, marginalizados, povos indígenas, etc., que, conjuntamente e para além da classe trabalhadora (categoria que na tradição marxista comporta o sujeito coletivo da ação política revolucionária) dão corpo ao povo, uma categoria política revestida de unidade a partir da pluralidade do conjunto de reivindicações, de necessidades solapadas, concretizando-se, em conjunturas políticas críticas, em ator coletivo político.⁷⁹

Desta forma, a soberania popular é manifestada dentro de um Poder Constituinte plurinacional e multicultural, que visa efetivar a participação de um novo povo latino-americano (tendo em vista a inserção de novos sujeitos, conforma-se um novo povo) superando um conceito restritivo de povo como governo das maiorias ou das hegemonias dominantes, mas sim se pautando em respeito e reconhecimento de minorias vulnerabilizadas, formadas pelo corpo dos oprimidos mencionado.

79 ORIO, 2015, p. 101-102.

5. Conclusão

É necessário compreender o contexto latino-americano de posituação constitucional por intermédio de um longo período de esquecimento e ausência de diversos grupos sociais que, mesmo originários, não eram reconhecidos dentro de uma proteção efetiva de direitos.

Desta forma, durante este período de hegemonia de visões de mundo predominantemente (neo-)colonialistas, agressivas, unilaterais e falsamente integracionistas, alguns sujeitos foram alijados de reconhecimento efetivo e participação nos processos constituintes e relegados à subalternidade, invisibilidade e, conseqüentemente, foram vulnerabilizados em direitos, garantias, liberdades e condições de autonomia. Eram, apenas, o “outro subalternizado” pelo processo econômico moderno. A estes sujeitos demos o nome de “corpo dos oprimidos”.

Em seguida, após a promulgação de novas Constituições, mais democráticas, plurais e multiculturais, pretende-se uma nova conformação destes sujeitos, analisados à perspectiva da razão cosmopolita.

Então, com a paulatina incorporação de diversidade cultural, as recentes Constituições latinas foram reconhecendo seu corpo de oprimidos, quando passaram a formar um novo conceito de soberania popular, conforme a perspectiva de regionalidade latino-americana, ou seja, formaram, em verdade, uma nova titularidade ao Poder Constituinte, sendo importante seu entendimento e reflexos para a hermenêutica constitucional.

Estes sujeitos historicamente vulnerabilizados estão alçados à importância de efetivos povos originários que dão nova feição à categoria de soberania popular de cada país latino-americano. De “outro”, passam a ser reconhecidos como efetivos sujeitos constitucionais, principalmente porque, desta reformulação constitucional, compõem o novo rosto do Poder Constituinte Originário e assim manifestação sua vontade dentro de um aspecto de correção histórica à originalidade da região.

Referências

- ALVES, Marina Vitória. Neoconstitucionalismo e Novo Constitucionalismo Latino-Americano: características e distinções. *Revista SJRJ*, Rio de Janeiro, v. 19, n. 23, ago. 2012.
- BALDI, César Augusto. Novo constitucionalismo latino-americano. In: *Estado de Direito*, n. 32, Porto Alegre, nov. 2011. Disponível em: <http://www.estadodedireito.com.br/2011/11/08/novo-constitucionalismo-latino-americano/>. Acesso em: 06/06/2018.
- BELTRÃO, Jane; OLIVEIRA, Assis da Costa. Movimentos, Povos e Cidades Indígenas: inscrições constitucionais e direitos étnicos na América Latina. In: BELTRÃO, Jane; BRITO FILHO, José Cláudio; GOMEZ, Itziar; PAREDES, Felipe; ZUÑIGA, Yanira. *Direitos Humanos dos Grupos Vulneráveis*. Manual. 1. ed. Universitat Pompeu Fabra: Barcelona-Espanha, vol. 1, 2015, p. 231-265.
- COUSO, Javier. Las Democracias Radicales y el “Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano”. In: *Derechos Humanos: Posibilidades Teóricas Y Desafíos Prácticos*. Librería: Buenos Aires, 2014.
- DUSSEL, Enrique. *Filosofia da Libertação na América Latina*. 2. ed. Tradução: Luiz João Gaio. São Paulo: Loyola/UNIMEP, 1977.
- DUSSEL, Enrique. *1492: o encobrimento do outro: a origem do mito da modernidade, conferências de Frankfurt*. Tradução de Jaime A. Classen. Petrópolis: Vozes, 1993.
- DUSSEL, Enrique. *Hacia una filosofía política crítica*. Bilbao-Espana: Desclée, 2001. Disponível em: https://enriquedussel.com/txt/Textos_Libros/53.Hacia_filosofia_politica_critica.pdf. Acesso em: 16/09/2018.
- DUSSEL, Enrique. Europa, modernidade e eurocentrismo. In: *A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais. Perspectivas latino-americanas*. LADER, Edgardo (org.). Colección Sur, CLACSO, Buenos Aires/Argentina, set. 2005.
- FAJARDO, Raquel Yrigoyen. Pluralismo jurídico, derecho indígena y jurisdicción especial en los países andinos. *Revista El Otro Derecho*, n. 30. Variaciones sobre la justicia comunitaria. Bogotá: ILSA, 2004, p. 171-196. Disponível em: <http://www.cejamericas.org/Documentos/DocumentosIDRC/128elotrdr030-06.pdf>. Acesso em: 03/06/2018.

- GARGARELLA, Roberto. *El nuevo constitucionalismo latinoamericano: promesas e interrogantes*. CEPAL, Serie Políticas Sociales, Santiago de Chile, n. 153, nov. 2009.
- GRIJALVA, Agustín. O Estado plurinacional e intercultural na Constituição equatoriana de 2008. In: VERDUM, Ricardo (org.). *Povos Indígenas: Constituições e Reformas Políticas na América Latina*. Brasília: Instituto de Estudos Socioeconômicos, 2009, p. 113-134.
- LESSA, Célia. *O Estado do Bem-estar Social na Idade da Razão - a Reinvenção do Estado Social No Mundo Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Elsevier – Campus, 2012.
- MAGALHÃES, José Luiz Quadros. *O estado plurinacional e o direito internacional moderno*. Curitiba: Juruá. 2012.
- MÉDICI, Alejandro. Teoría constitucional y giro decolonial: narrativas y simbolismo de la Constitución. Reflexiones a propósito de la experiencia de Bolivia y Ecuador. In: *Gaceta Constitucional*, n. 48, Lima, 2012, p. 329-348.
- MELO, Milena Petters. Constitucionalismo, pluralismo e transição democrática na América Latina. *Revista Anistia Política e Justiça de Transição*, v. 4, 2011. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r29981.pdf>. Acesso em: 06/06/2018.
- OLIVEIRA, Ivanilde; DIAS, Alder. Ética da libertação de Enrique Dussel: caminho de superação do irracionalismo moderno e da exclusão social. *Conjectura*, v. 17, n. 3, set./dez. 2012, p. 90-106.
- ORIO, Luís Henrique. Libertação e socialismo: um diálogo a partir de elementos das 20 teses de política e do Novo Constitucionalismo Latino-Americano. In: WOLKMER, Antonio Carlos; CAPOVILLA, Maria Aparecida (org.). *Temas atuais sobre o constitucionalismo latino-americano*. São Leopoldo: Karywa, 2015.
- PINHEIRO, Anderson Thadeu; BRAUN, Helenice; FRANCESCHI, Ligiane. Novo Constitucionalismo Latino-Americano: cidadania e justiça comunitária. In: WOLKMER, Antonio Carlos; CAPOVILLA, Maria Aparecida (orgs.). *Temas atuais sobre o constitucionalismo latino-americano*. São Leopoldo: Karywa, 2015.
- QUIJANO, Anibal. Colonialidad del poder y clasificación social. In: CASTRO-GOMEZ, Santiago; GROSFUGUE, Ramón (compiladores). *El giro decolonial: reflexiones para una diversidad epistémica más allá del capitalismo global*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores; Universidad Central,

- Instituto de Estudios Sociales Contemporáneos y Pontificia Universidad Javeriana, Instituto Pensar, 2007, p. 93-126.
- RONIGER, Luis; SZNAJDER, Mario. *O legado de violações dos direitos humanos no Cone Sul*. Tradução: Margarida Goldsztajn. São Paulo: Perspectiva, 2004.
- SANCHEZ, Consuelo. Autonomia, Estados pluriétnicos e plurinacionais. In: VERDUM, Ricardo (org.). *Povos Indígenas: Constituições e Reformas Políticas na América Latina*. Brasília: Instituto de Estudos Socioeconômicos, 2009, p. 63-91.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. La reinención del Estado y el Estado plurinacional. *Rede de Bibliotecas Virtuales de Ciencias Sociales de América Latina y el Caribe de la Red CLACSO*. Buenos Aires: CLACSO, año VIII, n. 22, septiembre, p. 25-46. Disponível em: <http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/ar/libros/osal/osal22/D22SousaSantos.pdf>. Acesso em 15/10/2017.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. Para uma sociologia das ausências e uma sociologia das emergências. *Revista Crítica de Ciências Sociais*, n. 63, 2002, p. 237-280.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. *El milenio huérfano. Ensayos para una nueva cultura política*, Trotta, Madrid, 2011. Disponível em: https://digitum.um.es/jspui/bitstream/10201/37830/1/19_El%20milenio%20huerfano.pdf. Acesso em: 16/09/2018.
- SILVA, Paulo Thadeu Gomes. Direito indígena, direito coletivo e multiculturalismo. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia (coord.). *Igualdade, diferença e direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 559-598.
- VARGAS, Idón Moisés Chivi. Os caminhos da descolonização na América Latina: os Povos Indígenas e o igualitarismo jurisdicional na Bolívia. In: VERDUM, Ricardo (org.). *Povos Indígenas: Constituições e Reformas Políticas na América Latina*. Brasília: Instituto de Estudos Socioeconômicos, 2009, p. 151-167.
- VÉRAS NETO, Francisco Quintanilha. O pluralismo jurídico comunitário participativo e a economia solidária: o horizonte utópico do cooperativismo popular na práxis de uma democracia fundada na libertação latino-americana. In: WOLKMER, Antonio Carlos; LIXA, Ivone Fernandes (org.) *Constitucionalismo, descolonización y pluralismo jurídico en América Latina*. Aguascalientes: CENEJUS/ Florianópolis: UFSC-NEPE, 2015.

- VICIANO PASTOR, Roberto; MARTÍNEZ DALMAU, Rubén, *¿Se puede hablar de un nuevo Constitucionalismo Latinoamericano como corriente doctrinal sistematizada?* Universidad de Valencia, 2010. Disponível em: <http://www.juridicas.unam.mx/wccl/ponencias/13/245.pdf>. Acesso em 05/06/2018.
- VICIANO PASTOR, Roberto; MARTÍNEZ DALMAU, Rubén. Los procesos constituyentes latino americanos y el nuevo paradigma constitucional. *IUS, Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, n. 25, 2010.
- WALSH, Catherine. Interculturalidad y colonialidad del poder. Un pensamiento y posicionamiento “otro” desde la diferencia colonial. In: CASTRO-GOMEZ, Santiago; GROSFUGUE, Ramón (compiladores). *El giro decolonial: reflexiones para una diversidad epistémica más allá del capitalismo global*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores; Universidad Central, Instituto de Estudios Sociales Contemporáneos y Pontificia Universidad Javeriana, Instituto Pensar, 2007, p. 47-62.
- WOLKMER, Antonio Carlos. Pluralismo jurídico, movimientos sociais e processos de lutas desde a América Latina. In: WOLKMER, Antonio Carlos; LIXA, Ivone Fernandes (org.) *Constitucionalismo, descolonización y pluralismo jurídico en América Latina*. Aguascalientes: CENEJUS./ Florianópolis: UFSC-NEPE, 2015.
- WOLKMER, Antonio Carlos; FAGUNDES, Lucas Machado. *Tendências contemporâneas do constitucionalismo latino-americano: estado plurinacional e pluralismo jurídico*. *Pensar*, v. 16, n. 2, jul./dez. 2011, p. 371-408.
- WOLKMER, Antonio Carlos; FAGUNDES, Lucas Machado. Para um novo paradigma de Estado Plurinacional na América Latina. *Novos Estudos Jurídicos*, v. 18, n. 2, 2013. Disponível em: <<http://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/4683>>. Acesso em: 06/06/2018.

Recebido em 27 de setembro de 2018.

Aprovado em 06 de fevereiro de 2019.

A ressignificação do paradigma estatal em tempos de globalização

The redefinition of the state paradigm in times of globalization

Fabiana Marion Spengler*

Universidade de Santa Cruz do Sul, Santa Cruz do Sul-RS, Brasil

Helena Pacheco Wrasse**

Faculdade Dom Alberto, Santa Cruz do Sul-RS, Brasil

1. Introdução

Antes da constituição do Estado, os homens, teoricamente, encontravam-se em um estado natural de existência. As teorias contratualistas de formação estatal são objeto dos estudos desenvolvidos por Hobbes, Locke e Rousseau e esquematizam aquilo que se acreditava existir no estado de natureza e o que teria incentivado a contratação entre os homens para a criação do Estado. Contudo, apesar das teorias apresentarem suas particularidades, com diferentes concepções acerca do que seria o estado de natureza ou dos motivos que provocaram a contratação entre os homens (como a garantia de segurança e proteção da vida, por exemplo), elas destacam a ideia de abandonar essa condição pré-contratual para a constituição de uma sociedade civil/Estado como uma opção radical e irreversível¹.

*Pós-doutora pela Università degli Studi di Roma Tre (2011). Doutora em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (2007). Mestre em Desenvolvimento Regional pela Universidade Santa Cruz do Sul (1998). Graduada em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul (1994). Professora-adjunta da Universidade de Santa Cruz do Sul. E-mail: fabiana@unisc.br.

** Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC (2017). Graduada em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC (2014). Professora de Direito na Faculdade Dom Alberto em Santa Cruz do Sul. E-mail: hphelenapacheco@gmail.com.

1 SANTOS, 2006.

Arelada à concepção de Estado está a ideia de poder, que se manifesta por meio da soberania – poder característico da autoridade estatal. Dessa forma, a soberania é historicamente conhecida como um poder juridicamente incontestável, a partir do qual se apresenta uma capacidade de definição acerca do conteúdo e aplicação das normas dentro de um determinado espaço geográfico, fazendo frente às possíveis intervenções externas. A soberania seria então caracterizada por uma estrutura de poder central, detentor do monopólio da força e da política – legislativa, executiva e jurisdicional, em um território limitado por suas fronteiras, no qual se estabelece uma população nacional, passando a constituir o que se chama de Estado-nação ou nacional².

Partindo-se dessa perspectiva tradicional de Estado, pretende-se explorar alguns pontos referentes à globalização e como esta vem interferindo nas fronteiras estatais, para além da visão geográfica clássica de território. Nesse sentido, questiona-se: existem possibilidades sociais que, nesse contexto de reconfiguração estatal, apresentem-se viáveis?

Trabalha-se não com a ideia de desaparecimento estatal, mas com a sua transformação e adaptação, a partir de uma desregulação em diversos setores – como o econômico, cultural, político e social. Na tentativa de responder ao questionamento proposto, bem como para o desenvolvimento do tema, o presente texto será dividido em três partes. Primeiramente, abordar-se-á a questão do Estado como detentor da soberania nacional e algumas de suas crises, para em seguida, investigar acerca da globalização, em que esta consiste e alguns de seus efeitos e, por fim, ponderar acerca das possibilidades sociais considerando a relativização das fronteiras estatais como consequência desse movimento/dessa ordem global.

Com a finalidade de cumprir com os objetivos propostos, utilizar-se-á o método dedutivo, partindo-se de conceitos gerais básicos para o desenvolvimento do trabalho – Estado, crise, soberania e globalização – para se atingir um fim (particularidade), que seriam as transformações/interferências na tradicional ordem estatal, ou seja, parte-se de uma ideia geral para uma particular. O método de procedimento será o monográfico e a técnica de pesquisa empregada será a da documentação indireta (por meio de livros, artigos científicos – pesquisa documental e bibliográfica)³.

2 MORAIS, 2005.

3 LEEAL, 2009.

2. O estado contemporâneo e a soberania em tempos de crise

O Estado é fruto da sociedade civil, serve para representá-la e atender aos seus interesses. É uma organização política investida de poder e coerção legítimos, limitado a um espaço físico determinado. O Estado contemporâneo é resultado da crise do modelo político liberal, da eclosão da sociedade industrial de massas e também das transformações econômicas do final do século XIX e início do XX. Uma das grandes mudanças foi a constituição do capital financeiro que alterou as relações do Estado com a economia, além de alterações nas tradicionais funções estatais como a reorganização política. Todavia, apesar dos aspectos econômicos serem destaque nesse cenário e da globalização estar associada quase que diretamente à economia, não se pode deixar em segundo plano as demais transformações que eclodiram na contemporaneidade como a questão social – *welfare state*⁴.

O contrato social é uma metáfora fundadora da racionalidade social e política do ocidente e como qualquer outro contrato está baseado em critérios de inclusão, que, por consequência lógica, também opera como de exclusão⁵. Tais critérios servem como fundamento de legitimidade da contratualização das relações econômicas, políticas, sociais e culturais. Existe uma tensão nessa lógica (includente e excludente) de legitimidade estatal e, embora seja assim, a expectativa dos excluídos em pertencerem ao contrato faz com que este se retroalimente⁶.

Entende-se que o contrato social objetiva criar um modelo sócio-político que provoca a produção de quatro bens públicos: a) a legitimidade de governo, b) o bem-estar econômico e social, c) a segurança e d) a identidade cultural nacional. Esses bens só seriam alcançados se realizados de forma conjunta. São modos diferentes, porém convergentes de executar o bem comum e a vontade geral. Contudo, a busca por esses bens suscitou uma série de lutas sociais⁷, como as lutas de classes que demonstravam as divergências de interesses gerados pelas relações sociais de produção capitalistas⁸.

4 SPENGLER, 2010.

5 Sobre o tema, recomenda-se a leitura de WACQUANT, Loïc. *Castigar a los pobres: el gobierno neoliberal de la inseguridad social*. Barcelona: Gedisa, 2010.

6 SANTOS, 2006.

7 Existem outras lutas sociais, de outros grupos excluídos do contrato social, contudo, dar-se-á, nesse trabalho, maior ênfase à luta de classes – a partir da teoria Marxista.

8 SANTOS, 2006.

Ao mencionar a questão da luta de classes, é importante fazer uma interferência/um recorte, destacando a teoria comunista - que se contrapõe ao *modus operandi* do capitalismo, através da qual uma sociedade sem classe dominante permitiria a livre condição de desenvolvimento de cada um, sendo esta a condição para que todos pudessem se desenvolver livremente. Parte-se da igualdade de condições para o pleno exercício da liberdade⁹, ao passo que o capitalismo parte da ideia de liberdade (individual) para que as pessoas busquem aquilo que lhes deixe satisfeitas e, como consequência, atingir-se-ia a igualdade.

Por via desta divergência e das antinomias inerentes ao contrato social entre autonomia individual e justiça social, entre liberdade e igualdade, as lutas pela prossecução do bem comum foram sempre lutas por definições alternativas do bem comum. Essas lutas foram-se cristalizando em contratualizações parcelares – mediante a institucionalização dos conflitos, a concertação social, a negociação coletiva, etc., – incidindo sobre menores denominadores comuns entretanto acordados. Essas contratualizações, foram-se, por sua vez, traduzindo numa materialidade de instituições que asseguraram o respeito e a continuidade acordados.¹⁰

Essas prossecuções resultaram na socialização da economia, através de uma proposta de transformação do capitalismo. Regulou-se o tempo, condições de trabalho e salário, além da criação de seguros sociais obrigatórios, reconhecimento de greves e sindicatos – todos esses foram aspectos decisivos para a socialização da economia. Ademais, o Estado¹¹, enquanto detentor da materialidade normativa e institucional, esteve no controle da regulação da economia, da resolução dos conflitos e da repressão dos trabalhadores. Esses fatores contribuíram para a politização do Estado e a expansão da sua capacidade reguladora. Além disso, tem-se a nacionalização da identidade cultural, processo em que as identidades dos diversos grupos são territorializadas e temporalizadas no espaço-tempo nacional¹².

9 MARX; ENGELS, 1998.

10 SANTOS, 2006, p. 321.

11 Esse Estado interventivo também ganhou outros nomes como de Bem-estar, Social, de Providência ou Assistencial – *welfare state*.

12 SANTOS, 2006.

Esse processo de contratualização, contudo, encontra três limitadores. O primeiro é decorrente do caráter colonialista da modernidade, diz respeito a questão de que os espaços coloniais sempre foram considerados como pertencentes ao estado de natureza, somente podendo deste estado sair por meio da usurpação. O segundo, significa que, por haver a inclusão, a exclusão é inerente. E o terceiro tem relação com as desigualdades experimentadas pelos países em função da sua posição no sistema mundial. Assim, a partir da ideia dessas limitações, percebe-se, com relação à crise do contrato social e do Estado, a perda da centralidade do ente estatal e a desorganização do direito oficial, que passou a coexistir com o direito não oficial, além do aumento da desigualdade social. Vive-se uma crescente fragmentação dos valores da sociedade, esta se encontra desorientada nas suas lutas e com dificuldade de estabelecer o que se entende por bem comum¹³.

Nesse sentido, Foucault destaca ao traçar uma genealogia do poder¹⁴ que a sua preocupação não era a de minimizar o papel do Estado em determinada sociedade, mas se insurgir contra a ideia do Estado como único detentor de poder. Assim, ele estuda a relação entre o poder (não estatal) e os saberes produzidos a partir deste – sobre criminosos, loucura, sexualidade, dentre outros –, analisando-os como micropoderes detentores de uma história específica, que se relacionam com o nível mais geral de poder – o estatal. Vislumbra-se o Estado como um instrumento específico de um sistema de poderes que não se localiza somente nele, mas o ultrapassa e complementa. O poder seria considerado em suas extremidades, atentando às suas formas locais e à sua intervenção material, no corpo dos indivíduos. Esse deslocamento espacial de análise quanto o nível em que se efetua é o que se chama de microfísica do poder.

Afirma Santos que se vive em um período pós-foucaultiano, no qual há uma proliferação caótica de poderes de tal forma que os valores da modernidade ocidental (tais como a liberdade, igualdade, autonomia, justiça e solidariedade) estão, cada vez mais, sujeitos a uma “sobrecarga simbólica”. Isso quer dizer que possuem diferentes significados para as pessoas e grupos, de modo que o excesso de sentido paralisa a eficácia e neutraliza os valores sociais¹⁵. Fala-se em turbulência, em instabilidade do sistema,

13 SANTOS, 2006.

14 Foucault (2001) não cria uma teoria do poder, ele acredita que o poder se faz presente nas relações e é nelas que ele se manifesta.

15 SANTOS, 2006, p. 234.

em uma mudança mínima que pode desencadear em imprevisíveis transformações na sociedade (escala dos fenômenos nas práticas sociais), podendo-se ponderar nesse sentido as mudanças radicais de ritmo associadas aos mercados ou com relação às tecnologias de informação e comunicação.

Nota-se ainda, a ocorrência da exaltação da competição entre tempo-espço nacional, local e global. O tempo-espço nacional é composto por diversas temporalidades e ritmos que, por sua vez, são compatíveis entre si (temporalidade eleitoral, judicial, da segurança social, da história nacional, etc.), sendo as coerências entre essas temporalidades o que compõe o tempo-espço nacional. Todavia, tal coerência se encontra hoje cada vez mais problemática devido à interferência e ao impacto causado pelo espço-tempo global e local. Interessante referir também acerca da questão do tempo instantâneo, do tempo glacial e do tempo burocrático do Estado. O primeiro é relativo à ideia de ciberespço e globalização, ao passo que o segundo é um tempo denso e lento e o terceiro é o tempo da política e burocracia. Isso leva à reflexão de que o tempo estatal estaria em descompasso com o tempo instantâneo, próprio da globalização¹⁶.

Esse descompasso aliado à complexidade das estruturas institucionais que existem na atualidade, ocasionam uma multipolarização de estruturas, de modo que o Estado, a partir dessa descentralização de poder, apresenta dificuldades em oferecer uma resposta satisfatória à sociedade no que tange o cumprimento das suas funções típicas – legislativa, executiva e jurisdicional, minimizando a sua capacidade e, conseqüentemente, a sua legitimidade. Assim, Spengler¹⁷ destaca a “multiplicação dos *loci* de poder, numa flagrante superação da supremacia da ordem estatal (por organizações supraestatais ou pela ordem econômica) que passa por uma crise funcional em consequência da perda de centralidade e exclusividade do Estado em suas funções”.

Althusser chega a sugerir o “fim do poder de Estado e de todo o poder de Estado”¹⁸, podendo-se mencionar como sinal de enfraquecimento do poder tradicional estatal os atuais fenômenos de incorporação política – como a União Europeia. No entanto, tal movimentação não está ocorrendo

16 SANTOS, 2006.

17 SPENGLER, 2010.

18 ALTHUSSER, 1970, p. 38.

como descrita na teoria de Marx, Engels¹⁹ e Althusser²⁰, mas é perceptível a transformação pela qual atravessam os contornos estatais. As crises do Estado são caracterizadas por uma progressiva organização baseada em interesses particulares da sociedade, de modo a perder cada vez mais o caráter atômico, e, enquanto isso, crescem as deficiências dos meios institucionais que fazem valer a estrutura legítima estatal. Tais deficiências explicam a eclosão de associações e de movimentos sociais.²¹

Não se vislumbra a possibilidade de desaparecimento do Estado²², mas sim de uma transformação que possibilite a recepção dos desafios e a incorporação do desenvolvimento da civilização. Trata-se do movimento de constante adaptação histórica que provoca uma ruptura com relação ao estado anterior (*status quo ante*). As funções tradicionais estatais foram afetadas, perdendo sua importância devido à projeção sobre aquilo que era habitualmente atribuída à outra.²³ A soberania se encontra enfraquecida em decorrência de um Estado diluído permeado por espaços de conflitos que ele próprio demonstra dificuldades de apresentar uma resposta.²⁴

A perda de capacidade de coordenação econômica do Estado, bem como da sua autonomia na formulação de estratégias de regulação, passa a ser pensadas em âmbito internacional, mas os impactos locais das crises são perceptíveis. De modo que, quanto maior a crise de determinada sociedade, menor é a capacidade do Estado de dispor de investimentos que proporcionem o atendimento das demandas dos setores mais afetados e menores são as possibilidades de formular estratégias de resistência aos agentes econômicos, endividando o setor público²⁵. Esse é um dos efeitos provocados pela globalização e ele instiga a reflexão acerca da necessidade de adaptação/transformação do aparato estatal, considerando se estar vivendo um momento de desregulação provocada pelos diversos aspectos da globalização – econômico, cultural, político e social.

19 Conforme referenciado anteriormente – uma sociedade sem classes dominantes.

20 Esse autor trabalha sob duas perspectivas do poder Estatal: a) como aparelho repressivo, pautado numa lógica exploratória e b) como aparelho ideológico, questionando o papel de instituições como a escola.

21 SPENGLER, 2010. Sobre o assunto, recomenda-se a leitura de GOHN, Maria da Glória. *Teoria dos movimentos sociais: paradigmas clássicos e contemporâneos*. São Paulo: Loyola, 2004.

22 Sobre o tema, recomenda-se a leitura de BOBBIO, Norberto. *Estado, governo, sociedade: para uma teoria geral da política*. Rio de Janeiro: Paz e terra, 2005.

23 Temas cujo debate surge nesse sentido são as questões do ativismo judicial e a judicialização da política.

24 SPENGLER, 2010.

25 FARIA, 2011.

3. Em tempos globais

A globalização pode ser pensada a partir de diferentes perspectivas; de um lado os céticos que acham que a globalização não passa de uma história criada ou inventada e, de outro, aqueles que argumentam acerca da realidade da globalização e também discutem as suas consequências e reflexos. Ainda que o termo globalização remeta à economia e ao mercado, ela é um processo que interfere em vários segmentos sociais, que ultrapassam as questões financeiras²⁶. O fato é que ela chega com força, trazendo vantagens e desvantagens, por exemplo:

Num primeiro momento [...] a presunção de uma economia sem fronteiras pode facultar aos trabalhadores expectativas quanto ao aumento da demanda de mão de obra com o crescimento das exportações. Por outro lado, esse mesmo processo pode significar concentração de empregos menos especializados em locais onde os custos salariais são mais reduzidos²⁷.

Nesse sentido, sobre a globalização econômica, tem-se que ela “inova ao oferecer restrições à regulação estatal da economia ao defender a subordinação dos Estados nacionais às agências multilaterais, como o Banco Mundial, o FMI²⁸ e a Organização Mundial do Comércio²⁹”. Em contrapartida, ela também reflete em questões como o desemprego estrutural, o clima e a segurança como fomentadores do desenvolvimento de organizações pautadas na solidariedade entre os homens, na ideia de sociedade civil e com base numa terceira dimensão na qual prevalecem valores que objetivem à construção de uma esfera social pública. O contexto de crise enaltece o papel das Organizações Não Governamentais (ONGs) enquanto organizações da sociedade civil, na busca por alternativas e mecanismos de cooperação internacional – elas articulam entre os espaços nacionais e internacionais³⁰.

26 SPENGLER, 2010.

27 SPENGLER, 2010, p. 54.

28 Fundo Monetário Internacional.

29 SPENGLER, 2010, p. 54.

30 SPENGLER, 2010

Partindo dessa linha de pensamento, percebe-se a globalização como inevitável. Ela se torna um processo de inclusão³¹ forçada na ordem internacional, provocando transformações na noção de tempo e de espaço, de modo que eventos distantes passam a afetar mais direta e imediatamente pessoas em outros locais – as decisões repercutem. Houve um avanço tremendo com relação à comunicação e à tecnologia. Prova disso são os mercados financeiros que operam 24 horas/dia (tempo instantâneo – típico da globalização). Nesse sentido, Giddens³² ao questionar se o Estado-nação estaria se tornando obsoleto, o mesmo responde que não, mas que o seu formato está sofrendo mudanças. A globalização está afetando a posição e o poder estatal no mundo, trata-se de uma complexa gama de processos que está provocando alterações nas instituições sociais.

Nota-se uma situação de interdependência causada pela globalização, percebida através de quatro rupturas na ordem mundial: a primeira estaria relacionada com a capacidade do Estado de garantir a segurança dos cidadãos e a integridade do território, vislumbrada a partir da necessidade da constituição de alianças no período pós-guerra fria; também ganha destaque a mundialização da economia e a diminuição do poder coercitivo estatal sobre as forças econômicas; há a questão da internacionalização do Estado que participa de organizações como a ONU³³ e FMI, pois surge uma demanda de gestão de problemas globais – como os de ordem ambiental, e, por fim, o desenvolvimento do direito internacional que se fortalece casa vez mais, inclusive permitindo denúncias por violações cometidas pelo Estado³⁴.

Esses deslocamentos de poder aliados às rupturas na tradicional ordem estatal importam na perda da soberania estatal e na perda da autonomia quanto à formulação de políticas internas, provocando uma crise de legitimidade. Grau³⁵ resume a sociedade capitalista como essencialmente jurídica, atuando como mediadora necessária das relações de produção que lhes são características. Destaca-se que essas relações de produção não seriam viáveis sem a forma do direito positivo, posto pelo ente estatal, pois

31 Pensar na concepção de inclusão trabalhada na primeira seção, partindo-se da ideia do contrato social e de uma inclusão que pressupõe logicamente um caráter excludente.

32 GIDDENS, 1999.

33 Organização das Nações Unidas.

34 SPENGLER, 2010.

35 GRAU, 2001.

este direito surge para permitir a circulação de mercadorias e domesticar certos determinismos econômicos. Pondera, entretanto, a “deterioração da capacidade estatal de pôr o direito (= direito posto)”³⁶, de forma que os mercados financeiros globalizados não são mais regulados pelo Estado.

Observa-se o impacto direto da globalização e da reestruturação do capitalismo sobre a legitimidade do Estado mediante o dismantelamento do Estado de bem-estar social, a desorganização das estruturas produtivas tradicionais, aumentando a instabilidade de emprego, a extrema desigualdade social e a conexão entre importantes setores da economia e da sociedade em redes globais, ao mesmo tempo que grandes parcelas da população e do território são excluídas do sistema dinâmico e globalizado³⁷.

Ao que parece é estabelecida uma “desordem mundial”, sendo difícil identificar quem está no controle³⁸. Uma outra velocidade de movimentos se instaura, a globalização opera num ritmo diferente do estatal e já chega impondo regras, que, caso não observadas, podem culminar em empréstimos recusados e na negação de redução de dívidas, inviabilizando algumas das atividades do Estado. A esse respeito, existe a questão de que Estados fracos impõem menos resistências às empresas globais, tendo em vista, como exemplo, a necessidade de menos dinheiro para comprar bens daqueles países (como o petróleo)³⁹. Essa lógica de dominação também é exaltada na obra de Rubio⁴⁰ que observa o caráter colonialista e imperial do mercado.

Ao caráter perverso da globalização está associada a violência virtual dos tempos atuais. É pertinente levar em consideração a reflexão extraída da obra de Bauman⁴¹, a partir da análise do experimento de Milgram⁴² no que diz respeito à ética da obediência. Essa experiência buscava entender

36 GRAU, 2011, p. 269.

37 SPENGLER, 2010, p. 57-58.

38 SPENGLER, 2010, p. 59.

39 BAUMAN, 2001.

40 2012.

41 BAUMAN, 1998.

42 O experimento foi conduzido na tentativa de observar a tendência dos indivíduos à obediência de uma autoridade, mesmo que esta contradiga o bom-senso individual. A experiência pretendia explicar inicialmente os crimes bárbaros do período Nazista.

se as pessoas obedeciam às ordens por não terem outra escolha ou simplesmente faziam aquilo que era pedido, independentemente de a ordem estar revestida de autoridade. Muitos criticaram o experimento e o consideraram inadequado, com resultados errôneos, visto que realizado em laboratório. Ele consistia na aplicação de descargas elétricas de um indivíduo sobre o outro e estas aumentariam no decorrer das experimentações. Inicialmente “os adultos comuns do sexo masculino da classe média e todos os psicólogos competentes e respeitados aos quais Milgram perguntou quais deveriam ser os prováveis resultados da pesquisa manifestaram-se confiantes”, afirmando de que 100% (cem por cento) dos sujeitos pesquisados não iriam cooperar, na medida em que aumentasse a crueldade daquilo que eram instigados a praticar. Por consequência, desistiriam de participar em algum momento inicial da experiência. Todavia, o que ocorreu foi que a “proporção de pessoas que efetivamente retirou sua concordância em participar caiu, em circunstâncias adequadas, a apenas 30 por cento”. A intensidade dos supostos choques elétricos que estavam dispostas a aplicar era superior – até três vezes maior – do que poderiam imaginar os especialistas e o público leigo⁴³

Percebeu-se que, independentemente do caráter autoritário, as pessoas estavam dispostas a provocar a dor e que essa desumanidade aumentaria em virtude do aumento da distância. Isso significa que quanto mais longe mais fácil de praticar atos de violência. Relacionando com a vida hoje, entende-se ser mais simples decidir a vida de pessoas pelo simples ato de dar um comando, apertar um botão, estar conectado virtualmente e assim por diante, pois o contato é virtual e distante, não se percebendo a dor do outro numa dimensão real.

Portanto, ainda que recaiam críticas sobre a experiência conduzida por Milgram, pelo fato desta ter se dado em um ambiente artificial, não se pode negar que as pessoas, na sua maioria, concordaram com penas severas, antes mesmo dessas serem ordens autoritárias. Assim, em tempos globais, nos quais o distanciamento aumenta e não se sabe ao certo quem personifica essa autoridade antes desempenhada pelo Estado, pode-se dizer que se está à mercê da maldade (ou bondade) humana.

A ideia de globalização, apesar de aparentemente transparente e sem complexidade, mascara mais do que revela acerca do que está acontecendo

43 BAUMAN, 1998, P. 182.

no mundo. E, aquilo que mascara ou esconde, quando visto de outra perspectiva se torna importante, pois a ideia de transparência e simplicidade da globalização, longe de ser inocente, deve ser considerada um movimento político e ideológico⁴⁴. Nesse sentido, Boaventura distingue dois modos de produções característicos da globalização, o primeiro é o *globalized localism* que consiste em:

Globalized localism is the process by which a particular phenomenon is successfully globalized, whether it is the worldwide activities of the multinational, the transformation of the English language into a lingua franca, the globalization of American fast food or popular music or the worldwide adoption of the same laws of intellectual ownership, patents or telecommunications aggressively promoted by the USA. In this mode of production of globalization, what is globalized is the winner of a struggle for the appropriation or valorization of resources or for the hegemonic recognition of a given cultural, racial, sexual, ethnic, religious, or regional difference. This victory translates into the capacity to dictate the terms of integration, competition and inclusion⁴⁵.

Enquanto o Segundo processo é intitulado pelo autor de *localized globalism*:

It consists of the specific impact on local conditions produced by transnational practices and imperatives that arise from globalized localisms. To respond to these transnational imperatives, local conditions are disintegrated, oppressed, excluded, destructured, and, eventually, restructured as subordinate inclusion. Such localized globalisms include: the elimination of traditional commerce and subsistence agriculture; the creation of free trade enclaves or zones; the deforestation and massive destruction of natural resources in order to pay off external debt; the use of historic treasures, religious ceremonies or places, craftsmanship and wildlife for the benefit of the global tourism industry; ecological dumping [...]; the conversion of subsistence agriculture into agriculture for export as part of 'structural adjustment'; and the ethnicization of the workplace⁴⁶.

44 BOAVENTURA, 2006b.

45 SANTOS, 2006b, p. 396.

46 SANTOS, 2006b, p. 397.

Esses dois processos são diversos, mas operam em conjunto e constituem a chamada globalização hegemônica⁴⁷. A divisão internacional de produção da globalização tende a assumir um padrão de países centrais especializados em *globalized localisms*, enquanto países periféricos somente possuem a “escolha” / “opção” de *localized globalisms*⁴⁸. Essa hegemonia consiste numa padronização cultural e ideológica, além da valorização de um estereótipo cultural, racial, sexual, étnico e religioso, desconsiderando as culturas regionais. Essa massificação implica em um pensamento programado que carece de reflexão.

No decorrer desta seção foram desenvolvidos/apontados alguns aspectos atinentes à globalização, que auxiliam na compreensão de alguns de seus efeitos, em especial os relativos às questões das crises do Estado. O mundo é o cenário dessa complexidade de fenômenos econômicos, políticos, sociais e culturais e, considerando esses aspectos, torna-se relevante a ponderação e a proposta de Santos⁴⁹. Para ele existem pelo menos três mundos dentro de apenas um - a globalização como fábula; o mundo como ele é, qual seja a globalização como perversidade, e o mundo como ele pode ser, que seria a proposta de uma outra globalização. O mundo como se faz crer que seja é sustentado por peças que se alimentam mutuamente dando continuidade ao sistema. Busca-se a uniformidade, mas o mundo se torna menos unido e, ao mesmo tempo, se enaltece o consumo. Como perversidade⁵⁰, pode-se salientar o desemprego, o aumento da pobreza e a perda da qualidade de vida da classe média, a tendência a situações de risco, aumento da fome e miséria. O autor propõe, contudo, uma globalização mais humana, um outro discurso.

4. As possibilidades sociais em tempos de fluidez das fronteiras

A ordem globalizada se expande ainda a partir de um processo de desenvolvimento tecnológico, através de um progresso técnico que possui como peça central o computador. Tanto é assim que as empresas globais operam

47 Boaventura de Sousa Santos defende a existência de três tipos de globalização: a hegemônica (explicada nessa seção do texto), a contra-hegemônica (ainda emergente, diz respeito aos movimentos sociais) e a da religião política.

48 SANTOS, 2006b.

49 SANTOS, 2004.

50 Modalidade desenvolvida/explicada nessa seção a partir de outros autores que também pesquisam o tema.

apesar das distâncias, fragmentando sua cadeia produtiva, o que acaba por ser facilitado devido a essa hegemonia técnica, e, não fosse essa hegemonia técnica e temporal (tempo da globalização) esses processos não seriam possíveis. Santos⁵¹ trabalha sob uma perspectiva de convergência dos momentos, pontuando que não se trata apenas da hora do relógio ser a mesma nos diversos lugares, mas que atualmente se tem acesso ao conhecimento instantâneo, o que contribui para a chamada mundialização dos produtos, do dinheiro, do crédito, do consumo, etc. Existe uma competitividade muito grande e uma necessidade de se manter na liderança da corrida.

Destaca-se que a história do capitalismo é marcada por crises, tratando-se de um processo de crise permanente e sucessivo – a crise seria estrutural. Entretanto, não se pode pensar que as crises vividas são as mesmas em todos os lugares e, muito menos, que todas apresentem uma única solução. Ao referenciar a globalização perversa, observa-se a emergência de uma dupla tirania do dinheiro e da informação, que formam a base do sistema ideológico que legitimam as ações e influenciam as pessoas e a formação do seu caráter. Os efeitos dessa tirania podem sofrer variações dependendo do lugar, das pessoas e da estrutura do país. Menciona-se que a informação tem um lado despótico que, por vezes, é apropriado pelos Estados ou por empresas, auxiliando na geração de desigualdades. Sobre o dinheiro, pode-se dizer que ocorre um processo de monetarização da vida e de seus aspectos, de modo que tudo se tornou moeda de troca. Percebe-se um retrocesso quanto ao que se entende por bem público e solidariedade⁵².

A competitividade toma o lugar antes ocupado pela competição, perdendo-se cada vez mais a compaixão. O consumo também adquire uma nova roupagem, com o aumento da publicidade (e da informação). Vive-se em um mundo mais materialista, correndo-se o risco de uma diminuição da capacidade crítica intelectual e da moral. Os objetos são carregados de uma ideologia atribuída pelo marketing e serviços de mercado.

A violência estrutural é resultado da presença de diversas manifestações, como a do dinheiro e da competitividade em estado puro, cujas associações conduzem ao pensamento de que prevalece um novo modelo totalitário – “globalitarismo muito mais que de globalização”⁵³. Indepen-

51 SANTOS, 2004.

52 SANTOS, 2004.

53 SANTOS, 2004, p. 55.

dentemente do ângulo de visão a realidade pode ser considerada uma fábrica de perversidade. A fome se torna fato generalizado, a questão da água potável, dos sem-teto, etc.

Os papéis dominantes, legitimados pela ideologia e pela prática da competitividade, são a mentira, como o nome de segredo da marca; o engodo, como o nome de *marketing*; a dissimulação e o cinismo, com os nomes de tática e estratégia. [...] Desse modo, o caminho fica aberto ao abandono das solidariedades e ao fim da ética, mas, também, da política. [...] Estas são as razões pelas quais a vida normal de todos os dias está sujeita a uma violência estrutural que, aliás, é a mãe de todas as outras violências⁵⁴.

A globalização envolve as pessoas, expulsando-as a uma condição primitiva e egoísta, desvalorizando o senso e a noção de solidariedade. De um lado se pensa nos aspectos materiais e por outro nos aspectos relativos ao dinheiro e à informação. A política é feita no mercado, contudo esse mercado global é simbólico. O autor debate a lógica da sobrevivência da empresa global – “se o Estado não pode ser solidário e a empresa não pode ser altruísta, a sociedade como um todo não tem quem a valha”⁵⁵.

A política precisa cuidar do conjunto de realidades e relações. Ela não está limitada a um segmento. O fato de uma empresa estar localizada em determinado local, operando como salvadora, pois gera emprego e modernidade, faz com que o Estado se torne refém dessa situação. O exemplo no Brasil é a guerra fiscal entre estados ou municípios com relação ao ICMS e ISS, respectivamente. Ademais, o autor apresenta três definições de pobreza: a) incluída – sazonal, por exemplo, que ocorre em determinados períodos; b) marginalidade e c) estrutural – equivalente a uma dívida social.

Isso ocorre de tal modo que, na globalização, o espaço geográfico é reconfigurado, ganhando novas definições. Os mais poderosos lhes reservam as melhores fatias de território e o que sobra é deixado aos demais. Com a predominância de novos sistemas técnicos e de informação, novas lógicas são impostas. A esquizofrenia do território, conforme dispõe Santos tem papel ativo na formação da consciência e o espaço geográfico revela o transcurso da história e a forma consciente como os seus atores dela par-

54 SANTOS, 2004, p. 61.

55 SANTOS, 2004, p. 67.

ticiparam. Sobre a geografia, Foucault⁵⁶ afirma que território, sem dúvida, é uma noção geográfica, mas que antes disso, pode ser considerado uma noção jurídico-política⁵⁷, traduzindo-se como aquilo que é controlado por um tipo de poder.

O território se caracteriza pela superfície – chão, mais a população – fato, sentimento de pertencimento, identidade. Opera como a base do trabalho, da residência e de trocas materiais e espirituais. O dinheiro, por sua vez, é uma criação da vida formada por relações e surge como decorrência das atividades econômicas – o dinheiro é equivalente aquilo que pode ser comercializado. Ele também representa o valor atribuído à força de trabalho, à produção e aos seus resultados. Com a globalização, instala-se um dinheiro fluido, invisível. As relações econômicas passam a exercer um controle que ultrapassa as fronteiras estatais, numa nova concepção de poder. Vive-se em um outro ritmo, tendo sido atribuído um novo sentido à palavra tempo – o mundo se encontra marcado por maior rapidez e fluidez. A fluidez potencial aparece no imaginário e na ideologia como se fosse um bem de todos, contudo, apenas alguns têm a possibilidade de usá-la, o que os tornam detentores da velocidade⁵⁸.

Tem-se a fluidez como a qualidade dos líquidos e gases, que se diferenciam dos sólidos por sofrerem contínuas mudanças quando submetidos à tensão. Essas adaptações constituem um fluxo que faz parte das propriedades dos líquidos e não dos sólidos. Bauman⁵⁹ defende que essa fluidez se apresenta como metáfora adequada para retratar os tempos modernos. Os fluidos não mantêm sua forma com facilidade, eles esvaem, pingam, transbordam... Pautada nessa metáfora, questiona-se se essas adaptações são positivas ou negativas? Por bem se responde que sim e que não, pois se revestem de um caráter negativo enquanto condenam o esquecimento do passado e positivas no sentido de se amoldar para enfrentar os desafios que estão porvir⁶⁰. E é justamente nesse prisma que se pretende refletir.

56 FOUCAULT, 2001.

57 Sobre o tema, recomenda-se a leitura de: SPENGLER, Fabiana Marion. Uma relação a três: o papel político e sociológico do terceiro no tratamento dos conflitos. *Revista Dados*, Rio de Janeiro, vol. 59, n. 2, abr./jun., 2016.

58 SANTOS, 2004.

59 BAUMAN, 2001.

60 Considerando o contexto político atual é muito importante essa reflexão.

Apesar de algumas ideias pontuadas no decorrer do texto parecerem um tanto quanto pessimistas, elas são essenciais para pensar acerca do sentido conferido ou que se deseja conferir à vida humana no planeta. De modo que a mesma materialidade que criou a perversidade pode ser usada como a condição para a criação de um mundo mais humano. A emergência da tecnologia e comunicação, dentre outras coisas como técnica, máquinas e informação, não são coisas essencialmente perversas, seu uso é dado dessa forma, contudo, pode-se repensá-lo e utilizar tais benefícios de maneira democrática, com a finalidade de atender aos homens de uma forma geral e ampla e não revestida de perversidade.

Muito se comenta sobre tecnologia, ciência, progresso e promessas e pouco se comenta acerca de uma transformação filosófica do homem, como modo de atribuir um novo sentido à existência das pessoas e do mundo. Santos ao traçar as três faces da globalização: a fábula, a perversidade e outra globalização, pondera diversos aspectos, como geográficos, de tempo, de economia, etc. Ocorre que no compasso ditado por poucos, a maioria se vê obrigada a dançar no ritmo imposto, contudo, quando a maioria repensar e decidir trocar a música ou parar de dançar é o momento de “trocar o disco”. Existem possibilidades de mudança no sentido de aproveitar os benefícios da globalização de um modo mais justo e solidário, mas para tanto é necessária uma profunda reflexão, lembrar das gerações passadas, pensar no outro (presente) e também nas futuras gerações⁶¹, numa ótica de sustentabilidade.

Outra possibilidade, que considera o cenário imposto pelos tempos globais, é a proposta de Giddens⁶² acerca de uma terceira via, que seria um caminho intermediário entre o neoliberalismo (“nova direita”) e a socialdemocracia clássica (“velha esquerda”), discute-se a proposta de uma socialdemocracia reformulada, considerando para tanto os cinco grande dilemas que ocupam lugar de destaque nesse debate: a) a globalização; b) o individualismo; c) a esquerda e direita; d) a ação política e e) os problemas ecológicos. O foco do presente artigo foi, principalmente, o dilema da globalização e como esse afeta os contornos do Estado contemporâneo.

A ideia da terceira via sugere a necessidade de reconstrução do Estado, no sentido de ir além das ideias tradicionais de esquerda ou direita. A

61 Sobre o tema, recomenda-se a leitura de OST, François. *O Tempo do direito*. Lisboa: Piaget, 1999.

62 GIDDENS, 1999.

questão não é mais ou menos governo, mas sim uma democracia que seja mais democrática. O autor⁶³ destaca algumas ênfases que devem ser consideradas de acordo com o contexto de cada país: a) o Estado deve reagir estruturalmente à globalização através de uma perspectiva de descentralização (de forma não unilateral); b) o Estado deveria expandir o papel da esfera pública por meio de mais transparência e abertura; c) para conservar ou recuperar a legitimidade, os Estados sem inimigos⁶⁴ deveriam elevar sua eficiência administrativa (ideia de “burocracia” X “obter mais com menos”); d) a pressão para baixo da globalização introduz a necessidade de formas de democracia diferentes do tradicional processo de votação (referendos eletrônicos, júris cidadãos...); e) os Estados sem inimigos dependem mais do que antigamente, para manutenção da sua legitimidade, da capacidade de administração de riscos.

Essa proposta é marcada por um Estado nacional (sem inimigos), pela descentralização, pela dupla democratização (delegação de poder de cima para baixo mas também de baixo para cima), por uma renovação da esfera pública (transparência), pautada na eficiência administrativa, em outros mecanismos de democracia direta e em um governo administrador de riscos. Ainda, dentro desse projeto, reserva-se um espaço de renovação da sociedade civil que compreende uma parceria entre governo e sociedade, uma renovação comunitária através do aproveitamento da iniciativa local, envolvimento do terceiro setor e de associações voluntárias, proteção da esfera pública local, a prevenção do crime baseada na comunidade e a família democrática.

5. Conclusão

O contexto global ainda é cenário de muitas incertezas e atravessa um momento de especial especulação quanto ao paradigma estatal. As mudanças econômicas, políticas, culturais e sociais são consequências dos efeitos da globalização e são percebidas pela sociedade civil. Vislumbra-se a possibilidade de uma ressignificação das fronteiras dos Estados, uma vez que ações praticadas em um país repercutem nos demais, vive-se conectado, em rede. A perversidade na qual está envolta a globalização não, necessa-

63 1999.

64 Concepção do pós-guerra (Segunda Guerra Mundial).

riamente, é a forma a partir da qual ela deve se instaurar e dela não possa mudar. Em tempos de fluidez, pode-se falar em uma rede conectada e pautada em princípios que valorizem as relações humanas, de modo a dar um outro sentido às tecnologias, incentivando o compartilhamento de responsabilidades e de atitudes que não estejam baseadas em discursos de ódio.

Aproveitar-se desse modelo imposto pela globalização parece lógico, o uso consciente da tecnologia, atrelado a uma comunicação voltada ao bem-estar social, parece viável mediante profunda reflexão e valorização cultural dos povos. Não se pretende aclamar o fim da globalização, até por que parece um fenômeno que não permite esse tipo de retrocesso, mas é imperioso pensar no Estado que se deseja, na organização da sociedade civil e no que se pode fazer para que se trabalhe numa perspectiva de sustentabilidade e responsabilidade para com os outros e para com o mundo⁶⁵. De tal modo, entende-se plausível a utilização de outras possibilidades sociais, como as elucidadas na última seção do texto, que, em meio ao contexto global, apresentam-se como alternativas mais democráticas.

Referências

- ALTHUSSER, Louis. *Ideologia e aparelhos ideológicos do Estado*. Lisboa: Presença, 1970. Disponível em: <https://docs.google.com/file/d/0Bxad40l-hCVbNwdSeFpiYk91Rjg/edit?pli=1>. Acesso em: 10 nov. 2016.
- BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade e holocausto*. Rio de Janeiro: Zahar, 1998.
- _____. *Modernidade líquida*. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.
- BOBBIO, Norberto. *Estado, governo, sociedade: para uma teoria geral da política*. Rio de Janeiro: Paz e terra, 2005.
- FARIA, José Eduardo. *O estado e o direito depois da crise*. São Paulo: Saraiva, 2011.
- FOUCAULT, Michel. *Microfísica do Poder*. Rio de Janeiro: Graal, 2001.
- GIDDENS, Anthony. *A terceira via*. Brasília: Instituto Teutônia Vilela, 1999.
- GOHN, Maria da Glória. *Teoria dos movimentos sociais: paradigmas clássicos e contemporâneos*. São Paulo: Loyola, 2004.

65 Seria, num viés Foucaultiano, explorar a lógica de microrresistências aliando os poderes e os saberes da sociedade.

- GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. São Paulo: Malheiros, 2011.
- LEAL, Monia Clarissa Hennig. *Manual de Metodologia da Pesquisa para o Direito*. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2009.
- MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. *Manifesto do partido comunista*. São Paulo: Cortez, 1998.
- Disponível em: <http://www.pcp.pt/publica/edicoes/25501144/manifes.pdf>. Acesso em: 10 nov. 2016.
- MORAIS, José Luis Bolzan de (org.). *O estado e suas crises*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- OST, François. *O Tempo do direito*. Lisboa: Piaget, 1999.
- RUBIO, David Sanchez. *Encantos y desencantos de los derechos humanos: de emancipaciones, liberaciones y dominaciones*. Barcelona: Icaria, 2012.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. *A gramática do tempo: para uma nova cultura política*. São Paulo: Cortez Editora, 2006.
- _____. Globalizations. *Revista theory, culture & society*, Nottingham, vol. 23, n. 2-3, p. 393-399, maio, 2006b. Disponível em: <http://www.boaventuradesousasantos.pt/media/pdfs/Globalizations_Theory_Culture_and_Society_2006.PDF>. Acesso em: 10 nov.2016.
- SANTOS, Milton. *Por uma outra globalização: do pensamento único à consciência universal*. Rio de Janeiro: Record, 2004.
- SPENGLER, Fabiana Marion. *Da jurisdição à mediação: por uma outra cultura no tratamento de conflitos*. Ijuí: Editora Unijuí, 2010.
- _____. Uma relação a três: o papel político e sociológico do terceiro no tratamento dos conflitos. *Revista Dados*, Rio de Janeiro, vol. 59, n. 2, abr./jun., 2016.
- WACQUANT, Loïc. *Castigar a los pobres: el gobierno neoliberal de la inseguridad social*. Barcelona: Gedisa, 2010.

Recebido em 08 de maio de 2017.

Aprovado em 11 de novembro de 2018.

Os mecanismos de indução ao cumprimento do direito internacional no contexto da internacionalização do direito

International Legal Compliance In The Context Of Internationalization Of Law

Fernando Lopes Ferraz Elias*
Centro Universitário de Brasília (UNICEUB)

1. Introdução

A internacionalização do direito é fruto de uma nova configuração de governança global, em que mudanças nas relações entre os principais atores nacionais e internacionais implicaram transformações no direito. Por meio de um contínuo movimento de irritação mútua, o direito é modificado pelas demais ciências sociais, ao passo em que também as modifica, a partir da racionalidade de cada uma delas. Dessa maneira, por força da especialização do direito internacional, consequência da especialização da sociedade internacional, o sistema jurídico fragmenta-se em subsistemas moldados com diferentes lógicas de funcionamento, inclusive, com instrumentos próprios de efetividade. Outrossim, emerge um direito pós-nacional, marcado por relações transnacionais entre atores infraestatais e privados, com mecanismos próprios de controle normativo.

Sem os métodos explanatórios e empíricos de diferentes ciências sociais, não se consubstancia adequada sistematização externa do direito.

* Graduação em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (1998), Graduação em Relações Internacionais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (1998), Mestrado em Relações Internacionais pela Universidade do Sul de Santa Catarina (2002). Doutor em Direito pelo Centro Universitário de Brasília (2017). Professor universitário (desde 1999) e Coordenador de Curso (desde 2008) da UNICEUB.

Com isso não se quer dizer que haja uma relação de causalidade entre as mudanças experimentadas pelos sistemas sociais e as transformações sentidas pelo sistema jurídico, ao contrário, cada sistema possui uma dinâmica, uma lógica de funcionamento e uma evolução diferente dos demais, sob pena de se transcender os limites de validade de cada esfera. Por sua própria natureza, uma doutrina interdisciplinar auxilia tanto a desconstrução de uma racionalidade social dominante como a elaboração de uma sólida teoria do direito e da justiça internacional. No mesmo sentido, sem a linguagem do direito não se escrevem as relações internacionais.

As formas de controle do direito internacional do século XXI acompanham seu processo de crescente e contínua especialização. Destarte, a proliferação de subsistemas jurídicos internacionais implica a multiplicação dos mecanismos de efetividade. A um só tempo, os mecanismos tradicionais ganham força e surgem novos mecanismos, que não podem ser compreendidos pelo raciocínio jurídico clássico. Por um lado, padrões globais decursivos de processos de interação internacional e transnacional produzem novos arranjos institucionais internos que reforçam a efetividade das normas, obrigatórias ou não, de subsistemas jurídicos públicos e privados; do comércio ao meio ambiente, dos esportes à internet, e ainda em tantas outras áreas. Por outro, o direito internacional aplica-se não apenas em virtude desse cenário de maior cogência, em que normas internacionais com força coercitiva ombreiam com as normas internas na determinação do comportamento dos Estados. Muitas vezes, quando os benefícios de um Estado em não cumprir uma norma ou uma decisão de um tribunal internacional excedem os benefícios de cumpri-las, os mecanismos de incentivo, calcados na ideia de reputação e reciprocidade, são mais adequados do que os mecanismos de imposição e controle.

2. O relacionamento entre o sistema jurídico e os demais sistemas sociais diante da nova governança global

A internacionalização do sistema jurídico é consequência das mudanças nas relações entre os principais atores nacionais e internacionais, uma nova configuração de relações de governança. O direito transforma-se consoante às transformações das demais ciências sociais, a economia¹ e a política, por

1 De Kelsen – ao destacar a importância da economia, conquanto não seja soberana, na definição de estru-

exemplo. Essas transformações nos demais sistemas sociais modificam os contornos do sistema jurídico e o incentivam a agir e processar informações de uma nova maneira, distinta das tradicionais respostas oferecidas até então. Todavia, como os sistemas sociais possuem dinâmicas, lógicas de funcionamento e evoluções distintas, não há imposição direta de mudanças entre si. O sistema jurídico metaboliza as transformações dos demais sistemas sociais² e oferece respostas conforme suas próprias demandas e de maneira a preservar a coerência da sua própria lógica. Os demais sistemas sociais vivem o mesmo processo, em um contínuo movimento de irritação mútua³ que induz a suas transformações.⁴

Nesse sentido, há um processo de influência mútua, numa lógica de ampliação do contato entre os sistemas sociais. Economia, política, ciência e direito⁵ possuem discursos comunicativos próprios que não são antagônicos, ao contrário, complementam-se.⁶ Destarte, a sistematização externa do direito não pode ser alcançada sem os métodos explanatórios e empíricos de diferentes ciências humanas, particularmente nesse momento, em

turas institucionais do sistema jurídico internacional, no final da Segunda Guerra Mundial (KELSEN, 2008, p. 16 - 18) – a Teubner, interpreta-se o sistema jurídico como meio inserto nos demais sistemas sociais e suscetível às suas dinâmicas. A título de exemplo, a análise econômica do direito assim o concebe, não obstante as equivocadas críticas de reducionismo, pois toda teoria, por definição, é a redução de uma realidade mais complexa, cujo escopo é o seu estudo (VARELLA, 2013, p. 408, nota 772).

2 Nenhum sistema fica indiferente aos outros, posto que suas próprias ações dependem de seu envolvimento com os demais (LUHMANN, 2006, p. 127).

3 Cada sistema exaspera o outro. Provocado, o sistema responde aos demais de acordo com sua própria lógica. Cada um deles autorreferencia-se, ou seja, utiliza decisões suas anteriores e apresenta um centro (decisório, no caso do direito, os tribunais) e uma periferia. Nesse momento, fala-se em heteropoiese. Outrossim, em cada sistema há subsistemas, que, a exemplo dos sistemas, complementam-se e irritam-se (FISCHER-LESCANO; TEUBNER, 2003 - 2004, p. 999 – 1046). Da mesma maneira que os tribunais para o sistema jurídico e as organizações estatais para o sistema político, os bancos ocupam o centro do sistema econômico. Todas as demais operações econômicas pertencem à periferia do sistema (LUHMANN, 2006, p. 237).

4 VARELLA, 2013, p. 25, 84 e 259.

5 Por exemplo, a prática jurídica e a prática econômica criam seus próprios programas destinados às suas próprias atividades, no entanto, produzem irritações mútuas, o que desencadeia uma “dinâmica co-evolucionária”. Princípios econômicos – contrato, propriedade, competição, economia de mercado, sustentabilidade ambiental – transformam-se em e reconstruem-se por meio de princípios jurídicos fundamentais – princípios contratuais, função social da propriedade, limites à competição, direitos fundamentais em corporações, natureza vinculativa da sustentabilidade ambiental, entre outros. Os conceitos nascem separadamente – em termos econômicos, contrato é a transação, em termos jurídicos, um ato consensual obrigatório – porém, desenvolvem-se conjuntamente. Portanto, inexistem sistemas autônomos com linguagens unitárias, ao contrário, os exemplos demonstram o quanto a economia e o direito estão intimamente ligados, por isso, essa comunicação bilíngue demanda constantes esforços de tradução em ambas as direções (TEUBNER, 2012, p. 111 - 113).

6 VARELLA, 2013, p. 41 - 42

que a evolução da vida social impõe ao direito a necessidade de se adaptar às mudanças sociais e torna a doutrina, cada vez mais, nitidamente interdisciplinar e marcada pelo uso da pesquisa econômica e sociológica, o que contribui tanto para a construção de uma teoria científica do direito quanto para a crítica a uma prevalente racionalidade social.⁷

Em tese, o código legal do lícito/ilícito rejeita o código de outros discursos como verdadeiro/falso, moral/imoral, ter/não ter, governo/oposição⁸. Entretanto, há hoje uma pluralidade de racionalidades reivindicando universalidade dentro do sistema jurídico. Como se tornou impossível dentro dos próprios domínios do direito, busca-se a unidade perdida por meios extrajurídicos. Nesse sentido, há uma teoria econômica do direito, uma teoria política do direito e uma teoria moral do direito. A situação parece paradoxal e realmente o é, o paradoxo da *unitas multiplex*, refletido como unidade e diversidade.⁹ O caminho seria o de não declarar nenhuma das racionalidades como o fundamento último do direito e da justiça. A título de exemplo, ao invés de aceitar cegamente o método da universalidade da moral, a questão da identidade da ética, as relações entre meios e fins do pragmatismo, a lógica do custo-benefício da economia e o método de poder da política; o direito deve retirar, de maneira isonômica, elementos desses conceitos com os quais construirá o seu próprio edifício. Portanto, é o caso de tornar jurídicos todos esses discursos, e não o contrário, isto é, o direito deve ser capaz de traduzir linguagens específicas e não ser traduzido por elas, por exemplo, em custos de produção, posições de poder e instrumentos de educação.¹⁰

7 OST, 1994, p. 88 - 89

8 De acordo com Luhmann, a partir da perspectiva dos riscos e perigos para a sociedade, os códigos induzem determinadas decisões. A título de exemplo, o código governo/oposição pondera as repercussões de uma política pública nas eleições políticas, portanto, os riscos que realmente uma política pública considera são os ganhos eleitorais. E assim, sucessivamente, para cada código (LUHMANN, 2006, p. 127, 200 e 219). Na mesma medida, o dinheiro autonomiza e institucionaliza a economia, independente de outras ordens sociais. E, ainda, de forma similar, a verdade torna a ciência autônoma e suas fronteiras são definidas por mecanismos reflexivos epistemológicos (TEUBNER, 2012, p. 18).

9 Contudo, o direito não age como uma instância de coordenação superior capaz de superar as contradições entre diferentes racionalidades sociais. Já fará muito se conseguir assegurar a sua própria autonomia em face de tendências totalizantes e de dominação de um sistema sobre o outro (FISCHER-LESCANO; TEUBNER, 2003 - 2004, p. 1045 - 1046).

10 TEUBNER, 1997a, p. 156 - 161, 164 - 167 e 170

A seu turno, a política necessita do direito para estabilizar expectativas e perpetuar a reflexividade do poder, dessa relação surge, em sentido estrito, a “constitucionalização da política”.¹¹ As relações do sistema jurídico com os demais sistemas sociais estão calcadas no valor relativo da ideia de justiça, isto é, sem conteúdo predeterminado ou imposição por parte de alguns Estados.¹² Basicamente, o direito cria e altera expectativas de visões sobre justiça e legitimidade, caso contrário, transforma-se em manifestação política¹³, ao abdicar de parte da sua racionalidade e ao ultrapassar parte dos limites de sua validade.¹⁴

Conquanto não seja possível obrigar o cumprimento das normas internacionais por parte dos órgãos do Estado, isso não quer dizer que esses órgãos possam atuar como se essas normas não existissem. Os conceitos e as estruturas do direito internacional não são algo que os atores internacionais possam optar entre aceitar ou não, haja vista serem a condição para uma possível existência de algo como uma esfera “internacional” capaz tanto de afirmar quanto de contestar o poder político e econômico. É ingênuo pensar um mundo sem direito, uma vez que o mundo internacionalizado também está legalizado em todas as suas estruturas.¹⁵ A questão não é “se” deve ou não haver lei, mas “qual” lei e “a quem ela pertence”. A suposição de que possa haver uma esfera “pura” de não-direito (política, economia, entre outras) é meramente ideológica, considerando que toda

11 TEUBNER, 2012, p. 17

12 Em sentido contrário, Verdross afirma que, conquanto o sentimento de justiça varie consoante as pessoas e os períodos da história, isso não afasta, em hipótese alguma, o seu valor objetivo e absoluto, independente da vontade dos homens. Como não foram os homens que criaram as regras da justiça, eles podem apenas constatar-las. Esses princípios existem numa esfera ideal como as verdades matemáticas que, da mesma forma, são absolutamente independentes do seu conhecimento pelos homens. Portanto, devem-se distinguir claramente as regras objetivas da justiça ideal do sentimento subjetivo da justiça, simples meio para reconhecê-las (VERDROSS, 1927, p. 283 - 284).

13 A existência da função judicial é política, sua atuação jamais. A aplicação do direito deve caminhar da subjetividade (base política) à objetividade (caso decidido por um tribunal). A lei serve a uma necessidade social, mas não pode ser complacente com ela (KOSKENNIEMI, 2005, p. 30 - 31). Os tribunais internacionais são mecanismos de supervisão do comportamento dos Estados, cujo papel é questionar práticas estatais ilícitas. Se ficarem reféns da pressão política, perdem a sua legitimidade (ALTER, 2008, p. 73).

14 VARELLA, 2013, p. 17, 162 e 362 - 363

15 Kelsen chega a afirmar que o Estado não é um grupo de indivíduos submissos a um poder organizado, mas uma ordem à qual os indivíduos são submissos, ou seja, normas que regulamentam a conduta humana. Consequentemente, o povo compreende o conjunto dos indivíduos para os quais a ordem estatal é válida, isto é, aplicada. O território do Estado não é uma porção bem delimitada da superfície terrestre, mas simplesmente a extensão para a qual vale a ordem estatal (KELSEN, 1926, p. 269 - 272).

esfera de produção de políticas públicas tem a influência da gramática jurídica na construção de sua linguagem. Se a lei internacional não existisse, teria de ser inventada.¹⁶

3. A efetividade normativa no ambiente de maior complexidade do direito internacional

O processo de especialização da sociedade global, responsável por novas formas de intermediação entre o direito e a política, leva a um processo de especialização do direito internacional¹⁷, por sua vez, marcado, entre outros fatores, por diferentes instrumentos de implementação e controle do direito.¹⁸ Diante disso, o direito internacional fragmenta-se e passa a ter diferentes lógicas de funcionamento¹⁹, especializando-se na medida em

16 KOSKENNIEMI, 2005, p. xiii - xiv e 128

17 Crítico dessa realidade, Koskenniemi alerta que debates recentes sobre a governança global e, especialmente, sobre a fragmentação do direito internacional demonstram bem o surgimento e o funcionamento de estruturas enviesadas. Por meio da especialização – isto é, da criação de regimes especiais de conhecimento e experiência em áreas como direito comercial, direitos humanos, direito ambiental, direito penal, direito europeu, e assim por diante – o mundo da prática jurídica segmentou-se em projetos institucionais que servem para públicos especiais com interesses especiais e éticas especiais. A razão de criar tais instituições especializadas é a de afetar os resultados produzidos internacionalmente. Isso sugere que o centro pode ter desabado totalmente e o seu lugar ter sido tomado por uma infinidade de especializações, em que a luta entre as preferências de grupos rivais de especialistas ainda não terminou. Como nessa seara quase nada é aleatório – os juristas da área bem sabem –, direcionar atenções para aquelas instituições é uma forma de encontrar uma audiência mais simpática. Se tais regimes são ambiciosos e contam com o apoio de algum setor poderoso do mundo político, então, podem ter sucesso em mudar o viés geral da lei. As novas preferências geralmente são consolidadas, a partir do argumento de que, devido à “recente evolução” técnica, econômica, política, ou de qualquer outro campo (normalmente ligado a alguma linguagem sociológica sobre “globalização”), novas necessidades ou interesses surgiram e exigem um novo tratamento. O novo regime, portanto, procura responder aos novos desafios, não pela substituição da velha regra, mas apenas pela criação de uma “exceção” a essa regra. Às vezes, porém, a exceção pode ganhar mais terreno até tornar-se a nova regra, o que se tem visto nas áreas de direitos humanos e comércio internacional (KOSKENNIEMI, 2009, p. 09 - 10).

18 Segundo Ost, se o sistema jurídico estiver dissociado do sistema social, é impossível compreender os conceitos de efetividade, relativo à aplicação da lei, e eficácia, pertinente à produção de resultados jurídicos, isto é, se a lei aplicada obtém o resultado desejado. A falta de correspondência com a realidade ameaça a efetividade e, conseqüentemente, a validade formal das normas jurídicas (OST, 1994, p. 115 e 124).

19 A título de exemplo, direitos humanos e direito dos conflitos armados são duas áreas especializadas do direito internacional com estruturas particulares (SCOBBIIE in EVANS, 2010, p. 67). A doutrina da proporcionalidade empregada em uma difere da outra. A proporcionalidade no direito dos conflitos armados refere-se aos danos colaterais e, portanto, permite ferimentos e até mesmo a morte de civis, o que constitui verdadeiro anátema para os direitos humanos (KRETZMER, 2009, p. 26 - 27). Nesse sentido, o princípio da dignidade da pessoa humana, se considerado como um valor absoluto, não se concretiza em todos os subsistemas jurídicos, a exemplo do direito humanitário, tampouco em alguns tribunais nacionais. De acordo com diferentes critérios de importância de cada ramo do direito, sistemas normativos podem ser, a um só tempo, centrais e periféricos. Nessa esteira, uma teoria do direito internacional deve abdicar da lógica unitária em prol de formas de interação entre sistemas (VARELLA, 2013, p. 407 e 446).

que a própria sociedade internacional especializa-se. Em outras palavras, a busca por legitimação conduz cada um desses subsistemas do sistema jurídico a desenvolver mecanismos próprios e ampliar a efetividade das suas normas jurídicas. Essa nova realidade engendra distintos conjuntos normativos internacionais com diferentes níveis de efetividade.²⁰ Em que pesem as ainda expressivas dificuldades de consolidação de cada subsistema na comunidade internacional²¹, esse rápido processo de criação de instrumentos operativos próprios, calcado em novas racionalidades, explica o direito internacional como sistema e não mais como um direito primitivo (no sentido estritamente positivista) e pouco efetivo.²²

As organizações internacionais, os regimes transnacionais e suas redes passam por um processo de constitucionalização, maior do que um processo de juridicidade, pois se tornam parte de uma ordem constitucional global fragmentada, embora não atinjam a densidade de constituições nacionais. Não se trata da criação, desde o início, de novas constituições, mas sim da profunda transformação de uma pré-ordem constitucional existente. No mar da globalidade, emergem ilhas constitucionais caracterizadas pela coexistência de ordens independentes estatais somadas às estruturas sociais não-estatais autônomas. A ligação entre política e direito observada nas constituições nacionais não se reproduz na sociedade mundial (um estranho fenômeno de “constitucionalização de ordens globais sem um Estado”), em que subsistemas começam a desenvolver as suas próprias normas jurídicas constitucionais para resolver conflitos decorrentes de problemas sociais globais.²³

Da periferia desse sistema e mediante forças centrípetas, é possível falar no surgimento e na propagação de um direito pós-nacional, caracterizado por relações globais (ou transnacionais²⁴), não necessariamente inter(na-

20 Teubner simboliza esse fenômeno pela imagem de uma rede, cujos nós apresentam níveis próprios de efetividade (TEUBNER, 2009, p. 115 - 136).

21 Conquanto possuam lógicas setoriais bastante racionais e pretendam-se autônomos, os vários subsistemas jurídicos ainda demonstram-se insuficientes (KOSKENNIEMI, 2009, p. 10).

22 VARELLA, 2013, p. 14, 21, 133, 257, 259, 263 - 264, 370, 418 e 474 - 475; VARELLA, 2014, p. 55 - 56

23 TEUBNER, 2012, p. 08, 11, 52 - 53 e 55

24 A partir de uma perspectiva liberal, Slaughter identifica um processo contínuo de criação de mecanismos pacíficos de solução de controvérsias por meio de uma rede densa de relações transnacionais entre indivíduos e grupos (SLAUGHTER, 1995, p. 512 - 513).

cionais).²⁵ Essa nova realidade em formação, que decorre de novas formas de interação entre os atores transnacionais e validação de normas jurídicas privadas, consoante o comportamento e a credibilidade desses atores, apenas pode ser concebida sob a ótica da internacionalização do direito.²⁶ A validade desse direito advém do seu próprio conjunto normativo, cujas obrigações produzem expectativas de cumprimento suficientes para assegurar a legitimidade e a efetividade de suas normas.²⁷

Destarte, ocorre uma “individualização de normas gerais”, ou seja, a criação de regras por um grupo extremamente diversificado²⁸ – organizações não-governamentais, empresas multinacionais, sindicatos, igrejas, associações desportivas privadas internacionais – com capacidade de ação política nada desprezível, portanto, em muitos casos, com mais efetividade do que as regras estatais.²⁹ De fato, em contraste com a usual relação hierárquica entre normas públicas e privadas, a validade jurídica dessas “regras organizacionais internas” prescinde da regulamentação estatal.³⁰ Há

25 Não deixa de ser curioso observar como essas ideias eram contundentemente rechaçadas no início do século passado: “É impossível admitir a recepção de direito privado no direito internacional e, por consequência, a limitação dos poderes estatais, pois não se encontra nas relações individuais nada que corresponda às relações interestatais. O direito internacional não se apropriou de regras do direito privado. Pelo fato dos Estados serem soberanos, suas relações devem ser apreciadas segundo leis próprias. Afinal, que direito privado poderia pretender ser o tesouro de onde o direito internacional tenha tirado suas riquezas? O direito privado das partes contratantes. Mas de qual delas? Na maioria das vezes, os direitos privados dos Estados contratantes diferem. A dificuldade aumenta, conforme o número de Estados” (TRIEPEL, 1923, p. 99 - 100).

26 ELIAS, 2014, p. 118

27 TEUBNER, 1997b, p. 4

28 Acrescenta-se a esse heterogêneo grupo de atores não-estatais, as “comunidades epistêmicas transnacionais”, isto é, redes de profissionais com reconhecida competência em uma área específica do conhecimento, que propõem soluções para problemas globais (KOH, 1998, p. 649). Koskeniemi alerta para o embate entre vocabulários especializados concorrentes, cada um equipado com um viés específico. Porque todo vocabulário jurídico é intrinsecamente aberto, tudo se torna uma questão de estratégia interpretativa. Cada vocabulário destaca algumas soluções, alguns atores e alguns interesses. Nenhum deles é “mais verdadeiro” do que os outros. Cada um torna algum aspecto mais visível, enquanto esconde outros aspectos. Todavia, se o vocabulário não é visto como uma questão de escolha da linguagem, que fornece a base para a aplicação de um tipo particular de direito e experiência jurídica, então, corre-se o risco de ser entendido como algo natural e, dessa maneira, tornar-se ideológico. Não há nada de novo nesse processo, a não ser o fato de que os embates são descritos na linguagem “neutra” dos especialistas, o que esconde ou obscurece a natureza contingente das escolhas feitas, o viés estrutural de cada tema: econômico, ambiental, humanitário ou de segurança (KOSKENIEMI, 2009, p. 10 - 12).

29 OST; KERCHOVE, 2002, p. 74 - 75

30 Há hoje um forte debate pertinente ao reconhecimento dessas novas manifestações jurídicas – edificadas por meio de relações heterárquicas e autovalidadas por atores privados – diante dos obstáculos encontrados quanto à natureza de seus sujeitos e normas, à impossibilidade de autovalidação de normas privadas

uma combinação entre normas primárias e secundárias na tutela dos comportamentos corporativos.³¹

Diante disso, o direito internacional do século XXI é composto, também, por um conjunto de normas (comuns a diversos Estados) elaborado, implementado e controlado por atores infraestatais e privados, portanto, que transcende a questão normativa entre Estados, englobando discursos comunicativos transnacionais e normas com mecanismos próprios de efetividade e sanção em caso de descumprimento. Destarte, agora há uma nova complexidade³² no plano internacional, ou seja, um cenário de inúmeros fatores, nenhuma previsibilidade e novos atores, além dos Estados e das Organizações Internacionais, com capacidade de criarem normas, por vezes, mais densas e efetivas³³ do que as normas interestatais.³⁴

Dessa maneira, no contexto pós-moderno, há uma “privatização do direito internacional”, isto é, um quadro com sujeitos em um maior número e nível de interações, marcadamente heterárquicas, e com normas coercitivas de solução de conflitos, próprias de cada sistema. Tratam-se de normas de um direito pós-nacional construídas por entes transnacionais privados, que transcendem a tutela de seus interesses individuais e, assim, passam, ao lado do direito público, a regular os interesses coletivos. A ideia de efetividade é renovada e o conceito de obrigatoriedade substituído pelo de “níveis de obrigatoriedade”.³⁵

Portanto, quer seja pelo aumento da importância e da imperatividade das normas internacionais, quer seja pelo interesse – de curto, médio ou longo prazo – dos próprios Estados e pela construção de identidades en-

ou, ainda, à incapacidade de mecanismos jurídicos particulares vincularem entes estatais. Esse dilema não encontra respostas nos fundamentos do direito internacional esculpido, desde o século XVIII, quer seja pela teoria positivista contemporânea, quer seja pela teoria do direito natural. Somente pode ser resolvido se considerarmos que esses direitos contratuais criam regras primárias convencionadas entre as partes e um sistema de coerção com a aplicação de sanções pelos próprios sujeitos entre si (ELIAS, 2014, p. 118 e 131).

31 TEUBNER, 2012, p. 48 - 49

32 A ideia de complexidade substitui a definição clássica de sistema como conjunto de elementos pela concepção de intercâmbio entre esses elementos (OST, 1994, p. ix).

33 A exemplo da lógica da *lex mercatoria*, em redes de empresas ou arranjos neocorporativos, as relações jurídicas criam novas figuras e formas de responsabilização independentes dos Estados de nacionalidade das empresas envolvidas. Os sistemas de punição, agora privados, consistem na exclusão de atores ou conjunto de atores contrários aos objetivos coletivos ou somente para a melhor realização dos escopos pretendidos (VARELLA, 2013, p. 250 - 251).

34 VARELLA, 2013, p. 133, 225 - 226, 370 e 374; VARELLA, 2014, p. 56

35 ELIAS, 2014, p. 118 e 131

tre si; há uma expansão de um direito interestatal (direito internacional público) ou de um direito comum aos Estados (aproximação mesmo das regras domésticas e privadas), o que amplia a efetividade do sistema jurídico, pois aumenta a previsibilidade desse sistema ao estabilizar expectativas – quando aponta os limites (esperados) dos processos internacionais de negociação política e indica as respostas (esperadas) dos Estados (racionais) –, diminuir os custos de transação e construir espaços de solução de controvérsias, inclusive, com a previsão de medidas de retaliação.³⁶

4. Os mecanismos tradicionais de busca da efetividade das normas internacionais em um cenário de crescente densidade jurídica internacional

Esse conjunto dinâmico e complexo de normas públicas e privadas (contratos), responsável por uma nova identidade do direito internacional, implica arranjos institucionais internos³⁷, a fim de traduzir esses processos jurídicos internacionais em realidades locais e manter o cumprimento das normas internacionais. Consequentemente, produz também uma nova configuração do direito nacional, influenciando a própria forma de compreender o certo e o errado, o lícito e o ilícito. Dessa maneira, os Estados hesitam em adotar medidas que possam ser interpretadas como violadoras do direito internacional. De fato, os gestores domésticos se sentiam mais livres para editar normas violadoras de tratados, quando o direito internacional possuía sanções meramente morais, marcadas por efeitos leves na responsabilização internacional dos Estados. O interesse dos atores estatais e não-estatais numa maior efetividade do direito internacional constrange a ação dos Estados, implicando modificações de políticas públicas, de atos legais, e até mesmo de decisões judiciais internas.³⁸

Nessa esteira, se por um lado, com relevantes níveis de autonomia, os atores aderem voluntariamente às regras de subsistemas jurídicos privados – aqueles marcadamente caracterizados por critérios funcionais, isto

36 KOH, 1996, p. 199 - 203

37 Por meio de atos executivos, leis e decisões judiciais, os Estados incorporam o direito internacional em suas estruturas políticas domésticas (KOH, 1996, p. 204). Cabe aos Estados considerarem obrigatórias as leis e as decisões dos tribunais internacionais no âmbito de seus sistemas jurídicos nacionais (ALTER, 2008, p. 50 - 51).

38 VARELLA, 2013, p. 89, 94, 203 e 257

é, relacionados ao tema –, em outras palavras, se os regimes privados ultrapassam as fronteiras estatais e prescindem do território como padrão de avaliação de efetividade, em síntese, se a existência, a validade e a efetividade do direito privado – do comércio ao meio ambiente, dos esportes à internet, e ainda em tantas outras áreas – não mais dependem dos Estados,³⁹ por outro, mormente por se tratar de normas não-obrigatórias, o direito internacional é remodelado no plano doméstico, posto que a sua implementação depende de características próprias de cada território e pode ser realizada com menor ou maior participação dos Estados, de acordo com o grau de democracia⁴⁰, a capacidade econômica dos nacionais em participar de redes privadas, a relação com as estruturas estatais por meio de intervenções legislativas e judiciárias nas normas privadas e, ainda, os valores culturais.⁴¹

Promover a observância do direito determina a métrica da eficácia de todo tribunal. Entretanto, é importante não perder de vista as características peculiares dos tribunais internacionais e evitar a apressada e equivocada analogia com os tribunais nacionais.⁴² Quanto mais os tribunais internacionais facilitarem o cumprimento das normas internacionais, mais eficaz será o sistema jurídico internacional. Todavia, um Estado pode não querer participar de um processo judicial internacional, muito menos, cumprir uma decisão de um tribunal internacional que não seja do seu interesse. No plano internacional, diferentemente do que ocorre no plano doméstico, não há qualquer estrutura coercitiva capaz de constranger a vontade estatal.⁴³ Os tribunais internacionais diferenciam-se dos tribunais nacionais, principalmente, pela ausência de mecanismos coercitivos.⁴⁴ O primado do direito internacional⁴⁵ depende do império da lei interna, a ponto de insti-

39 TEUBNER, 1997b, p. 765

40 Em contraponto, Koh pondera que a internalização não é mais eficaz em países democráticos, com instituições político-jurídicas mais consolidadas, pois esse processo depende menos do ordenamento jurídico interno em questão e mais da regra pela qual a norma internacional é internalizada, a exemplo da incorporação interna de tratados, que vão do direito do mar à imunidade diplomática, por países não-democráticos (KOH, 1998, p. 674 - 676).

41 VARELLA, 2013, p. 94, 247 e 254

42 GUZMAN, 2008, p. 171 e 234 - 235

43 ALTER, 2008, p. 44

44 VARELLA, 2013, p. 297 e 382

45 Para Koh, há quatro tipos de relações entre as normas estabelecidas e os comportamentos observados: coincidência, conformidade, cumprimento e obediência. A coincidência refere-se a um estado aleatório de

tuições internacionais desenvolverem uma nova forma de responsabilidade estatal: a responsabilidade de implementação doméstica das obrigações internacionais. Os Estados ainda mantêm o monopólio do poder coercitivo e, portanto, possuem maior capacidade de afetar a vida dos seus cidadãos. As estruturas políticas internas dizem respeito à aplicação do direito internacional na medida em que a “internacionalização incorporada”, ou seja, a estratégia de incorporá-lo domesticamente, traduz-se no melhor expediente para regulamentar a eficácia da lei internacional.⁴⁶

A internalização – o que não significa apenas coerção⁴⁷, contudo, presuppõe o status de um compromisso jurídico obrigatório e vinculativo – é a razão pela qual a norma internacional é respeitada. Globalmente, a chave para a obediência ao direito internacional é a participação no “processo jurídico transnacional”⁴⁸ ou “processo vertical”, isto é, um processo dinâmico (“de cima para baixo” e “de baixo para cima”) e normativo em que atores estatais e não-estatais – Estados, Organizações Internacionais, Organizações Não-Governamentais, empresas multinacionais e indivíduos – interagem em uma variedade de fóruns públicos e privados, nacionais e internacionais, de maneira a incentivar os violadores (e eventuais violadores) a aceitarem as normas internacionais, por sua vez, internalizadas no direito doméstico. Portanto, os elementos-chave desse pensamento são: participar, influenciar e impor, ou seja, busca-se incorporar nacionalmente certas normas internacionais a partir de interações que suscitam interpretações jurídicas. Não se trata de mero cumprimento estatal de norma internacional mediante coação, mas de obediência à norma internacional incorporada ao conjunto de valores do sistema normativo do Estado. Em síntese, a maioria das nações cumpre as regras internacionais que são inter-

coisas, ao passo em que a conformidade diz respeito à conveniência de determinada conduta, enquanto o cumprimento, aos ganhos que se pode tributar da compatibilidade entre um comportamento e certa norma e, finalmente, a obediência decorre de um comportamento induzido por determinada norma incorporada ao próprio sistema interno de valores do agente. Nessa escala, observam-se três mudanças: do externo para o interno, do instrumental para o normativo, do coercitivo para o constitutivo (KOH, 1998, p. 627 - 629).

46 SLAUGHTER, 2000, p. 246 - 248

47 A teoria da internalização de Koh parece, num primeiro momento, reproduzir estruturas de poder e reforçar a aplicação de sanções. Contudo, na verdade, corresponde ao império dos interesses domésticos e não dos interesses dos Estados mais poderosos. Dessa forma, não se encaixa num modelo dentro da teoria da coerção, pois reconhece que a internalização assume formas variadas e sutis (BAHDI, 2001, f. 31 - 33).

48 Teubner ressalta que, diferente de outros subsistemas, o ritmo próprio dos processos jurídico-políticos transnacionais ainda mantém o direito e a política muito dependentes da intercessão estatal (TEUBNER, 2012, p. 42).

nalizadas em virtude de padrões globais oriundos de um processo jurídico transnacional. Portanto, esse processo contínuo de interações e internalizações consubstancia o direito internacional como parte dos interesses e identidades nacionais, o que o torna um fator relevante para as relações internacionais.⁴⁹

No entanto, a eficácia de um regime em evitar o descumprimento de suas normas depende não apenas do seu esforço em internalizá-las. Não basta a promulgação de leis, é necessário estabelecer procedimentos administrativos para garantir a efetividade interna das leis internacionais. Alguns acordos internacionais chegam a conter regras específicas sobre quais medidas devem ser tomadas internamente pelos Estados. A supervisão da conduta de entes públicos e privados é condição *sine qua non* para o cumprimento das obrigações internacionais. É preciso considerar que a conformidade não é estática, os comportamentos estatais podem mudar ao longo do tempo.⁵⁰

Ademais, a partir da década de 1990, houve um crescimento no número de tribunais internacionais com competência delegada pelos Estados para interpretar compromissos internacionais, que vão do comércio aos direitos humanos, incluindo crimes de guerra. Cada vez mais, os Estados preferem tribunais internacionais com capacidade de adjudicação das disputas (65%), com jurisdição compulsória⁵¹ (55%), e poder de revisão dos atos nacionais administrativos (40%) e, até mesmo, legais (de 20 a 30%). Esses números reveladores da vontade estatal crescente de criar e utilizar os tribunais internacionais sugerem que o equilíbrio entre os custos e os benefícios não desagradou a maioria dos Estados.⁵² Portanto, nos últimos vinte anos, observam-se mudanças no Judiciário internacional, tanto a criação de novos tribunais com jurisdição obrigatória e instrumentos próprios e especializados de indução ao cumprimento de suas decisões, quanto a aceitação da jurisdição obrigatória dos tribunais mais antigos e o fortalecimento de mecanismos de implementação das suas

49 KOH, 1996, p. 184, 204 - 205 e 207; KOH, 1998, p. 626 e 644; KOH, 2004, p. 339 e 343

50 WOLFRUM, 1998, p. 29 - 30 e 103

51 Por jurisdição compulsória entende-se aquela em que uma parte não pode simplesmente rejeitar a competência de um tribunal para resolver conflitos (GUZMAN, 2008, p. 175 e 178). Na seara internacional, a jurisdição obrigatória limita a capacidade dos Estados de bloquearem um contencioso, possibilitando um mais útil sistema internacional de adjudicação de controvérsias (ALTER, 2008, p. 38 e 44).

52 ALTER, 2008, p. 61 - 63 e 76

decisões, conquanto ainda bem menos efetivos do que aqueles dos novos tribunais.⁵³

O caráter obrigatório da decisão determina a eficácia de um tribunal internacional. A efetividade de um tribunal internacional é maior quando as decisões são juridicamente vinculantes para os litigantes.⁵⁴ Dar ao um Estado o poder de evitar um tribunal internacional permite que ele escolha as sanções mais brandas, o que, por sua vez, reduz os custos da violação da lei e, portanto, o incentivo para cumpri-la, tornando o tribunal internacional menos eficaz. Em poucas palavras, o impacto da jurisdição obrigatória sobre a eficácia de um tribunal internacional é positivo.⁵⁵

5. Os novos mecanismos de afirmação das normas de um direito internacionalizado

O aumento da efetividade do sistema jurídico internacional e das suas interações com os sistemas jurídicos nacionais apontam para um cenário de maior cogência do direito internacional. Na mesma medida, novos regimes jurídicos privados, com poder de sanção suficiente para superar determinações estatais ou torná-las politicamente insuportáveis, apresentam maior efetividade quanto maiores suas capacidades de sanção. Todavia, além da força coercitiva de atores externos, o direito internacional é, outrossim, imposto pela legitimidade obtida por seus próprios procedimentos, por meio de mecanismos não-violentos internos ou externos. O conceito de sanção torna-se cada vez menos central na definição da norma jurídica internacional.⁵⁶ Dessa maneira, diante de suas várias funções expressivas – de comunicação, de valores, de justificação e de legitimação –, o direito internacional não se reduz à função repressiva, controladora e sancionadora.⁵⁷ De fato, um sistema baseado no impacto gradualmente liberalizante da norma internacional, responsável pela transformação da identidade do agente – de pária a cumpridor do direito internacional –, é mais efetivo do que um sistema calcado em sanções externas.⁵⁸

53 VARELLA, 2013, p. 297 e 389; VARELLA, 2014, p. 55

54 HELFER; SLAUGHTER, 1997, p. 304 e 307

55 GUZMAN, 2008, p. 221 - 222

56 VARELLA, 2013, p. 242 - 243, 255, 365 e 418

57 DELMAS-MARTY, 2003, v. I, p. 235

58 KOH, 1998, p. 629 e 641 - 642

O apoio e a obediência à lei internacional dependem de propriedades que fazem os regimes jurídicos dignos de nossa estima e lealdade. O direito internacional é capaz de afetar o comportamento dos Estados tanto quanto o direito interno, pois também possui mecanismos, inclusive coercitivos, suficientes para que os Estados não o violem, porém, se considerarmos que a relevância da lei reside exclusivamente na ameaça e no exercício da coerção física imposta por instituições burocráticas – tais como uma polícia ou uma milícia –, então, o direito internacional não é tão importante quanto o direito interno. Entretanto, essa ideia limitada de direito internacional prejudica a compreensão de como as suas regras são capazes de afetar os comportamentos estatais, pois concebe, de forma excessivamente estreita, a aplicação da lei em si. Muitas vezes, há uma “coerção exteriorizada”, isto é, o próprio regime garante o cumprimento de suas regras, por meio não da força bruta, ao contrário, por meio da efetiva exclusão desse regime — e isso ocorre em diferentes áreas, dos direitos humanos ao comércio internacional –, ou seja, pelo “isolamento” do Estado transgressor, o que envolve a negação ao violador dos benefícios da cooperação. Portanto, em outras palavras, caso se reconheça a intimidação e a violência por parte de uma força policial como as únicas formas de aplicação da lei, o direito internacional é ineficaz. Contudo, uma imagem mais completa – mais profunda e mais precisa – do direito internacional revela que a coerção exteriorizada é relevante para a tarefa de contabilizar os sucessos da lei internacional.⁵⁹

Segundo Bobbio, “a função promocional do direito” compreende o papel desempenhado pelo direito, entre outros fatores, na multiplicação de “sanções positivas”, ou seja, incentivos e benefícios destinados a recompensarem comportamentos em conformidade à lei, em vez de punições⁶⁰ voltadas a penalizarem condutas ilegais.⁶¹ Uma política estatal de violação do direito internacional é percebida no plano global de modo suficientemente abrasivo para afastar eventuais benefícios decursivos das interações internacionais desse Estado. Num mundo interdependente, nem mesmo os Estados mais impermeáveis à influência externa conseguem sobreviver sem se relacionarem com os demais, tampouco sem respeitarem o direito

59 HATHAWAY; SHAPIRO, 2011, p. 255 - 261

60 Na gênese do sistema jurídico, uma transgressão tem menos a ver com punir o culpado do que com restaurar a harmonia da ordem (OST, 1994, p. 148 - 149). No mesmo sentido, é possível afirmar que o recurso à violência física não é o principal valor de um sistema jurídico (HATHAWAY; SHAPIRO, 2011, p. 259)

61 BOBBIO, 1977, p. 13 - 22

internacional, se buscam participar de um processo transnacional político e econômico.⁶²

Observa-se, hoje, cada vez mais, a necessidade dos Estados encontrarem soluções para problemas semelhantes, a partir do cumprimento do direito internacional – mesmo que não integrem eventuais tratados⁶³ – ou a partir de discussões internacionais⁶⁴ a respeito de medidas a serem adotadas em casos concretos.⁶⁵ Sobre o “efeito da transposição”, é possível afirmar que a eficácia jurídica de uma lei importada é inversamente proporcional ao ambiente coercitivo de sua implementação.⁶⁶

Calcado na globalização do direito, o empréstimo de soluções jurídicas estrangeiras – regras, instituições, conceitos e estruturas – deita raízes, entre outros motivos, na expectativa de eficácia normativa ou de incentivos políticos, econômicos ou reputacionais.⁶⁷ A expectativa de eficácia normativa é preponderante na determinação de quais leis serão transplantadas, de onde, e para onde. A disseminação transnacional e transfronteiriça de ideias, instituições e estruturas jurídicas devem-se menos aos fatores relacionados ao valor intrínseco ou instrumental do direito e mais aos fatores pertinentes aos valores extrínsecos ao direito, cujo poder explicativo é mais relevante na determinação da migração normativa. Dentre eles, destacam-se: (i) os fatores políticos, culturais, sociais, simbólicos ou de otimização econômica; (ii) a reputação e o desejo de um país de ser recebido, respeitado ou estimado por um grupo de países, o que depende do grau de harmonia entre as suas leis e as do grupo, bem como dos seus esforços para compatibilizá-las.⁶⁸ Os Estados reagem à reputação de cumpridores ou não do direito internacional,⁶⁹ responsável pela adoção de comportamentos semelhantes⁷⁰, bem como de soluções parecidas para problemas transnacio-

62 KOH, 1998, p. 654 e 676

63 Quando os Estados comprometem-se por meio de tratados, muitas vezes, a capacidade da norma internacional de induzir conformidade nacional prescinde da sua internalização (BAHDI, 2001. f. 33 - 34).

64 Quanto mais próximas as ideias estiverem de um consenso, mais influentes internacionalmente elas serão (SCHAUER, 2000, p. 13).

65 VARELLA, 2013, p. 89

66 BERKOWITZ; PISTOR; RICHARD, 2001, p. 02 - 03

67 VALDERRAMA, 2003, p. 263 - 265 e 267 - 268

68 SCHAUER, 2000, p. 01 - 02, 11 e 14

69 KOH, 1996, p. 204

70 Muitos Estados cumprem normas que não gostariam de cumprir com base na reciprocidade, ou seja, no comportamento dos demais Estados (JACKSON, 2000, p. 07).

nais sobre temas centrais que os atingem diretamente, a título de exemplo, direitos humanos, meio ambiente e comércio internacional.⁷¹

Assim sendo, o descumprimento, num contexto de crescente complexidade do direito internacional, ocorre mais por questões que escapam da lógica do direito internacional tradicional. Um Estado pode optar por não cumprir um compromisso caso considere que os benefícios do cumprimento não compensam os custos, em outras palavras, se os benefícios de não cumprir excedem os benefícios de cumprir. Diante dessa situação, os instrumentos de controle são menos eficazes do que os instrumentos de incentivo, estes que, por sua própria natureza, são auto-executáveis, isto é, prescindem de medidas que os Estados, muitas vezes, relutam em tomar. Nessa esteira, é conveniente distinguir os mecanismos de confrontação dos mecanismos de cooperação, todavia, sem concebê-los como excludentes, senão suplementares. A título de exemplo, o acesso a mercados e à tecnologia é um meio para estimular o cumprimento, na mesma medida em que a limitação a esse acesso é um meio para desestimular o descumprimento.⁷²

As sanções jurídicas não são o fator crucial de mudança do comportamento das corporações, ao contrário, são fatores cruciais: a mídia, o conhecimento dos especialistas, o poder político, a pressão social da opinião pública (protestos da sociedade civil, de ONGs a sindicatos) e os incentivos e as sanções econômicas. A pressão econômica exercida por consumidores e investidores sobre as corporações é decisiva. Os mecanismos de reputação têm se destacado entre os mais efetivos. Embora os juristas não gostem de admitir, o direito é um entre outros elementos, não é o principal.⁷³

Os tribunais internacionais apresentam um poder limitado de solução de conflitos internacionais, ou seja, de fazerem os Estados abandonarem seus próprios interesses em prol de um ideal transnacional. Podem ajudar os Estados a resolverem disputas entre si, porém, caso procurem impor suas decisões aos interesses dos Estados, serão cada vez menos utilizados ou simplesmente ignorados. Portanto, ao contrário do que sói imaginar,

71 VARELLA, 2013, p. 257

72 O estudo feito pelo autor foca o direito ambiental internacional, contudo, pode ser aplicado de forma geral ao direito internacional (WOLFRUM, 1998, p. 30 - 32, 101, 146 e 151).

73 TEUBNER, 2012, p. 94 - 96, 103 e 107 - 108

quanto mais independente⁷⁴ for um tribunal internacional, menos eficaz⁷⁵ será na resolução de um litígio. Conceder independência⁷⁶ aos tribunais internacionais antes de se chegar a um consenso político internacional, somente irá enfraquecê-los⁷⁷ e impedi-los de realizar os modestos benefícios de que são capazes.⁷⁸ Até mesmo para preservar o direito internacional e as instituições jurídicas internacionais, é preciso reconhecer os limites dos tribunais internacionais. Sem consenso na sociedade internacional, os tribunais internacionais não são uma opção adequada, tampouco são capazes de resolver os problemas que a diplomacia não pode. O papel dos mecanismos jurídicos internacionais é ajudar os organismos internacionais a atravessarem os campos minados da política internacional, por meio da construção de pontes de legitimidade.⁷⁹

74 Posner e Yoo identificam cinco características definidoras da independência de um tribunal internacional: (i) jurisdição obrigatória; (ii) proscição a juiz de nacionalidade dos Estados em litígio; (iii) corpo permanente de juizes; (iv) mandatos fixos dos juizes; e (v) possibilidade de intervenção de terceiros (POSNER; YOO, 2005, p. 51).

75 Segundo Guzman, o nível de dependência de um tribunal internacional afeta positivamente o cumprimento e negativamente a eficácia de suas decisões. Para os Estados racionais, quanto mais dependente for o tribunal, menor é o custo da conformidade – porquanto os seus procedimentos tornam-se mais negociáveis e menos adjudicáveis e as partes tornam-se mais influentes e mais capazes de impedir uma decisão, inclusive com medidas compensatórias, que lhes desagrade – e, portanto, mais reduzida é a probabilidade de descumprimento. Todavia, na mesma medida, as sanções impostas pelo tribunal internacional pela violação do direito internacional são reduzidas e, assim, também diminui a eficácia do tribunal. Conseqüentemente, um tribunal internacional dependente maximiza o cumprimento e minimiza a eficácia de suas decisões (GUZMAN, 2008, p. 210 - 212 e 214 - 215).

76 Em resposta, Helfer e Slaughter afirmam que os benefícios excedem os custos dos tribunais internacionais independentes, porquanto aumentam a credibilidade, o valor e o cumprimento dos compromissos internacionais ao criarem ônus materiais e reputacionais para os casos de violação e, assim, incentivarem o cumprimento futuro. Os tribunais internacionais não são tão independentes quanto se imagina, pois enfrentam uma série de limitações imposta pelos próprios Estados, razão pela qual, ao invés de ultrapassarem esses limites, são muito mais propensos a promoverem os interesses de longo prazo desses Estados (teoria da independência restrita). Na realidade, os Estados não têm de decidir entre tribunais internacionais dependentes e independentes, senão totalmente dependentes e parcialmente independentes. De fato, os Estados não renunciam e tampouco transformam os seus interesses nacionais no exato momento em que se comprometem com um tribunal internacional (HELPER; SLAUGHTER, 2005, p. 904 - 905 e 956).

77 Em sentido contrário, para Varella, a independência e o tecnicismo jurídico das decisões de um tribunal internacional aumentam a sua efetividade, haja vista que os custos políticos de ignorar uma decisão de um tribunal internacional legítimo são maiores. Em outras palavras, o interesse dos Estados em cumprir uma decisão aumenta na mesma proporção da legitimidade de um tribunal internacional, ou seja, da sua invulnerabilidade às motivações políticas (VARELLA, 2013, p. 389 - 390).

78 POSNER; YOO, 2005, p. 06 - 07 e 27 - 28, 72 - 74

79 ALTER, 2003, p. 796

Nesse sentido, conquanto valiosa, os tribunais internacionais são apenas uma das ferramentas disponíveis à comunidade internacional para facilitar o cumprimento das obrigações e a solução dos conflitos internacionais. As relações internacionais ainda são muito dependentes da diplomacia. Os tribunais internacionais são simplesmente instrumentos para a produção de um tipo específico de informação. A avaliação de como essa informação é produzida e de como os Estados reagirão a ela não confere aos tribunais internacionais o papel de protagonista no sistema jurídico internacional. Um Estado racional somente cumprirá uma decisão de um tribunal internacional quando lhe for mais vantajoso cumpri-la do que descumpri-la. Consequentemente, muitas vezes não basta a ameaça e a imposição efetiva de sanções, é necessário associar à violação os custos reputacionais, ou seja, a percepção de que o Estado violador não honra os compromissos assumidos, o que reduz o interesse de cooperação por parte dos demais Estados, e os custos de reciprocidade, isto é, o risco futuro de que os demais Estados tenham a mesma conduta do violador, quando em posições inversas. Em síntese, a efetividade de um tribunal internacional não pode ser medida exclusivamente pelo caráter obrigatório do cumprimento de suas decisões impostas por meio de instrumentos coercitivos.⁸⁰

De fato, não há uma relação direta entre a efetividade dos tribunais internacionais e os mecanismos de coerção das suas decisões.⁸¹ Por pelo menos duas razões, o poder de sancionar não é fundamental no direito internacional: em primeiro lugar, o cumprimento das decisões dos tribunais internacionais depende da vontade das partes; em segundo lugar, quanto mais coercitivo um mecanismo for, menos provável será o seu uso.⁸² Diante disso, muitas vezes, os tribunais internacionais com jurisdição não-compulsória são mais benéficos à cooperação internacional, facilitando a produção e implementação de políticas comuns.⁸³

Outrossim, o direito das Organizações Internacionais não depende do seu poder de cogência, ou seja, da respectiva sanção internacional por eventual violação, mas da legitimidade de suas normas, isto é, da capacidade de

80 GUZMAN, 2008, p. 171, 189, 198 e 234 - 235

81 VARELLA, 2013, p. 382

82 ALTER, 2008, p. 74

83 BRADLEY; KELLEY, 2008, p. 27

induzir a adoção de soluções comuns pelo convencimento.⁸⁴ De maneira similar, órgãos de solução de conflitos internacionais ostentam legitimidade nitidamente distinta daquela de seus correspondentes nacionais. Redes heterárquicas e hierarquias de reputações substituem hierarquias organizacionais tradicionais dos tribunais, na medida em que a observação “horizontal” recíproca das cortes arbitrais, a exemplo da crescente dominância dos “Três Grandes” da arbitragem internacional – Câmara de Comércio Internacional de Paris, *United States Claim Tribunal* e Centro Internacional para Disputas sobre Investimentos do Banco Mundial –, compensa a falta de uma hierarquia judiciária “vertical” institucionalizada.⁸⁵

6. Considerações finais

Motivada pela construção de padrões internacionais e de identidades estatais, fruto de interações globais e domésticas e dos interesses dos próprios Estados, vislumbra-se uma nova complexidade internacional, caracterizada pelo aumento da previsibilidade e redução dos custos de transação nas relações internacionais, em que as normas, sejam ou não interestatais, apresentam-se mais densas e efetivas, inclusive com mecanismos coercitivos de aplicação e controle das atividades dos Estados, e os tribunais internacionais reforçam suas capacidades de adjudicação das disputas, com jurisdição compulsória e poder de revisão dos atos domésticos administrativos e legais.

O primado da lei internacional veste-se do império da lei interna, na medida em que as mudanças do direito internacional reproduzem-se nos direitos domésticos, atribuindo um caráter obrigatório e vinculativo aos compromissos jurídicos internacionais, o que corrobora o seu cumprimento, em forma de políticas públicas, atos legais e decisões judiciais internas. Todavia, a efetividade do direito internacional deve-se não somente aos mecanismos repressivos, internos ou externos, de imposição do cumprimento obrigatório de suas normas e das decisões de seus tribunais, senão da legitimidade estabelecida por mecanismos de incentivo à conformidade. Há o risco de que os Estados, em eventual violação do direito internacional, sejam excluídos de regimes jurídicos internacionais e, assim, per-

84 VARELLA, 2013, p. 90 - 91

85 TEUBNER, 1997b, p. 15

cam os benefícios da cooperação internacional, a exemplo da importação de soluções jurídicas estrangeiras para problemas semelhantes, ou ainda, da construção de soluções jurídicas para problemas interestatais ou transnacionais que os atingem diretamente. Valores extrínsecos ao direito – políticos, econômicos ou reputacionais – revelam-se, muitas vezes, os mais importantes na imposição das normas nas relações internacionais.

Portanto, diante dessa nova realidade, em que o direito internacional tornou-se mais especializado, a eficácia da lei internacional deve-se não somente aos elementos coercitivos da norma internacional, senão à legitimidade de seus procedimentos e aos benefícios auferidos pelos Estados, o que conduz, respectivamente, à adoção de soluções comuns pelo convencimento e à conformidade entre os comportamentos estatais e o direito internacional.

Referências

- ALTER, Karen J. Delegating to international courts: self-binding vs. other-binding delegation. *Law and Contemporary Problems*, v. 71, p. 37 - 76. 2008.
- _____. Resolving or exacerbating disputes? the WTO's new dispute resolution system. *International Affairs*, v. 79, n. 4, p. 783 - 800. 2003.
- BAHDI, R. *Globalization of judgment: transjudicialism, international human rights law and commonwealth courts*. 2001. 170 f. Thesis for degree of LL.M. Graduate Department of Law of the University of Toronto, Toronto.
- BERKOWITZ, Daniel; PISTOR, Katharina; RICHARD, Jean-Francois. Economic development, legality, and the transplant effect. *William Davidson Working Paper Number 410*, p. 01 - 29. 2001
- BOBBIO, N. *Dalla struttura alla funzione: nuovi studi di teoria del diritto*. Milan: Comunita, 1977.
- BRADLEY, Curtis A.; KELLEY, Judith. The concept of international delegation. *Law and Contemporary Problems*, v. 71, n. 1, p. 01 - 36. 2008.
- DELMAS-MARTY, M. *Les forces imaginantes du droit: le relatif et l'universel*. Paris: Seuil, 2003, v. I.
- ELIAS, Fernando Lopes Ferraz. A internacionalização do direito a partir de diferentes fenômenos privados de construção normativa. *Revista de Direito Internacional*, v. 11, n. 1, p. 116 - 133. 2014.

- FISCHER-LESCANO, A.; TEUBNER, G. Regime collisions: the vain search for legal unity in the fragmentation of global law. *Michigan Journal of International Law*, v. 25, p. 999 - 1046. 2003 - 2004.
- GUZMAN, Andrew T. International tribunals: a rational choice analysis. *University of Pennsylvania Law Review*, v. 157, n. 1, p. 171 - 235. 2008.
- HATHAWAY, Oona A.; SHAPIRO, S. J. Outcasting: enforcement in domestic and international law. *The Yale Law Journal*, v. 121, p. 252 - 349. 2011.
- HELPER, Laurence R.; SLAUGHTER, Anne-Marie. Toward a theory of effective supranational adjudication. *Yale Law Journal*, v. 107, n. 2, p. 273 - 392. 1997.
- _____; _____. Why states create international tribunals: a response to professors Posner and Yoo. *California Law Review*, v. 93, n. 1, p. 899 - 956. 2005.
- JACKSON, John H. *The jurisprudence of GATT and the WTO: insights on treaty and economics relations*. New York: Cambridge University Press, 2000. 497 p.
- KELSEN, Hans. Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public. *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, v. 14, p. 227 - 331, 1926.
- _____. *Peace through law*. Clark, New Jersey: The Lawbook Exchange, 2008. 155 p.
- KOH, Harold Hongju. Jefferson memorial lecture: transnational legal process after september 11th. *Berkeley Journal of International Law*, v. 22, n. 3, p. 337 - 354. 2004.
- _____. The 1998 frankel lecture: bringing international law home. *Houston Law Review*, v. 35, n. 3, p. 623 - 682. 1998.
- _____. Transnational legal process. *Nebraska Law Review*, v. 75, p. 181 - 207. 1996.
- KOSKENNIEMI, Martti. *From apology to utopia: the structure of international legal argument*. Cambridge: Cambridge University, 2005. 683 p.
- _____. The politics of international law: twenty years later. *European Journal of International Law*, v. 20, n. 1, p. 07 - 19, 2009.
- KRETZMER, David. Rethinking application of IHL in non-international armed conflict. *Israel Law Review*, v. 42, n. 1, p. 08 - 45, 2009.
- LUHMANN, N. *Sociologia del riesgo*. Trad. Silvia Pappe Brunhilde Erker,

- Luis Felipe Segura, Javier Torres Nafarrate (Coord.). 3. ed. México: Universidad Iberoamericana, 2006. 294 p.
- OST, François. *Legal system between order and disorder*. Oxford: Oxford University Press, 1994. 192 p.
- _____; KERCHOVE, M. *De la pyramide au reseau: pour une théorie dialectique du droit*. Bruxelles: Publications des Facultés Universitaires Saint-Louis, 2002. 587 p.
- POSNER, Eric A.; YOO, John C. Judicial independence in international tribunals. *California Law Review*, v. 93, n. 1, p. 01 - 74. 2005.
- SCHAUER, Frederick. The politics and incentives of legal transplantation. *CID Working Paper n. 44, Law and Development Paper n. 2*, p. 01 - 22. 2000.
- SCOBIE, Iain. Wicked heresies or legitimate perspectives? Theory and international law. In: EVANS, Malcolm D. (coord.). *International law*. 3. ed. Oxford: Oxford University Press, 2010. p. 58 - 92.
- SLAUGHTER, Anne-Marie. A liberal theory of international law. *American Society of International Law Proceedings*, v. 94, p. 240 - 248. 2000.
- _____. International law in a world of liberal states. *European Journal of International Law*, v. 6, n. 4, p. 503 - 538. 1995.
- TEUBNER, G. Altera pars audiatur: law in the collision of discourses. In: R. Rawlings (ed.) *Law, society and economy*. Oxford: Clarendon, 1997a. p. 149 - 176.
- _____. And if I by beelzebub cast out devils: an essay on the diabolics of network failure. *German Law Journal*, v. 10, n. 4, p. 115 - 136. 2009.
- _____. *Constitutional fragments: societal constitutionalism and globalization*. Trad. Gareth Norbury. Oxford: OUP, 2012. 213 p.
- _____. Global Bukowina: legal pluralism in the world society. In: _____. *Global law without a state*. Brookfield: Dartmouth, 1997b. p. 01 - 22.
- _____. The King's many bodies: the self-desconstruction of law's hierarchy. *Law and Society Review*, v. 31, n. 4, p. 763 - 787. 1997c.
- TRIEPEL, H. Les rapports entre le droit interne et le droit international. *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, v. 1, p. 77 - 121, 1923.
- VALDERRAMA, I. J. M. Legal transplants and comparative law. *Revista Colombiana de Derecho Internacional*, n. 2, p. 261 - 276. 2003.
- VARELLA, M. D. Dificuldades de implementação das decisões da OMC: um estudo de caso a partir do contencioso pneus. *Revista Direito GV*, v. 19, n. 1, p. 53 - 68. 2014.

- _____. *Internacionalização do direito*. Brasília: UniCEUB, 2013. 500 p.
- VERDROSS, Alfred. Le fondement du droit international. *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, v. 16, p. 247 - 323, 1927.
- WOLFRUM, Rüdiger. Means of ensuring compliance with and enforcement of international environmental law. *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, v. 272, p. 09 - 154, 1998.

Recebido em 04 de setembro de 2015.

Aprovado em 25 de fevereiro de 2018.

A resolução online de litígios (ODR) na administração pública: o uso da tecnologia como estímulo à transparência

The online dispute resolution (ODR) in the public administration: the use of technology as an impulse to transparency

Fernando Sérgio Tenório de Amorim*

Centro Universitário CESMAC – Maceió-AL, Brasil.

Ricardo Schneider Rodrigues**

Centro Universitário CESMAC – Maceió-AL, Brasil.

* Pós-Doutorado em Direito pela Université de Montreal, Centre de Recherches en Droit Public (Laboratoire de Cyberjustice) em 2015 e é pós-doutorando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro PUC-Rio. Possui doutorado em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco em 2011, mestrado em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco em 2006, graduação em Direito pela Fundação Educacional Jayme de Altavilla (CESMAC) em 1991 e graduação em Jornalismo pela Universidade Federal de Alagoas em 1991. É professor do curso de Direito do Centro Universitário CESMAC, desde 1997, nos cursos de graduação e pós-graduação, e Coordenador do Curso de direito dessa Instituição desde 2006. É professor da Faculdade Sete de Setembro (FASETE), em Paulo Afonso, Bahia. Foi professor substituto da Universidade Federal de Alagoas. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Internacional Privado e em Antropologia cultural. Participou dos cursos de verão da Academia de Direito Internacional da Haia, Holanda, em 2000, 2001, como bolsista da Academia de Ciência Morais e Políticas de Paris, e 2013. Foi pesquisador da Corte Permanente de Arbitragem Internacional da Haia, em 2002. Participou em 2005, como professor, do Centro de Estudos e Pesquisas da Academia de Direito Internacional da Haia, Holanda. Efetuou, em 2008, pesquisa de doutorado no Instituto Suíço de Direito Comparado, tendo para isso recebido a bolsa Van Calker de pesquisa. É membro da Associação Americana de Direito Internacional Privado (ASADIP). É Procurador do quadro efetivo da Procuradoria Geral do Município de Maceió, desde 1999, na qual exerceu a função de Procurador Geral Adjunto e exerceu a função de Procurador Chefe Legislativo (estando atualmente licenciado de suas funções), presidiu a Comissão Permanente de Inquérito Administrativo Disciplinar, que ainda integra como membro efetivo, e presidiu a Comissão de Revisão de Inquérito Administrativo Disciplinar. Email: fs.amorim@uol.com.br.

** Doutorando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC/RS). Mestre em Direito Público pela Universidade Federal de Alagoas. Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade Anhanguera. Especialista em Direito Tributário pela Universidade do Sul de Santa Catarina. Graduado em Direito pela Universidade Federal de Alagoas. Professor Titular de Direito Processual Civil do Centro Universitário CESMAC. Procurador do Ministério Público de Contas do Estado de Alagoas. Foi Professor convidado da Pós-Graduação em Direito Constitucional e Administrativo da Faculdade Integrada Tiradentes, da Escola de Contas do TCE/AL, da Escola Superior da Magistratura do Estado de Alagoas, além de servidor público na Justiça Estadual e Eleitoral em Alagoas, Procurador Federal e Assessor de Ministro do Superior Tribunal de Justiça. Email: schneider_rodrigues@hotmail.com.

1. Introdução

O desenvolvimento da tecnologia impacta a sociedade de forma indelével há bastante tempo, transformando comportamentos, instituições e, obviamente, o sistema jurídico. Este fenômeno pode ser observado com clareza não apenas no momento atual, em que as mudanças são sentidas de forma mais aguda, em razão da celeridade das inovações, mas durante toda a experiência humana.

Há 500 anos, como bem destacam François Senécal e Karim Benyekhlef, a criação de Gutemberg contribuiu de forma significativa para o desenvolvimento da noção dos precedentes jurídicos¹. Certamente, a forma como os avanços ocorrem na sociedade de hoje é bem diferente daquela de séculos atrás. A recente modernização tecnológica propiciou o nascimento de uma sociedade da informação, “(...) cujas principais características são a ausência de fronteiras e as distintas formas de comunicação relacionando-se constantemente com a produção e disseminação de conteúdo digital”².

Com efeito, para Frank Webster, associado ao pensamento de Schiller, Habermas e Giddens, a informatização (*informatisation*) da vida seria um processo contínuo, ao longo de vários séculos, acelerado pela evolução industrial capitalista, bem como pela consolidação do estado nação no século XIX. Para Webster, o desenvolvimento da informação deveria ser representado em termos de antecedentes históricos e contínuos³. Nesta perspectiva, é preciso compreender que tal fenômeno não é restrito ao âmbito privado. O Projeto Dados Governamentais Abertos, desenvolvido pela Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), demonstra isto⁴. Segundo Arturo Rivera, Analista de Políticas de dados abertos da OCDE, não basta que os dados governamentais sejam públicos, pois deve existir a possibilidade de todos os participantes, incluindo

1 SENÉCA; BENYekhLEF, 2009.

2 MARQUES; CRESPO, 2015, p. 124.

3 WEBSTER, 2006, pp. 263-264.

4 O termo Dados Governamentais Abertos (*open government data – OGD*) abrange os Dados Governamentais, que seriam dados e informações produzidas ou referendadas pelo poder público, e os Dados Abertos, correspondentes àqueles que podem ser livremente usados, reutilizados e distribuídos por qualquer indivíduo, com o compromisso de que o resultado do trabalho utilizado a partir do acesso aos OGD também seja disponibilizado para outros indivíduos. Cf. THE ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT.

órgãos governamentais, setor privado e, principalmente, os cidadãos, produzirem e consumirem a informação, daí surgindo o conceito de *prosumers* – agentes produtores e consumidores de dados⁵.

No contexto da abertura dos órgãos governamentais à Sociedade da Informação, duas questões relevantes se sobressaem. A primeira está relacionada ao efetivo atendimento por parte do poder público de seus deveres de transparência, estipulados em sede constitucional e legal. A segunda diz respeito ao emprego da tecnologia para a resolução de controvérsias instaladas entre o poder público e o cidadão por força do descumprimento das normas de transparência do nosso ordenamento jurídico. Pretende-se aqui desenvolver a ideia da utilização de plataformas de Resolução *Online* de Litígios (*Online Dispute Resolution – ODR*) como forma de agilizar a composição de conflitos, além de evitar a desnecessária judicialização, em vista da notória sobrecarga imposta ao Poder Judiciário, sitiado diante do número elevado de processos em trâmite no país e da baixa capacidade de redução do estoque⁶.

É este o tema que o presente trabalho irá desenvolver, partindo de uma metodologia dedutiva⁷ e valendo-se de pesquisa bibliográfica, numa abordagem qualitativa, com o fito de buscar meios de fomentar a transparência e solucionar eventuais conflitos surgidos entre o poder público e o cidadão, a partir do uso da ODR, bem como a sua possível integração ao processo judicial, nos casos em que não for possível uma solução consensual.

O primeiro passo a ser dado consiste em compreender como funciona a Resolução *Online* de Conflitos, para, numa etapa posterior, avaliar a sua aplicabilidade ao contexto brasileiro. Na parte final será enfrentada a questão da viabilidade da transição de uma disputa não resolvida numa plataforma ODR para o processo eletrônico judicial.

2. A resolução online de litígios (ODR) e a administração pública

Nesta seção serão analisadas as principais características da ODR, com foco na possibilidade de sua utilização pelo poder público no Brasil. Preten-

5 RIVERA, 2015.

6 Segundo dados do Conselho Nacional de Justiça, o Poder Judiciário no Brasil finalizou o ano com 79,7 milhões de processos em tramitação e um índice de atendimento à demanda na ordem de 100,3% (29,4 milhões de processos ingressaram e 29,4 milhões de processos foram baixados). Ainda assim, houve um aumento de 2,7 milhões de processos, correspondente a 3,6% do estoque (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2017).

7 Segundo MEZZAROBA; MONTEIRO, 2014, pp. 91-92, o referido método inicia com argumentos gerais para chegar a argumentos particulares.

de-se enfrentar também a questão da confiança ou da legitimidade dessa ferramenta, no sentido de estimular sua adesão de maneira mais ampla pela sociedade.

2.1 Origem, características e viabilidade da ODR nos países em desenvolvimento

Para Ethan Katsh e Orna Rabinovich-Einy, a Resolução *Online* de Litígios (*Online Dispute Resolution – ODR*) pode ser compreendida como o uso da tecnologia para apoiar a resolução de conflitos em ambiente virtual⁸. A ODR teria surgido como uma extensão *online* da Resolução Alternativa de Litígios (*Alternative Dispute Resolution – ADR*)⁹, cujos métodos, especialmente a negociação, a conciliação, a mediação e a arbitragem, teriam alcançado um sucesso significativo na composição de disputas *off-line*, como uma opção privada ao judiciário, geralmente congestionado, com procedimentos muito formais, que demoram anos e geram altos custos¹⁰. A ODR seria fruto, portanto, da combinação das referidas formas de ADR com as tecnologias da informação e da comunicação (*Information and Communication Technologies – ICT*)¹¹. Não obstante, é preciso reconhecer que a aproximação inicial entre a ODR e a ADR não equivale a caracterizar, no contexto

8 Para os autores, a “ODR, representing the use of technology to support dispute resolution, was first introduced in the mid-1990s, after the Internet was opened up for commercial activity. As online transactions increased, so did online conflicts, misunderstandings, and problems. But for the vast majority of these disputes, traditional ADR processes and courts were unavailable, inappropriate, or unattractive” (KATSH; RABINOVICH-EINY, 2015, p. 1.). Brian A. Pappas entende que a ODR pode ser compreendida como a utilização das técnicas da ADR em ambiente virtual (PAPPAS, 2008, pp. 1-2).

9 Importante destacar que, embora tenha surgido como uma forma *online* da ADR, com a evolução da tecnologia é bastante provável que a ODR vá além das fronteiras inicialmente previstas. Neste sentido, “*Alternative dispute resolution (ADR) was not simply a more efficient approach than what happened in court and, over time, it will be clear that ODR is not simply a more efficient process than ADR*” (RABINOVICH-EINY; KATSH, 2014, p. 6). Considerando que a abordagem proposta neste trabalho refere-se à implementação da ODR no contexto brasileiro, em que sua prática é incipiente, a análise terá como referência a concepção inicial da ODR, atrelada, em diversos aspectos, à ADR.

10 Mauro Cappelletti e Bryant Garth citam diversos métodos alternativos para decidir causas judiciais (juízo arbitral, conciliação e incentivos econômicos) e algumas experiências concretas de sucesso, que impactam positivamente no tempo e nos custos necessários para a resolução do conflito, em comparação com os métodos judiciais tradicionais (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, pp. 81-90). Neste sentido, ainda, cf. ALBORNOZ; MARTÍN, 2013, pp. 43-45.

11 Atualmente há estudos voltados à utilização da ODR para além dos padrões tradicionais da ADR, envolvendo o uso da inteligência artificial como forma de obter um suporte maior para negociações inteligentes. Cf. LODDER; ZELEZNIKOW, 2011.

atual, a ODR como uma mera ADR virtual¹². Com efeito, “as tecnologias de informação e comunicação não se limitam a substituir canais de comunicação tradicionais, mas agem como vetores para oferecer às partes ambientes e procedimentos ausentes em mecanismos convencionais de dirimir conflitos”¹³. Para Arbix, a ODR corresponderia a “uma nova porta” voltada à solução de conflitos que possivelmente não seriam resolvidos por meio dos tradicionais instrumentos de resolução de controvérsias¹⁴.

Albornoz e Martín citam como exemplos a negociação assistida, a negociação automatizada, a mediação *online* e a arbitragem *online*. Nas duas primeiras, não haveria a presença humana, enquanto nas últimas ela atuaria como uma “terceira parte” desinteressada. As ferramentas tecnológicas são denominadas de “quarta parte”, pela sua relevância no procedimento da ODR¹⁵. Sua utilização caberia tanto em casos relacionados a disputas surgidas na internet como em questões mais tradicionais (*off-line*), envolvendo procedimentos judiciais ou não¹⁶. Embora, inicialmente, o desenvolvimento da ODR tenha emulado o processo tradicional de resolução de conflitos, logo percebeu-se a necessidade de sua adequação ao ambiente virtual, passando a ser destinada, de forma preferencial, para a solução dos conflitos envolvendo compradores e vendedores no eBay, entre os detentores do registro do nome do domínio eletrônico e os donos das marcas comerciais e entre os diversos editores do Wikipedia¹⁷.

12 É preciso deixar claro que os meios online de resolução de litígios (ODR) nascem fundamentalmente como uma ferramenta tecnológica perfeitamente aplicável aos procedimentos arbitrais. Não há impedimento algum para que se recorra à tecnologia como meio de se otimizar o processo arbitral. Como se está diante de uma resolução de conflitos que têm por objeto direitos patrimoniais disponíveis, é lícito às partes escolher o modo pelo qual pretendem que o processo arbitral seja conduzido. E isso inclui o uso da tecnologia. Em tais casos, a manifestação volitiva dos contratantes, havendo ou não cláusula compromissória prévia, reveste-se de autonomia suficiente para que se possa fazer uso de uma plataforma de resolução online de conflito. A utilização da ODR na arbitragem, contudo, enseja uma adaptação do instituto às interfaces tecnológicas com as quais os árbitros terão de lidar. Em regra, as plataformas online de resolução de conflitos possibilitam uma evolução das tentativas de resolução que poderão ensejar a interveniência de um terceiro neutro. Esse terceiro pode ser um conciliador, um mediador ou mesmo um árbitro.

13 ARBIX, 2017. pp. 57 e segs.

14 ARBIX, 2017, p. 57 e segs.

15 Esta terminologia foi apresentada por Ethan Katsh e Janet Rifkin em 2011. Para Katsh, “the ‘fourth party’ metaphor alludes to a use of technology that, like a mediator, can play different roles and have a different impact in different contexts” (KATSH, 2006, p. 5). Neste sentido, ainda, cf. ALBORNOZ; MARTÍN, 2013, p. 46-48.

16 PAPPAS, 2008, p. 1-2; ALBORNOZ; MARTÍN, 2013, p. 45.

17 “While initial ODR efforts attempted to imitate familiar offline dispute resolution processes, its devel-

A ODR surge no final do século passado, quase desaparecendo com a crise das companhias *dotcom*¹⁸. Apesar da crise econômica de 2000-2001 e da recessão de 2009, a economia digital obteve um grande avanço, produto do comércio eletrônico, impulsionado pelo crescimento do uso da internet em aproximadamente 556,4%, desde o começo deste século. Por conseguinte, aumentou o número de disputas no ciberespaço¹⁹.

Os benefícios atribuídos à ODR são variados e vão desde a economia de custos, rapidez e conveniência na resolução dos conflitos, até a possibilidade de procedimentos adaptados individualmente²⁰. Isto porque a ODR não exige gastos expressivos com advogados, encurta distâncias e não depende da agenda do mediador ou calendário do juiz²¹.

Algumas das razões para sua pouca utilização em litígios não relacionados à internet seriam o desconhecimento do público em geral e dos advogados em particular, além dos investimentos necessários em tecnologia (servidores, software e pessoal de TI), que mitigariam a vantagem econômica de seu uso²². Além disso, a geração nascida após a segunda

opers soon realized that new processes and systems had to be designed, ones that fit the nature, values, and culture of the online environment. As a result, ODR systems became the preferred (and in some cases, the only) avenue for addressing disputes between sellers and buyers on eBay, between registered domain name holders and trademark owners, and between Wikipedia editors with widely diverging world views and ideologies” (KATSH; RABINOVICH-EINY, 2015, p. 1). Arbix, igualmente, reconhece que a ODR é uma tendência consolidada, especialmente no comércio eletrônico e entre empresas que atuam no mercado de intermediação *online*, como o de produtos usados e redes sociais (ARBIX, 2017, pp. 213 e segs.).

18 PAPPAS, 2008, p. 2-3.

19 ALBORNOZ; MARTÍN, 2013, p. 42-43. Conforme destacam Katsh e Rabinovich-Einy, a ODR foi introduzida pela primeira vez em meados dos anos 1990, a partir da abertura da internet para a atividade comercial. Não obstante, cumpre destacar que seu uso, conforme anteriormente assinalado (v. nota de rodapé 16), não se destina exclusivamente ao comércio eletrônico (ex. controvérsias do eBay), mas alcança outras searas, como as disputas no âmbito do Wikipedia e aquelas pertinentes ao registro de domínios virtuais (2015, p. 1). Arbix, igualmente, reconhece que a ODR é uma tendência consolidada, especialmente no comércio eletrônico e entre empresas que atuam no mercado de intermediação *online*, como o de produtos usados e redes sociais (ARBIX, 2017).

20 “As ODR has grown, it has become clear that the introduction of digital technology has triggered more than a technical change or minor adaptation in the structure, practice, and theory of dispute resolution and DSD. The nature of digital technology and communication--providing the ability to engage with individuals over great distances, instantaneously, at low cost, and aided by a machine programmed to collect and process data--changes the nature of human interaction, thus impacting the types of problems that emerge and the nature of avenues for addressing them. [...]” (KATSH; RABINOVICH-EINY, 2015, p. 1). “There are several benefits which make ODR especially attractive. These include cost savings, the speed of resolution, convenience, and individually tailored processes” (PAPPAS, 2008, p. 6).

21 PAPPAS, 2008, p. 6.

22 PAPPAS, 2008, p. 6-7.

grande guerra (*baby-boomer generation*) preferiria resolver seus litígios pessoalmente²³. A linguagem corporal também desempenharia um papel importante neste contexto, ao dificultar a construção da confiança *online*, diante da falta de conexões pessoais²⁴, embora deva-se reconhecer que os avanços tecnológicos têm reduzido tal limitação, com a possibilidade do uso de videoconferência. Ademais, a legitimidade da ODR seria afetada por preocupações dos usuários relacionadas à confiabilidade e à qualidade do serviço, além da ausência de regras claras²⁵.

Para Brian Pappas, embora pouco utilizadas nos EUA, muitos países se valem dessas ferramentas. A seu ver, países em desenvolvimento, cuja infraestrutura de telecomunicações em terra seja incompleta, poderiam se adaptar mais rápida e facilmente à cultura da informação e da comunicação *wireless*²⁶.

Em estudo dedicado à viabilidade da ODR nos países em desenvolvimento, Albornoz e Martín destacam vários aspectos favoráveis ao seu crescimento na América Latina. Embora a ODR ainda esteja num estágio muito inicial na região, as autoras indicam três pontos fortes que podem contribuir para seu desenvolvimento: a adaptabilidade ao contexto local, a eficiência e a capacidade de contribuir para o desenvolvimento dos países emergentes²⁷.

Defendem o uso da ODR como uma alternativa mais eficiente, rápida e de baixo custo, frente ao sistema judicial local, sobrecarregado, complexo, caro e muitas vezes inacessível. Além disso, indicam seu potencial de contribuição para o desenvolvimento de economias regionais, estimulando o crescimento do comércio eletrônico, ainda que indiretamente, ao promover a confiança da sociedade²⁸. As autoras também destacam três grandes desafios para o desenvolvimento da ODR na América Latina: o cultural, a infraestrutura em ICT e o regulatório²⁹.

O desafio cultural corresponde à característica latina de priorizar relacionamentos pessoais em vez de tratamentos impessoais – semelhante

23 PAPPAS, 2008, p. 7.

24 PAPPAS, 2008, p. 7.

25 PAPPAS, 2008, p. 7-8.

26 PAPPAS, 2008, p. 5.

27 ALBORNOZ; MARTÍN, 2013, p. 49.

28 ALBORNOZ; MARTÍN, 2013, p. 49-52.

29 ALBORNOZ; MARTÍN, 2013, p. 52-53.

aos *baby-boomers*, citados anteriormente –, além do analfabetismo digital, a demandar uma atuação estatal proativa e efetiva por meio de políticas públicas educacionais³⁰.

O desafio tecnológico envolveria a construção de um ecossistema de internet robusto e uma infraestrutura de qualidade, abrangendo, dentre vários aspectos, o suprimento energético confiável; uma infraestrutura de internet fixa ou móvel de qualidade; o acesso fácil e de baixo custo à conexão de internet de banda larga de alta qualidade; e profissionais especializados e experientes, para que sejam desenvolvidas novas plataformas e aplicativos, formados a partir de políticas públicas governamentais voltadas à pesquisa e ao desenvolvimento³¹.

O desafio da regulamentação está relacionado à construção da confiança na ODR, que dependeria de uma estrutura normativa coerente. Por não existir, apesar das tentativas,³² um *hard law* global, regional ou doméstico aplicável à América Latina, Albornoz e Martín sustentam a aplicação dos regulamentos de ADR aos procedimentos de ODR, inclusive judicialmente³³. Paralelamente a isto, defendem o investimento no desenvolvimento de regras de *soft law*, resultantes da auto-regulamentação pelos diversos interessados privados no mundo da ODR³⁴.

Além desses desafios, haveria, de forma subjacente a todos eles, o problema relacionado à falta de confiança da sociedade na ODR, cuja construção envolveria a responsabilidade do governo, empresários, consumidores eletrônicos e provedores³⁵. Brian Pappas afirma que a legitimidade da ODR precisa ser construída a partir de uma “arquitetura de confiança”, necessária ao estabelecimento de uma relação de maior aceitação na sociedade em geral, diante de seus inúmeros benefícios. Como proposta para contornar

30 ALBORNOZ; MARTÍN, 2013, p. 53-54.

31 ALBORNOZ; MARTÍN, 2013, p. 54-55.

32 Conferir as tentativas de elaboração de regras internacionais acerca da ODR para transações comerciais, incluindo aquelas entre comerciante e entre comerciantes e consumidores, em: BRAND, 2012. Neste artigo, o autor relata que uma das questões de maior dificuldade nas tratativas acerca da regulamentação refere-se à coordenação do processo de ODR com as regras nacionais de direito privado (conflito), com as regras nacionais de defesa do consumidor e com a moldura jurídica internacional da arbitragem. Para o autor, o sucesso de qualquer sistema de ODR depende da consideração do importante papel que deve ser atribuído à autonomia da vontade das partes.

33 Como veremos na seção 2.2, um dos fundamentos favoráveis ao uso da ODR pelo poder público no Brasil é justamente a autorização legal expressa ao uso da ADR pela administração pública.

34 ALBORNOZ; MARTÍN, 2013, p. 56-58.

35 ALBORNOZ; MARTÍN, 2013, p. 52-53.

esse problema, o autor propõe a utilização da ODR pelo Poder Judiciário, tema relacionado com a proposta deste trabalho, no sentido de agregar o uso da tecnologia para a solução de litígios envolvendo o Estado, o qual será aprofundado a seguir³⁶.

2.2 Construindo uma arquitetura de confiança: a utilização da ODR pela administração pública

Um dos maiores empecilhos à consolidação da ODR como alternativa à solução de conflitos de forma célere, barata e customizada é a falta de confiança nos procedimentos *online*³⁷. Certamente, a partir do instante em que a tecnologia passa abranger praticamente todos os espaços de nosso cotidiano, a familiaridade com o meio virtual cresce, transmitindo certa confiança nessas novas ferramentas.

No Brasil, a disponibilidade de acesso aos meios eletrônicos e à rede mundial de computadores tem evoluído consideravelmente, dada a disseminação do uso de equipamentos de informática, tanto computadores quanto *smartphones*³⁸. Contudo, aceitar a tecnologia para desenvolver determinadas atividades, como a comunicação e o lazer, não significa, necessariamente, fazer uso dela em outras searas, como para obter a solução para um litígio, em substituição ao modelo judicial tradicional.

É preciso enfrentar e superar os desafios em prol do objetivo de massificar a adesão aos meios *online* de resolução de litígios. Seria uma enorme contribuição para o cenário atual de extrema judicialização verificado no país, quicá sem precedentes no restante do mundo³⁹. Neste contexto, a

36 PAPPAS, 2008, p. 7-8.

37 PAPPAS, 2008, p. 7-8.

38 Pesquisa realizada pela Fundação Getúlio Vargas indica um grande aumento na venda anual de computadores no país, saltando de 400 mil unidades em 1988 para mais de 20 milhões em 2015, ocasionado, provavelmente, pela redução do valor do microcomputador padrão, de US\$ 5,4 mil em 1988 para US\$ 0,4 mil em 2015. No referido ano, a base instalada de computadores em uso expandiu de 1,2 milhões em 1988 para 152 milhões. Segundo a pesquisa, o Brasil poderá alcançar, em 2017, a marca de 1 computador por habitante. O estudo revela também que, somados os microcomputadores (desktops, notebooks e tablets) com os smartphones, teríamos no país 306 milhões de dispositivos conectáveis à internet ou, aproximadamente, 3 dispositivos para cada 2 habitantes. A investigação conclui que o país estaria acima da média mundial por habitante em computadores, TVs e telefones. Cf. FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS, 2015.

39 Conforme dados apresentados pelo Conselho Nacional de Justiça, embora tenha havido uma redução de 5,5% no quantitativo de novos casos em 2015, o estoque de processos no país aumentou em 1,9 milhão, quando comparado ao exercício anterior. No final de 2015 havia, no Brasil, 74 milhões de feitos em trâmite. Cf. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2016, p. 383.

utilização da ODR pelo poder público poderá contribuir para a mudança do cenário, tanto pelos benefícios que o próprio cidadão passará a usufruir, como em razão da confiança que a chancela oficial outorgará ao uso da ODR, ainda que involuntariamente.

Segundo Brian Pappas, a falta de confiança dos consumidores na confiabilidade da ODR pode impactar em sua legitimação, razão pela qual defende a ideia de Thomas Schultz para construção de uma “arquitetura de confiança” (*architecture of confidence*), criando-se características tangíveis, contextos sociais e remédios previsíveis em caso de problemas.⁴⁰ Para promover essa “arquitetura de confiança” para a ODR, Pappas sustenta que certas atividades do Poder Judiciário sejam transferidas para o mundo *online*, conferindo-lhe, destarte, a necessária legitimidade. Esta transição poderia ser deflagrada a partir dos juízos de pequenas causas, envolvendo valores financeiros baixos e temas de pouca complexidade⁴¹.

No Brasil, a tecnologia vem sendo cada vez mais incorporada ao dia a dia do Poder Judiciário. Segundo o CNJ, a política da virtualização de demandas teria resultado, pela primeira vez, na superação de novos casos eletrônicos em relação aos físicos⁴². Não obstante a evolução experimentada pela ampliação do uso das inovações tecnológicas, o tempo ainda é um fator crítico quando se analisa a resolução dos conflitos pelo judiciário. Em 2015, o tempo médio para a execução de um processo na Justiça Estadual foi de 9 anos, enquanto que nos juizados especiais, criados justamente para conferir maior agilidade ao judiciário, o tempo médio de espera era de 6 anos e 9 meses⁴³.

Por outra via, a utilização de formas alternativas de resolução de conflitos, embora estimulada pelo CNJ desde 2006, não tem apresentado resultados expressivos⁴⁴. Em 2015, os meios consensuais lograram solucionar apenas 11% dos conflitos. Nos processos de conhecimento homologados pela Justiça comum dos Estados o índice foi de 10,5%, enquanto nos juizados não alcançou 20% dos feitos. Na Justiça Federal, os juizados obtiveram solução consensual em apenas 5,6% dos processos.

É preciso, portanto, evoluir ainda mais no sentido de fortalecer os mecanismos de resolução de conflitos, não sendo suficiente a mera virtualiza-

40 SCHULTZ, 2004, p. 79, apud PAPPAS, 2008, p. 8.

41 PAPPAS, 2008, p. 8-9.

42 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2016, p. 381.

43 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2016, p. 381.

44 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2016, p. 382.

ção de processos sem mudanças mais acentuadas na forma de enfrentar os litígios. Uma saída a ser avaliada, um pouco diferente da proposta de Pappas, seria não a de transferir por inteiro o processo de ODR ao judiciário, mas fazer com que atuem conjuntamente. O alto volume de processos que atualmente tramita no país impõe o estudo de alternativas que retirem o litígio da esfera judicial, em busca de uma solução consensual extrajudicial.

Por tal razão, a busca pela legitimidade da ODR não poderá impor ao judiciário uma carga ainda maior. Sua utilidade, no contexto brasileiro, ocorreria em melhor grau se colaborasse com a redução dos novos casos que ingressam no sistema a cada ano. Não obstante, alijar por completo a ODR do contato com o judiciário ensejaria o retorno a dois problemas fundamentais. O primeiro, já abordado anteriormente, diz respeito à necessidade de se conferir à ODR maior legitimidade, a partir de seu uso pelo poder público. O segundo, diz respeito à necessidade de assegurar uma transição da via extrajudicial para a via judicial, nos casos em que a tentativa de solução consensual não lograr êxito pela via da ODR e, desta forma, obter uma decisão judicial coercitiva.

Uma possibilidade aventada neste trabalho diz respeito ao uso da ODR pela administração pública no que se refere aos litígios envolvendo seu dever de transparência ou o acesso à informação pelos cidadãos interessados, postergando a integração da ODR ao processo judicial para um momento posterior, caso não solucionada a questão.

A escolha do tema da transparência em especial justifica-se por dois fatores que mais adiante serão minudenciados. Em primeiro lugar, a ampla legislação a reger a matéria impõe ao poder público uma série de deveres em relação à publicidade de seus atos, como a instituição dos Portais da Transparência e dos Serviços de Informação ao Cidadão. Em segundo lugar, a relevância do tema da publicidade, no contexto atual de forte questionamento das instituições e d crise econômica, sugere um maior controle da atividade administrativa por parte da sociedade em geral, em razão das inúmeras denúncias de malversação de recursos públicos.

Na segunda parte deste trabalho será avaliada a possibilidade do uso da ODR em disputas envolvendo administração pública e o cidadão, no que se refere o tema da transparência pública. Na terceira parte é avaliada a possibilidade de uma transição do conflito não solucionado no âmbito da ODR para a via judicial, mediante adequações no procedimento comum previsto no Código de Processo Civil.

3. A transparência na administração pública e a ODR

No Estado Constitucional de Direito, a publicidade é um dos princípios fundamentais. Sua exceção – o segredo – é justificável somente quando limitada no tempo. A democracia representativa está assentada no ideal do caráter público do poder, um dos traços fundamentais a distinguir o Estado Constitucional do absoluto. Exercer o poder sem a referida característica – publicidade – denota aquilo que Bobbio denominava de poder invisível, cuja atuação é perniciososa e tendente ao favorecimento de interesses exclusivamente privados⁴⁵. Nesta seção, pretende-se delimitar as regras atinentes à transparência da gestão pública para, em seguida, avaliar a possibilidade do uso da ODR como ferramenta tecnológica hábil para solucionar eventuais litígios entre o poder público e o cidadão, referentes a este tema.

3.1 A transparência no ordenamento jurídico brasileiro

A transparência, na Constituição da República, está interligada à existência de um dever e de um direito. O texto constitucional assegura a existência de um dever de publicidade, a ser cumprido pelo Estado independentemente de requerimento (art. 37, *caput*) e que tem relação com o dever geral de prestar contas (arts. 34, inc. VII, “d”; 35, inc. II; e 70, parágrafo único). Além disso, estabelece um direito à informação, ao alcance do cidadão e oponível ao Estado (arts. 5º, inc. XXXIII; 37, §3º, inc. II; e 216, § 2º).

O dever de prestar contas, princípio sensível cujo descumprimento autoriza a intervenção de um ente federativo noutro (arts. 34, inc. VII, “d”; 35, inc. II, da CF), guarda relação próxima com o princípio da publicidade dos atos administrativos (art. 37, *caput*), de atendimento compulsório pelo gestor público, sem o qual não seria possível o exercício do controle sobre a sua atuação. A publicidade impõe a adoção, como regra, da divulgação de tudo que for relacionado à coisa pública.

Em termos infraconstitucionais, a Lei complementar n. 101, de 2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal – LRF), prevê diversos deveres aos gestores públicos, relacionados à transparência. A LRF determina a ampla divulgação, inclusive em meios eletrônicos de acesso público e em tempo real, das leis orçamentárias, das prestações de contas e do respectivo parecer prévio,

45 BOBBIO, 1986, pp. 83-106.

do relatório resumido da execução orçamentária e do relatório de gestão fiscal, além da disponibilização, a qualquer pessoa física ou jurídica, de acesso a informações referentes à despesa e à receita públicas (arts. 48 e 48-A).

A importância da divulgação de tais informações para o controle da administração pública, inclusive social, é primordial. A partir dos referidos dados, torna-se possível analisar quais foram as escolhas públicas, as despesas efetivamente realizadas, o montante de gastos com pessoal, o endividamento do ente público, o desvelo com a arrecadação, os gastos em temas essenciais, como saúde e educação, dentre vários outros aspectos da maior relevância para a sociedade em geral.

A LRF estabelece, portanto, os contornos do dever de publicidade que deve ser adotado pelo poder público. Estas diretrizes acabaram por ensejar, na prática, a criação dos denominados “Portais da Transparência” pelos diversos entes da Federação, compelidos a adotarem os meios eletrônicos para a divulgação de suas informações em tempo real⁴⁶.

A Constituição também estabelece diretrizes para a transparência a partir da perspectiva do cidadão, ou seja, o direito de, *sponte propria*, provocar o poder público para obter acesso a informações. O texto constitucional, em seu art. 5º, inciso XXXIII, assegura a todos o direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, sob pena de responsabilidade. Exige-se, ainda, nos termos do artigo 37, *caput*, e § 3º, que a lei discipline as formas de participação do usuário na administração pública, regulando o acesso a registros administrativos e a informações sobre atos de governo. Além disso, cabem à administração pública a gestão da documentação governamental e as providências para franquear sua consulta a quantos dela necessitem (art. 216, § 2º).

A regulamentação dos referidos dispositivos deu-se pela Lei n. 12.527, de 2011 (Lei de Acesso à Informação – LAI), de observância obrigatória pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, administração direta e indireta, e por todos os Poderes e órgãos autônomos e independentes (art. 1º). Essa lei foi regulamentada, no âmbito do Poder Executivo Federal, pelo Decreto federal n. 7.724, de 2012.

46 Recentemente, a Lei Complementar n. 156, de 2016, alterou a LRF para fortalecer o sistema de transparência da gestão pública, impondo a adoção de um sistema integrado de administração e controle, com padrão mínimo de qualidade estabelecido pelo Poder Executivo da União (art. 48, § 1º, III, da LRF, com a nova redação). Atualmente, os padrões estão definidos no Decreto federal n. 7.185, de 2010.

A Lei n. 12.527/2011 trata dos conceitos de transparência ativa, quando estipula obrigatoriedade de os órgãos públicos disponibilizarem de imediato diversas informações, independentemente de pedido (arts. 3º, inc. I, 6º, inc. I, e 8º),⁴⁷ e de transparência passiva, por meio da implantação do Serviço de Informação ao Cidadão (SIC), com o objetivo de receber e atender aos pedidos de acesso à informação (arts. 9º, inc. I, e 10).

Os sítios da internet, por meio dos quais as informações deverão ser publicadas, deverão atender a diversos requisitos, tais como possuir ferramenta de pesquisa de conteúdo que permita o acesso à informação de forma objetiva, transparente, clara e em linguagem de fácil compreensão; possibilitar a gravação de relatórios em diversos formatos eletrônicos, inclusive abertos e não proprietários, tais como planilhas e texto, de modo a facilitar a análise das informações; possibilitar o acesso automatizado por sistemas externos em formatos abertos, estruturados e legíveis por máquina; garantir a autenticidade e a integridade das informações disponíveis para acesso; e manter atualizadas as informações disponíveis para acesso (art. 8º, § 3º). A utilização de ferramentas tecnológicas adequadas é imprescindível para o atendimento dos diversos requisitos legais a contento.

No aspecto da transparência passiva, a LAI assegura ao cidadão o direito de apresentar pedido de acesso a informações por qualquer meio legítimo, desde que devidamente identificado e com a especificação da informação requerida (art. 10). A Lei afasta expressamente a necessidade de se apresentarem os motivos determinantes da solicitação de informações de interesse público, que deverá ser prestada de imediato ou, se não for possível, em prazo não superior a 20 dias, prorrogável por outros 10 (art. 11, § 1º, 2º e 3º).

O acesso à informação de interesse público fomenta o efetivo controle social sobre a administração pública, paralelamente ao controle institucional a cargo do Ministério Público, dos Tribunais de Contas e dos órgãos de controle interno. É fundamental compreender o esse direito no contexto do Estado Democrático, pois não é apenas por meio do sufrágio universal, do voto direto e secreto, do plebiscito, do referendo ou da iniciativa popu-

47 Dentre as informações que devem ser divulgadas independentemente de requerimentos, sendo obrigatória a divulgação em sítios oficiais da rede mundial de computadores, constam, dentre outros, os registros de quaisquer repasses ou transferências de recursos financeiros os registros das despesas; as informações concernentes a procedimentos licitatórios, inclusive os respectivos editais e resultados, bem como a todos os contratos celebrados; e os dados gerais para o acompanhamento de programas, ações, projetos e obras de órgãos e entidades (art. 8º, § 1º).

lar que a soberania popular é exercida. O acesso à informação de interesse público e a atuação cidadã mais incisiva, seja pela via judicial da ação popular (art. 5º, inc. LXXIII), seja administrativa especial, por denúncia aos Tribunais de Contas (art. 74, § 2º), são, inegavelmente, instrumentos democráticos de participação popular direta nos desígnios do Estado.

Como afirma Phillip Gil França “efetivamente, para o exercício da democracia idealizada no texto constitucional, não se pode fugir da concepção do compartilhamento social da informação”⁴⁸. Essencial para a construção do discernimento relativamente livre, que permita o exercício da capacidade de escolha conforme a sua racionalidade⁴⁹, a informação permite ao cidadão conhecer a gestão pública, passando a ter condições de desempenhar um papel político ativo, questionando, cobrando, sugerindo, divulgando e contribuindo para o desenvolvimento das políticas públicas. Certamente, o direito fundamental à boa administração pública dá guarida ao direito à administração pública transparente, “com especial ênfase para o direito a informações inteligíveis sobre a execução orçamentária e sobre o processo de tomada das decisões administrativas que afetarem direitos”⁵⁰.

A inobservância das normas de transparência pública poderá resultar na responsabilização do agente público omissor em diversos graus. Poderá ocorrer desde o afastamento do gestor por força de intervenção de um ente federativo em outro, no caso do descumprimento do dever de prestar contas (art. 34, inc. V, “d”, e 35, inc. II, c/c art. 36, § 1º, da CR), até a aplicação de penalidades pecuniárias, responsabilização criminal, política (crime de responsabilidade) e por improbidade administrativa⁵¹. Como consequência, a utilização de mecanismos voltados ao estímulo do cumprimento de tais regras, antes de se efetuar a punição do responsável, é de interesse do próprio gestor, do cidadão interessado pela informação e da sociedade. Embora sejam inúmeros os dispositivos prevendo a responsabilização do agente, a sua efetiva punição é uma realidade distante de ser alcançada na prática.

Em muitos casos, uma ação penal ou de improbidade administrativa, por demandarem muitos anos até seu desfecho, terão pouca efetividade

48 FRANÇA, 2011, p. 29.

49 FRANÇA, 2011, p. 29.

50 FREITAS, 2009, p. 22.

51 Cf. arts. 11, *caput*, inc. II, IV e VI, e 12, inc. III, da Lei n. 8.429, de 1992; arts. 32 a 34 da Lei n. 12.527, de 2011; art. 319 do Código Penal; art. 9º, 2, da Lei n. 1.079, de 1950; art. 1º, inc. VII, do Decreto-Lei n. 201, de 1967; e art. 5º da Lei n. 10.028, de 2000.

na concretização do dever de publicidade ou de acesso à informação no momento adequado. Por ocasião da punição do responsável, é provável que as informações ou providências desejadas tenham se tornado inúteis ou perdido, em grande parte, o seu potencial para efetiva defesa da administração pública. Uma ferramenta voltada primordialmente à concretização das normas relacionadas à transparência sem recorrer, de imediato, ao judiciário, sobrecarregado pelo excessivo número de processos, poderá ser de grande valia para o fortalecimento do controle social da gestão pública, incentivando o gestor a cumprir as regras antes de ser pressionado por um processo judicial sancionador. O instrumento para tal fim seria a ODR, um mecanismo para resolução *online* de conflitos, que poderia mediar eventuais disputas entre o cidadão, que almeja o atendimento das regras de transparência, e o poder público omissor. Este é o tema a ser analisado a seguir.

3.2 A utilização da ODR como estímulo à transparência na gestão pública

Diversas pesquisas demonstram que os deveres de transparência não vêm sendo devidamente observados pelos gestores públicos, por ocasião da implantação dos respectivos Portais da Transparência e dos Serviços de Informação ao Cidadão, conforme preveem a Lei de Responsabilidade Fiscal e a Lei de Acesso à Informação.⁵²

A exigência do uso de ferramentas tecnológicas que ampliem a divulgação das informações vem prevista claramente na legislação, conforme demonstrado anteriormente. A omissão dos gestores não decorre, portanto, da ausência de normas que imponham uma conduta transparente, tampouco de eventual incerteza quanto ao seu conteúdo. A causa para esta desatenção deve ser atribuída a outros fatores, tais como o desconhecimento da legislação, a ausência de profissionais capacitados e/ou equipamentos ou até o desinteresse, fundado na reduzida perspectiva de vir a sofrer qualquer punição.

O desconhecimento das regras de transparência tende a reduzir-se naturalmente, a partir da atuação dos órgãos de controle e da cobrança pela sociedade. Ademais, a imagem corrente sobre a existência de um município distante e sem acesso à informação deve, cada vez mais, esmaecer

52 Há várias pesquisas recentes sobre o tema, indicando uma baixa adesão às exigências legais de transparência, estabelecidas na LRF e na LAI. Cf. CALLEFFI; RAUPP, 2018; ANDRADE; RAUPP, 2017; ALBUQUERQUE; HERMIDA, 2016; ECKERT et al, 2016; LIMA; LIMA; CRUZ, 2016; SILVA; MIRANDA; PRESSER, 2016; IDALINO; BERNARDES, 2015; SILVA, 2015.

diante dos avanços da tecnologia, que propiciam a disseminação do conhecimento por uma imensa variedade de novos meios. É seguro admitir, portanto, que com o tempo o argumento do desconhecimento e da falta de acesso à informação – que, do ponto de vista jurídico, não resguardam o gestor das consequências pelo descumprimento das normas – perderá o apelo de outrora.

A ausência de equipamentos e de pessoal capacitado, de igual forma, não pode ser acolhida como justificativa plausível, na medida em que o último prazo previsto na Lei de Responsabilidade Fiscal para a adaptação dos Municípios de menor dimensão encerrou-se no exercício de 2013 (art. 73-B). Desde 2009, quando a LRF fora alterada pela Lei complementar n. 131, sabia-se da obrigatoriedade de utilização dos meios eletrônicos para a divulgação de informações públicas em tempo real. A Lei de Acesso à Informação, por sua vez, entrou em vigor 180 dias após a data de sua publicação, ocorrida em 18 de novembro de 2011. Houve, portanto, um lapso temporal considerável para conhecimento e providências necessárias ao atendimento dos requisitos legais.

Desta forma, deve-se atribuir ao desinteresse dos gestores públicos a causa maior da inércia observada em relação à efetivação da transparência na gestão pública. Além das medidas de ordem punitiva previstas na legislação, é importante avaliar soluções tecnológicas que possam, de modo mais célere, fomentar a conduta adequada dos responsáveis pela coisa pública. Diante do elevado número de disposições impondo a publicidade por parte do poder público, não será incomum que os cidadãos passem a exigir, pela via judicial, o respeito às regras de transparência, quando se virem alijados dos dados que deveriam ser divulgados pelo poder público⁵³. A utilização da tecnologia pode contribuir, a um só tempo, para evitar a judicialização de questões que são, em princípio, de simples solução, além de dar uma resposta rápida e satisfatória ao cidadão, e de oportunizar ao gestor a chance de corrigir sua falha, antes de vir a sofrer alguma penalidade.

Neste contexto, cumpre questionar, inicialmente, se a administração pública poderia participar como parte numa Resolução *Online* de Conflitos. Seria permitido ao poder público valer-se da ODR em seus conflitos

53 Essa hipótese decorre da baixa aderência do poder público em relação às regras de transparência, conforme demonstram os estudos citados anteriormente (v. nota de rodapé n. 51), somada aos sucessivos recordes de acesso ao Portal da Transparência do governo federal, alcançando mais de 21,6 milhões de visitas em 2016. Cf. BRASIL, 2017 e BRASIL, 2016.

com algum cidadão? Para responder a esta pergunta, convém rememorar a definição da ODR como sendo a utilização das técnicas de Resolução Alternativa de Litígios (ADR) em ambiente virtual. A ADR tem como métodos, em linhas gerais, a negociação, a conciliação, a mediação e a arbitragem.

O primeiro passo para responder a esse questionamento consiste em esclarecer se o poder público poderia participar de uma negociação, conciliação, mediação ou arbitragem. O ordenamento jurídico brasileiro oferece a resposta afirmativa a essa indagação sem maiores dificuldades, uma vez que o Código de Processo Civil autoriza a criação de câmaras de mediação e conciliação, pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, com atribuições relacionadas à solução consensual de conflitos no âmbito administrativo (art. 174). Além disso, a Lei n. 13.140, de 2015, passou a disciplinar a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública. A Lei estabelece a possibilidade de criação de câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos, no âmbito dos respectivos órgãos da Advocacia Pública dos Entes Federativos, com competência para avaliar a admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos, por meio de composição, no caso de controvérsia entre particular e pessoa jurídica de direito público (art. 32, inc. II).

Quanto à arbitragem, a Lei n. 13.129, de 2015, alterou a Lei da Arbitragem (Lei n. 9.307, de 1996), passando a permitir, expressamente, que a administração pública direta e indireta utilize-a para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis (art. 1º, § 1º), respeitado o princípio da publicidade (art. 2º, § 3º). É, portanto, perfeitamente admissível a possibilidade de o poder público participar dos métodos de Resolução Alternativa de Conflitos (ADR), nas formas de negociação, mediação, conciliação e, até, da arbitragem. Resta definir, então, se haveria a possibilidade de sua participação numa ADR *online*, ou, especificamente, de ser parte numa Resolução *Online* de Conflitos (ODR).

A segunda questão apresenta-se de resolução tão simples quanto a primeira, na medida em que a utilização dos meios eletrônicos *online* para a atuação estatal não é um tabu para o poder público no Brasil, mas incentivado pela legislação, que, via de regra, vem acompanhando a evolução do uso da tecnologia. A área das licitações públicas surge como uma das mais abertas ao uso da tecnologia. No começo da década dos 90, a Lei n. 8.666 sequer mencionava a publicidade em meios eletrônicos como uma opção. Em 2002, a Lei n. 10.520 instituiu o pregão e já previu os meios eletrônicos como

forma facultativa de publicidade. A regulamentação do pregão eletrônico, em 2005, por meio do Decreto n. 5.450, tornou obrigatória a publicação do aviso de licitação em meio eletrônico, na internet. No ano de 2004, a Lei n. 11.079, que tratou das parcerias público-privadas, previu a obrigatoriedade da publicação da minuta de edital e de contrato por meio eletrônico.

Ao instituir o Regime Diferenciado de Contratações, a Lei n. 12.462, de 2011, estabeleceu, como regra, a ampla publicidade, em sítio eletrônico, de todas as fases e procedimentos do processo de licitação, assim como dos contratos. O projeto da nova lei de licitações (PLS 559/2013), aprovado no Senado, prevê como regra a publicação do instrumento convocatório em sítio eletrônico oficial de divulgação de licitações, além da criação de um catálogo eletrônico de padronização de compras, serviços e obras.

A legislação relacionada à transparência também acompanhou os avanços tecnológicos. A LRF, no ano 2000, já fazia menção a meios eletrônicos de acesso público como instrumento para a ampla divulgação de informações da gestão. A da Lei complementar n. 131, de 2009, que alterou a LRF, também teve por escopo potencializar a publicidade por meios eletrônicos ao exigir a publicação em tempo real. Recentemente, a Lei complementar n. 156, de 2016, alterou novamente a LRF e estabeleceu a obrigatoriedade da divulgação em meio eletrônico de amplo acesso público dos dados disponibilizados pelos Entes federativos, na forma estabelecida pelo órgão central de contabilidade da União (art. 48, § 2º). Na LAI, de 2011, foi estabelecido o dever de a administração pública “utilizar todos os meios e instrumentos legítimos de que dispuserem, sendo obrigatória a divulgação em sítios oficiais da rede mundial de computadores” (art. 8º, § 2º).

Com a Lei n. 11.419, de 2006, que dispôs sobre a informatização do processo judicial, houve uma enorme evolução ao permitir a utilização da tecnologia de forma ampla numa seara tradicionalmente formal e avessa a mudanças. Seus dispositivos disciplinaram o processo eletrônico, a comunicação eletrônica dos atos processuais e a criação do Diário da Justiça eletrônico, disponibilizado em sítio da rede mundial de computadores. Essa Lei permitiu aos órgãos do Poder Judiciário desenvolver sistemas eletrônicos de processamento de ações judiciais por meio de autos total ou parcialmente digitais, utilizando, preferencialmente, a rede mundial de computadores, com acesso por meio de redes internas e externas.

Longe de se constituir em um entrave, há um incentivo no direito brasileiro ao uso da tecnologia pela administração pública e, inclusive, pelo

judiciário. Deste modo, não é equivocado concluir pela possibilidade da adesão pelo poder público aos métodos da ODR, naqueles conflitos havidos entre o Estado e o cidadão, no intuito de obter a resolução rápida e menos custosa do litígio. Certamente, a contribuição da ODR para a resolução dos conflitos entre o poder público e o cidadão requer o desenvolvimento de plataformas específicas, que atendam às normas jurídicas e, ao mesmo tempo, propiciem uma experiência *online* exitosa. Antevê-se um campo aberto à interação interdisciplinar entre a Ciência do Direito e as Ciências relacionadas à Informação, Computação, Informática e Tecnologia em geral.

Sem querer aprofundar o tema para além da seara jurídica, cogita-se a possibilidade de se acoplar uma plataforma de ODR aos Serviços de Informação ao Cidadão (SIC), previstos na LAI, ou aos Portais da Transparência, decorrentes da LRF, de forma que essa ferramenta possa auxiliar a resolução de litígio que envolva o cidadão e o poder público, no que se refere ao atendimento das regras de transparência estabelecidas na legislação. Haveria, assim, no âmbito do poder público, o uso da Resolução *Online* de Litígios de forma que se possa, a partir das técnicas da ADR, que também abrangem a ODR, solucionar a questão de forma mais rápida e sem envolver o judiciário, utilizando-se dos Portais da Transparência ou dos Serviços de Informação ao Cidadão (SIC) já existentes. Embora não seja o propósito deste trabalho o exame de casos concretos, a indicação de casos práticos relacionados ao uso da ODR é relevante para facilitar a compreensão da proposta⁵⁴. Em estudo promovido pela ONG Artigo 19⁵⁵, foram analisados 616 acórdãos⁵⁶, dos quais 250 era efetivamente relacionados com a Lei de Acesso à Informação (LAI), divididos desta forma: STF – 4 acórdãos; STJ – 14 acórdãos; TRF3 – 10 acórdãos; TJRJ – 23 acórdãos; TJSP – 199 acórdãos⁵⁷.

54 Daniel do Amaral Arbix descreve o potencial do uso de mecanismos de resolução *online* de controvérsias realizando três estudos de caso, correspondentes ao eBay, à prefeitura de New York e à Wikipedia (ARBIX, 2017, pp. 115 e segs.).

55 A ONG se identifica como “uma organização não-governamental de direitos humanos nascida em 1987, em Londres, com a missão de defender e promover o direito à liberdade de expressão e de acesso à informação em todo o mundo. Seu nome tem origem no 19º artigo da Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU” (ARTIGO 19, 2018).

56 A pesquisa foi restrita aos seguintes tribunais: Supremo Tribunal Federal (STF), Superior Tribunal de Justiça (STJ), Tribunal Regional Federal da 3ª Região (TRF3), Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJSP) e Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (TJRJ).

57 ARTIGO 19, 2017a, p. 12.

O estudo indicou que as demandas ajuizadas, nas quais a LAI era citada como pertinente, foram majoritariamente propostas por servidores públicos (36%) e cidadãos individuais (23,2%), que buscavam diversas informações, desde documentos de interesse pessoal até informações sobre obras, gastos públicos e remuneração de agentes públicos⁵⁸. Outras categorias também ajuizaram demandas, como autoridades públicas (13,2%), organizações da sociedade civil (5,2%), sindicatos ou entidades de classe (6,8%), imprensa (4,8%) etc⁵⁹. Os temas objeto das demandas relacionadas à LAI foram variados, dos quais destacam-se a divulgação da remuneração de servidores (28,4%), situações de servidores, comissionados e concurso público (14,4%), implementação da LAI (11,2%), contratos e licitações (12,8%) e despesas, obras, projetos e propriedades públicas (12,4%)⁶⁰.

Percebe-se, portanto, que existe espaço para a aplicação da ODR na temática da transparência pública. Embora não seja tão expressivo o montante de ações analisadas no estudo, é preciso considerar que a investigação se limitou a alguns tribunais, não sendo alvo da pesquisa 4 Tribunais Federais (cuja jurisdição abrange 24 Estados da federação, além do Distrito Federal) e 25 Tribunais de Justiça. Além disso, repita-se, essa iniciativa seria importante por fomentar a utilização da ODR pelo poder público, conferindo maior divulgação e legitimidade a essa ferramenta, abrindo caminho para seu uso em outras searas, talvez envolvendo demandas de natureza tributária. Outro aspecto relevante a considerar consiste no caráter transindividual que o cumprimento das leis de transparência pública tem. A efetiva implantação e a regular alimentação de um portal da transparência, nos termos exigidos pela legislação, atende não apenas ao interesse individual de um determinado cidadão, irrisignado com a opacidade da administração pública, mas de toda a sociedade, que poderá se valer do resultado daquela demanda individual para exercer o controle social sobre a administração pública de forma mais efetiva⁶¹.

58 ARTIGO 19, 2017a, p. 16-17.

59 ARTIGO 19, 2017a, p. 16.

60 ARTIGO 19, 2017a, p. 21.

61 A ONG Artigo 19 analisou cinco casos relevantes de transparência ocorridos nos cinco anos de vigência da LAI. Eles envolvem a obtenção de informações acerca do impacto socioambiental de Belo Monte, a publicação da "lista suja" do trabalho escravo, informações sobre o uso de agrotóxicos, o questionamento acerca do sigilo de dados relativos à segurança pública e o acesso ao serviço de aborto legal pelas gestantes que se enquadrem nas hipóteses legais e admitidas pelo STF (ARTIGO 19, 2017b).

Embora o uso da ODR para solucionar os conflitos relacionados à transparência pública seja viável, é preciso reconhecer que, por mais avançada que seja uma plataforma de ODR, sempre haverá a possibilidade de não se chegar a um consenso envolvendo o poder público e o cidadão. Pode ocorrer de ambos ficarem resolutos quanto ao acerto da própria posição. Neste ponto, é preciso avançar para a possibilidade de realizar a transição da questão debatida na ODR para a via judicial e, a partir de então, obter uma solução definitiva e com força executiva. Para tanto, não parece proveitoso desprezar-se todas as etapas já desenvolvidas por ocasião da ODR. Na próxima seção será analisada a viabilidade de se valer dos atos já praticados numa plataforma ODR no processo judicial subsequente, nos casos em que não for possível obter uma solução consensual entre o cidadão e administração pública.

4. Caminhos para a integração da ODR ao processo judicial

Partindo-se da premissa, anteriormente estabelecida, de que a ODR pode auxiliar na solução de conflitos entre a administração pública e o cidadão, resta saber como lidar com a hipótese de não se chegar a um consenso. Como primeira alternativa, o cidadão recomençaria a discussão, deflagrando um processo judicial. Neste instante, cumpre questionar a possibilidade de o interessado ingressar judicialmente sem desperdiçar todas as etapas ocorridas na plataforma ODR. Resultaria num desestímulo à ODR se o cidadão, de antemão, soubesse que a recusa do poder público em chegar a qualquer acordo resultaria numa demorada disputa judicial. Muitos, com razão, optariam por iniciar imediatamente pela via judicial, em vez de investir seu tempo numa ODR. A integração proveitosa da ODR a um processo judicial demanda a modificação do procedimento comum, de modo a permitir que as etapas já ultrapassadas possam ser aproveitadas na fase judicial. A única possibilidade vislumbrada, no ordenamento jurídico atual, para tanto, seria pela via do negócio jurídico processual atípico do artigo 190 do CPC. O referido dispositivo legal permite às partes estipularem mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo.

Sendo plausível a modificação do procedimento para ajustá-lo às especificidades do caso concreto, cumpre esclarecer, inicialmente, se o poder

público poderia firmar negócios jurídicos processuais com fundamento no artigo 190 do CPC. Apenas na hipótese de se responder afirmativamente essa questão será possível avançar em direção à formatação de um negócio jurídico processual que integre a via judicial a uma plataforma ODR.

Os negócios jurídicos são fatos jurídicos *lato sensu* da espécie atos jurídicos *lato sensu*. Caracterizam-se pela manifestação da vontade direcionada à composição do suporte fático de determinada categoria jurídica, escolhida pelo interessado, com o objetivo de alcançar efeitos jurídicos que poderão ser prescritos pelo sistema jurídico ou definidos pelas partes. Nos atos jurídicos em sentido estrito, de forma diversa, a manifestação da vontade não é dirigida para a escolha da categoria jurídica, produzindo somente os efeitos necessários, preestabelecidos nas normas jurídicas e invariáveis⁶². Pode-se afirmar que “o relevante para caracterizar um ato como *negócio jurídico* é a circunstância de a vontade estar direcionada não apenas à prática do ato, mas, também, à produção de um determinado efeito jurídico, com poder de autorregramento”⁶³.

O novo estatuto processual contesta a tese contrária à existência dos negócios jurídicos no âmbito processual. Passou a prever expressamente negócios jurídicos processuais típicos, como o calendário processual (art. 191) e o saneamento consensual (art. 357, § 2º), e atípicos, estes decorrentes da cláusula geral de negociação processual do artigo 190⁶⁴, caracterizados por não se encaixarem nos tipos legais, mas cuja estruturação é elaborada pelas partes de modo a atender às suas próprias conveniências e necessidades⁶⁵. Tais novidades demonstram um novo modelo de processo, mais democrático e participativo, no qual o protagonismo dos litigantes influencia diretamente não só o seu andamento mas o resultado final, legitimando a decisão, principal vetor de seu cumprimento integral⁶⁶.

A Lei n. 13.105, de 2015, consagrou o princípio do autorregramento da vontade no processo civil, ao permitir às partes o exercício da liberdade no ambiente processual sem restrições irrazoáveis ou injustificadas,

62 MELLO, 2003, pp. 157-161.

63 NOGUEIRA, 2015, pp. 86-87.

64 DIDIER JR., 2015, p. 24.

65 CUNHA, 2014, pp. 7-9.

66 CUNHA, 2014, pp. 7-9.

existindo, pois, uma proteção ao livre exercício da vontade no processo⁶⁷. Com fundamento no artigo 190 do novo CPC, as partes passaram a poder realizar modificações no procedimento, com efeitos eleitos pelos próprios interessados e não simplesmente predeterminados pelo sistema de forma inflexível. Esta modificação do procedimento para melhor ajustá-lo às nuances do caso concreto corresponde, também, ao princípio da adequação processual, decorrente das garantias do devido processo legal, do acesso à justiça e da razoável duração do processo e da celeridade de sua tramitação (art. 5º, inc. LIV, XXV e LXXVIII, da CR)⁶⁸.

Ao permitir a realização de negócios processuais atípicos e incentivar a autocomposição, o CPC indica uma preocupação maior com a resolução do conflito do que propriamente com o seu julgamento, redimensionando o papel do Poder Judiciário. Há, portanto, uma democratização do exercício tradicional da jurisdição, mitigando o distanciamento e o formalismo em busca de uma revalorização da autonomia da vontade das partes⁶⁹. Para os propósitos do presente artigo, analisaremos apenas a cláusula geral de negociação do art. 190 do CPC.

A sua formação, nos termos da Lei, exige partes plenamente capazes e que o processo verse sobre direitos que admitam a autocomposição. Por se tratar de um negócio jurídico, ainda que não houvesse menção expressa, este requisito seria indispensável, em razão das regras gerais do Código Civil pertinentes à sua validade, aplicáveis, também, aos negócios processuais. Desta fora, além de agente (plenamente) capaz, deve ter objeto lícito, possível, determinado ou determinável, bem como forma prescrita ou não defesa em lei (art. 104 do CC)⁷⁰.

Conforme disposto no art. 190, os direitos que são objeto do processo devem ser passíveis de transação pelas partes, devendo-se alertar que o acordo não recairá sobre o direito em si – por não se tratar de transação, renúncia ou reconhecimento da procedência do pedido – mas sobre o processo e o procedimento, com a finalidade de melhor ajustá-los às peculiaridades da causa. O objeto do negócio jurídico processual não será o mérito da causa, nem os direitos da relação jurídica de direito material deduzida

67 DIDIER JR, 2015, pp. 22-23.

68 REDONDO, 2016, p. 230.

69 CUNHA, 2014, p. 21.

70 CAMBI; NEVES, 2015, p. 504.

em juízo, mas os atos e fases próprias da relação jurídica processual, tais como os prazos, a suspensão do processo, a distribuição do ônus da prova, as instâncias recursais etc⁷¹.

Admite-se a realização dos negócios processuais durante o processo ou anteriormente ao seu início, com previsão em cláusula contratual, inclusive em contrato de adesão⁷². Também poderá ser efetivado em qualquer fase do processo, seja recursal ou até mesmo durante o cumprimento da sentença. Ademais, não se submetem à exigência de homologação judicial para produzirem seus efeitos (art. 200 do CPC), que se irradiam desde a celebração, salvo se a lei exigir expressamente ou as partes assim o quiserem⁷³.

Embora exista grande margem de liberdade, ela não é irrestrita. Os negócios jurídicos processuais não podem violar a garantia do contraditório, nem normas cogentes, como as que se referem à competência absoluta. Em síntese, há, ao menos, três limites para os negócios processuais: a disponibilidade do direito em litígio, o equilíbrio e a igualdade entre as partes, além do respeito às regras, princípios, direitos e garantias fundamentais do processo⁷⁴.

É importante destacar que a indisponibilidade do direito em si não se traduz num óbice à realização do negócio jurídico processual. Tem relevância para a possibilidade ou não de se celebrar o negócio jurídico procedimental que o processo verse sobre direitos que admitam autocomposição (art. 190, *caput*, do CPC)⁷⁵. É possível que determinados direitos sejam indisponíveis, porém admitam a transação parcial. Exemplo disso ocorre com os alimentos, irrenunciáveis em princípio, mas sobre os quais é válido o acordo quanto ao montante e à forma de pagamento. Até mesmo em relação a interesses difusos, conflitos coletivos ou no âmbito dos direitos sociais a doutrina tem admitido de forma abrangente o compromisso de ajustamento de conduta em sede de inquérito civil, independentemente da presença de direitos indisponíveis⁷⁶. Em ações de improbidade, por exemplo, cogita-se a possibilidade de negócios processuais para fixar um calendário dife-

71 CIANCI; MEGNA, 2015, p. 489.

72 CUNHA, 2014, p. 29.

73 CABRAL, 2016, pp. 229-237.

74 CAMBI; NEVES, 2015, p. 505.

75 CAMBI; NEVES, 2015, p. 506.

76 PINHO; VIDAL, 2016, pp. 371-409.

renciado, alterar o próprio procedimento, suprimindo a defesa preliminar, se houver concordância expressa e não resultar prejuízo ao interessado, para imprimir celeridade ao feito⁷⁷.

A partir do novo CPC houve uma mudança de paradigma, consubstanciada na revalorização da manifestação de vontade das partes em relação ao juiz, quanto aos atos de disposição de ônus, poderes e faculdades processuais. Isto impõe uma mudança na interpretação do texto processual, a partir da compreensão de que o objetivo do processo é resguardar o direito material, cuja titularidade é das partes, assegurando-lhes a liberdade necessária para dispor de certas situações processuais⁷⁸. Caso prevaleça a mentalidade existente à época do CPC de 1973, a realização dos negócios processuais atípicos encontrará óbices fundamentados na existência de um direito “indisponível” ou pertencente ao juiz, ao Estado ou à sociedade⁷⁹.

O termo autocomposição, previsto no artigo 190 do CPC, é abrangente e vai além da expressão direito disponível, pois alcança os direitos indisponíveis que admitem a transação⁸⁰. A mera indisponibilidade do direito não impede, portanto, a celebração de um negócio jurídico processual⁸¹. Com efeito, “a disposição de direito processual, [...] não tem como reflexo necessário a mitigação do direito material cuja tutela é pretendida na relação jurídica processual”, ao contrário, “pode reforçar a proteção que o ordenamento jurídico atribui aos bens com algum grau de indisponibilidade”⁸².

Há de se ter em mente que a autocomposição envolvendo a Fazenda Pública pode alcançar tanto os direitos materiais quanto os seus direitos processuais⁸³, compreendidos como a soma de todas as potencialidades exercidas no âmbito do processo, na qualidade de parte ou de interveniente. Há diversos exemplos que mitigam o dogma da indisponibilidade dos interesses públicos, autorizando o administrador a realizar a transação so-

77 CAMBI; NEVES, 2015, p. 506.

78 REDONDO, 2016, p. 231.

79 REDONDO, 2016, p. 232.

80 Está é, inclusive, a solução prevista expressamente no art. 3º da Lei n. 13.140, de 2015, que passou a permitir a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública.

81 REDONDO, 2016, p. 235.

82 CABRAL, 2015, pp. 550-551..

83 CIANCI; MEGNA, 2015, p. 490-497.

bre o direito material⁸⁴ ou processual⁸⁵. Ao adotar a arbitragem, prevista na Lei n. 13.129, de 2015, por exemplo, a Fazenda Pública abdica não apenas do julgamento por um juiz do Estado, mas da própria aplicação das regras processuais⁸⁶, resguardados, por óbvio, os ditames constitucionais e legais relacionados ao devido processo legal⁸⁷.

A busca pela composição dos conflitos com a participação direta dos interessados é uma tendência observada não apenas no processo civil⁸⁸. No processo penal, apesar de tradicionalmente marcado pela indisponibilidade da ação penal, como regra, pelo princípio inquisitivo e, por conseguinte, pela prevalência do magistrado, recentes institutos vêm proporcionando o aumento da contratualização também no seu âmbito⁸⁹. A partir da aceitação de negócios processuais até mesmo no processo penal, perde força a tese da impossibilidade de admitir a celebração de negócios jurídicos processuais atípicos, ao argumento da indisponibilidade do interesse público.

Deve-se admitir, portanto, a participação do poder público em negócios processuais atípicos, nos termos do art. 190 do CPC de 2015, desde que observados requisitos constitucionais e legais, bem como a necessidade de sempre pautar tais ajustes no atendimento ao interesse público.

Respondida a questão relacionada à possibilidade de o poder público celebrar negócios jurídicos processuais atípicos, sendo, portanto, lícito estimular mudanças no procedimento judicial, para ajustá-lo às especificidades

84 Como nos acordos em contratos administrativos (arts. 65 e 79 da Lei n. 8.666/93), acordos em procedimentos sancionatórios do CADE (art. 85 e 86, da Lei n. 12.529/2011) e a transação nos procedimentos dos juizados especiais (art. 10, parágrafo único, da Lei n. 10.259/01 e 8º da Lei n. 12.153/09).

85 São comuns alguns negócios processuais corriqueiramente realizados pela Fazenda, como ao requerer, em comum acordo, a dilação do prazo processual, da inversão da ordem de oitiva de testemunhas ou a suspensão do processo.

86 CIANCI; MEGNA, 2015, p. 500.

87 MARINONI; MITIDIERO, 2012.

88 Para exemplos de manifestações da consensualidade administrativa no Direito brasileiro, cf. BARREIROS, 2016, pp. 49-92.

89 Alguns exemplos das referidas mudanças em direção à consensualidade e à convencionalidade no processo penal e no processo sancionador em geral são a colaboração premiada (art. 16, parágrafo único, da Lei n. 8.137/90; art. 8º, parágrafo único, da Lei n. 8.072/90; art. 8º, parágrafo único, da Lei n. 9.807/99; e arts. 3º, inc. I, e 4º, §4º, da Lei n. 12.850/12), a transação penal, a suspensão condicional do processo, a composição civil dos danos (arts. 76, 74 e 89 da Lei n. 9.099/95; e arts. 27 e 28 da Lei n. 9.605/98), o termo de compromisso para infrações no mercado de capitais (art. 11, § 5º, da Lei n. 6.385/76; o compromisso de cessação e o acordo de leniência em caso de infração à ordem econômica (art. arts. 85 e 86 da Lei n. 12.529/11); este com previsão também legislação anticorrupção (arts. 16 e 17 da Lei n. 12.846/13). Cf. CABRAL, 2015, p. 545-546.

da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo, é necessário evoluir para um esboço de ajuste que permita a transição de um conflito de uma plataforma de ODR para o processo judicial. Um negócio jurídico voltado à integração entre uma plataforma ODR e o processo judicial, numa controvérsia relacionada ao exercício do direito à informação pelo cidadão, deve considerar os seguintes aspectos: (i) um acordo de vontades entre o poder público e o cidadão estabelecendo a adesão à ODR e ao processo judicial subsequente, com modificações previamente definidas; (ii) mudanças no procedimento judicial que aproveitem as etapas já enfrentadas por ocasião da ODR e, por isso, confirmam-lhe maior celeridade⁹⁰; e (iii) a integração operacional da plataforma ODR com o sistema de processo eletrônico do Poder Judiciário.

As mudanças procedimentais deverão observar os limites estabelecidos no próprio Código de Processo Civil, respeitando todas as regras processuais cogentes, tais como a ampla defesa e o contraditório, evitando, ainda, abusos em detrimento das partes, que não poderão ser expostas a uma situação de vulnerabilidade. Para viabilizar a concretização do uso de uma plataforma ODR integrada ao processo judicial, quanto às controvérsias relacionadas à transparência pública, é necessário desenvolver a ideia de uma convenção processual coletiva entre o Poder Executivo e o Poder Judiciário, estabelecendo modificações no procedimento e na administração da justiça.

Lorena Miranda Santos Barreiros explica que no âmbito dos acordos coletivos há aqueles de procedimento civil, voltados a suprir lacunas ou dificuldades relacionadas ao procedimento, e os protocolos institucionais de natureza administrativa⁹¹. É de se avaliar, portanto, a conveniência de celebrar protocolos ou acordos institucionais entre o poder público e o Poder Judiciário com a finalidade de ajustar uma política pública de justiça, voltada ao estímulo da consensualidade e à solução dos conflitos pela autocomposição⁹².

Decerto, alguns desafios merecem ser aprofundados em estudos posteriores, como a viabilidade de compatibilizar o pedido de informação veiculado numa plataforma ODR com as exigências da petição inicial da lei

90 É importante que as alegações e eventuais provas já coletadas durante a fase da ODR sejam carreadas ao processo judicial.

91 BARREIROS, 2016, pp. 149-150.

92 BARREIROS, 2016, pp. 382.

processual e a necessidade da presença de advogado a partir do início da fase judicial, além da interligação de uma plataforma ODR ao processo judicial eletrônico com rito modificado, dentre várias outras questões. Tais aspectos merecem, contudo, ser encarados como desafios superáveis, diante de uma interpretação voltada à simplificação procedimental, sem abrir mão das garantias essenciais do Estado Democrático de Direito.

5. Conclusão

O fortalecimento das ferramentas de transparência na gestão pública aguça o controle social e combate a malversação de recursos públicos. De outra perspectiva, é indispensável aproveitar os meios tecnológicos mais avançados para a solução de conflitos, sem sobrecarregar a atividade judicial. Neste trabalho, avaliou-se que a ODR pode contribuir para a composição de eventuais litígios envolvendo a administração pública e o cidadão, relacionados à ausência de transparência pública.

A Resolução *Online* de Litígios (ODR) surgiu com a utilização das técnicas da Resolução Alternativa de Litígios (ADR) em ambiente virtual e é considerada uma opção vantajosa em relação ao processo judicial tradicional, em razão da rapidez, baixo custo e adaptabilidade do procedimento às circunstâncias do caso.

A utilização da ODR em países em desenvolvimento, como o Brasil, apesar dos desafios culturais, de infraestrutura e regulatórios, tem grande potencial de expansão. Isto se dá em virtude das suas características de adaptabilidade ao contexto social, eficiência frente ao sobrecarregado judiciário local e capacidade de contribuir com crescimento econômico, ao estimular a confiança no comércio eletrônico.

O problema da falta de confiança na ODR, também apontado como uma questão de legitimidade, pode ser contornado justamente a partir de sua utilização pela administração pública, que disseminaria na sociedade as vantagens dessa ferramenta, como alternativa à excessiva judicialização existente no país.

Para tanto, propõe-se, inicialmente, a aplicação da ODR em litígios envolvendo a transparência pública, por ser matéria amplamente regulamentada no ordenamento jurídico brasileiro e de inegável relevância, diante da conjuntura atual de forte questionamento das instituições estatais e de crise econômica, a recomendarem um maior controle do poder público. Além disso, embora seja farta a legislação que disciplina o dever de transparência

pública, tais normas têm apresentado baixa efetividade.⁹³ A utilização da tecnologia, em especial das plataformas de ODR, teria o condão de evitar a judicialização de questões de baixa complexidade e oportunizar ao gestor a chance de corrigir eventuais falhas de transparência, antes de vir a responder judicialmente, nas esferas penal, cível e política.

Não há óbices à utilização da ODR porque o ordenamento jurídico brasileiro autoriza o uso dos métodos de ADR, como a conciliação, a mediação e a arbitragem pela administração pública, por meio das Leis n. 13.129 e 13.140, ambas de 2015, além do CPC. Somado a isso, a incorporação dos meios eletrônicos e da internet à esfera pública é uma característica observada no direito positivo pátrio, acentuada à medida em que o acesso às ferramentas tecnológicas e à rede mundial massificaram-se no país. Desta forma, a ODR, que, em linhas gerais, corresponde às técnicas da ADR em ambiente virtual, apresenta-se como um meio de solução de conflitos acessível ao poder público no Brasil.

Neste sentido, é possível acoplar uma plataforma de ODR aos Serviços de Informação ao Cidadão (SIC), previstos na LAI, ou aos Portais da Transparência, decorrentes da LRF, de modo a permitir a rápida resolução de eventuais litígios relacionados à transparência pública, sem sobrecarregar o judiciário. Quanto aos casos em que não for possível alcançar uma solução numa plataforma de ODR, é possível integrá-la ao processo judicial eletrônico subsequente, adaptando-se o procedimento comum, de modo a aproveitar-se as fases já desenvolvidas anteriormente, com fundamento na cláusula geral de negociação processual do artigo 190 do CPC, cuja celebração pelo poder público deve ser aceita.

Cumpre, ademais, avaliar a conveniência de celebrar protocolos ou acordos institucionais entre a administração pública e o Poder Judiciário com a finalidade de ajustar uma política pública de justiça, voltada ao estímulo da consensualidade e à rápida solução dos conflitos, mediante a integração da ODR ao processo judicial eletrônico. As evoluções tecnológicas devem ser introduzidas na administração pública para aprimorar a prestação dos serviços públicos. O uso da ODR permite beneficiar toda a sociedade, oferecendo novos instrumentos para solucionar conflitos com o poder público e, assim, estimular o aperfeiçoamento da gestão pública e de seu sistema de

93 São diversas as pesquisas que indicam uma baixíssima adesão do poder público às normas relacionadas à transparência. Cf. nota de rodapé 51.

controle, além de estimular a adoção dessa ferramenta em outras espécies de litígios, contribuindo para a redução da judicialização no Brasil.

Referências

- ALBORNOZ, María Mercedes; MARTÍN, Nuria González. Feasibility Analysis of Online Dispute Resolution in Developing Countries. *Inter-american Law Review*, v. 44:1, p. 39-61, 1 nov. 2013.
- AMORIM, Fernando Sérgio Tenório de. Resolução *online* de litígios (odr) de baixa intensidade e seus reflexos no Direito Internacional Privado: uma análise da normatividade polissêmica das redes numéricas. *Direito e Justiça: reflexões sóciojurídicas*. Disponível em: < http://srvapp2s.santoangelo.uri.br/seer/index.php/direito_e_justica/article/view/2131>. Acesso em: 20 jan. 2017.
- ARBIX, Daniel do Amaral. *Resolução Online de Controvérsias*. São Paulo: Intelecto, 2017.
- ARTIGO 19. *A Organização*. São Paulo. Disponível em: < <http://artigo19.org/a-organizacao/>>. Acesso em: 25 abr. 2018.
- ARTIGO 19. *A Lei de Acesso à Informação nos Tribunais Brasileiros*. São Paulo: Artigo 19, 2017a. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/dl/relatorio-artigo-19-lei-acesso1.pdf>>. Acesso em: 25 abr. 2018.
- ARTIGO 19. Os cinco anos da Lei de Acesso à Informação. São Paulo: Artigo 19, 2017b. Disponível em: < <http://bit.ly/downloadrelat%C3%B3rioLAI2017-2>>. Acesso em: 25 abr. 2018.
- BARREIROS, Lorena Miranda Santos. *Convenções processuais e poder público*. Salvador: Juspodivm, 2016.
- BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo*. Tradução Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e terra, 1986.
- BRAND, Ronald A. Party Autonomy and Access to Justice in the UNCITRAL Online Dispute Resolution Project. *Legal Studies Research Paper Series*, University of Pittsburg, School of Law, Working Paper n. 2012-20, p. 1-30, ago. 2012. Disponível em: < https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2125214>. Acesso em 16 jan. 2017.
- BRASIL. Portal Brasil. Portal da Transparência recebeu número recorde de acessos em 2016. *Fiscalização*, 7 jan. 2017. Disponível em: < <http://www.brasil.gov.br/governo/2017/01/portal-da-transparencia-recebeu-numero-recorde-de-acessos-em-2016>>. Acesso em: 24 abr. 2018.

- BRASIL. Controladoria-Geral da União. Portal da Transparência bate recorde de acessos em 2015. *CGU*, 7 jan. 2016. Disponível em: < <http://www.brasil.gov.br/governo/2016/01/portal-da-transparencia-bate-recorde-de-acessos-em-2015> >. Acesso em: 24 abr. 2018.
- CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções Processuais*. Salvador: Juspodvm, 2016.
- CABRAL, Antonio do Passo. A Resolução nº 118 do Conselho Nacional do Ministério Público e as convenções processuais. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coord.). *Coleção grandes temas do novo CPC: negócios processuais*. V. 1. Salvador: Juspodvm, 2015, p. 541-557.
- CAMBI, Eduardo; NEVES, Aline Regina das. Flexibilização procedimental no novo código de processo civil. In: DIDIER JR, Fredie (Coord.). *Coleção novo CPC doutrina selecionada: parte geral*. V. 1. Salvador: Juspodvm, 2015, p. 483-521.
- CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.
- CIANCI, Mirna; MEGNA, Bruno Lopes. Fazenda pública e negócios jurídicos processuais no novo CPC: pontos de partida para o estudo. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coord.). *Coleção grandes temas do novo CPC: negócios processuais*. V. 1. Salvador: Juspodvm, 2015, p. 481-505.
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em Números 2017: ano-base 2016*. Brasília: CNJ, 2017. Disponível em: < <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/12/b60a659e5d5cb79337945c1dd137496c.pdf> > Acesso em: 29 mar. 2018.
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em Números 2016: ano-base 2015*. Brasília: CNJ, 2016. Disponível em: < www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/10/b8f46be3dbbfff344931a933579915488.pdf >. Acesso em: 17 jan. 2017.
- CUNHA, Leonardo Carneiro da. Negócios jurídicos processuais no processo civil brasileiro, p. 7-9. In: CONGRESSO PERU-BRASIL DE DIREITO PROCESSUAL, 1., 2014, Lima. Disponível em: <https://www.academia.edu/10270224/Neg%C3%B3cios_jur%C3%ADdicos_processuais_no_processo_civil_brasileiro>. Acesso em: 28 jul. 2016.
- DIDIER JR., Fredie. Princípio do respeito ao autorregramento da vontade no processo civil. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coord.). *Coleção grandes temas do novo CPC: negócios processuais*. V. 1. Salvador: Juspodvm, 2015. p. 19-25.

- FRANÇA, Phillip Gil. *O controle da Administração Pública: discricionariedade, tutela jurisdicional, regulação econômica e desenvolvimento*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- FREITAS, Juarez. *Discricionariedade Administrativa e o Direito Fundamental à Boa Administração Pública*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS – ESCOLA DE ADMINISTRAÇÃO DE EMPRESAS DE SÃO PAULO (FGV-ESASP). *Pesquisa Anual do Uso de TI nas Empresas*, GVcia, FGV-EAESP, 26ª edição, 2015. Disponível em: < <http://eaesp.fgvsp.br/ensinoeconhecimento/centros/cia/pesquisa> >. Acesso em: 18 dez. 2015.
- KATSH, Ethan; RABINOVICH-EINY, Orna. Technology and dispute systems design: lessons from the “sharing economy”. *Dispute Resolution Magazine*, v. 21.2, Winter 2015. Disponível em: < <http://www.abanet.org/dispute/drjournal.html> >. Acesso em: 24 abr. 2018.
- KATSH, Ethan. Online Dispute Resolution: Some Implications for the Emergence of Law in Cyberspace. *Lex Electronica*, v. 10, n. 3, Hiver/Winter 2006. Disponível em: < <http://www.lex-electronica.org/s/892> >. Acesso em: 23 abr. 2018.
- LODDER, Arno R.; ZELEZNIKOW, John. Artificial Intelligence and Online Dispute Resolution. In: WAHAB, Mohamed S. Abdel; KATSH, Ethan; RAINEY, Daniel (Eds.), *Online Dispute Resolution Theory and Practice*. Haia: Eleven International Publishing, 2011. cap. 4, p. 73-94. Disponível em: < www.mediate.com/pdf/lodder_zeleznikow.pdf >. Acesso em: 16 jan. 2017.
- MARQUES, Gil da Costa; CRESPO, Marcelo Xavier de Freitas. Um panorama sobre a Sociedade de Informação: o *cloud computing* e alguns aspectos jurídicos no ambiente digital. In: MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; COELHO, Alexandre Zavaglia P. (Coord.). *Direito, inovação e tecnologia*. V. 1. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 123-138.
- MELLO, Marcos Bernardes. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. São Paulo: Saraiva, 2003.
- MEZZAROBBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia Sevilha. *Manual de metodologia da pesquisa no direito*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. Sobre os acordos de procedimento no processo civil brasileiro. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coord.). *Coleção grandes temas do novo CPC: negócios processuais*. V. 1. Salvador: Juspodvm, 2015. p. 81-92.

- ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. *Brasil, sozinho, tem mais faculdades de Direito que todos os países*. Notícias, 14 out. 2010. Disponível em: < <http://www.oab.org.br/noticia/20734/brasil-sozinho-tem-mais-faculdades-de-direito-que-todos-os-paises> >. Acesso em: 17 jan. 2017.
- PAPPAS, Brian A. Online Court: online dispute resolution and the future of small claims. *UCLA Journal of Law & Technology*, V. 12, Issue 2, p. 1-25, 2008. Disponível em: < <http://www.lawtechjournal.com/home/articles/79/> >. Acesso em: 28 nov. 2016.
- PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; VIDAL, Ludmilla Camacho Duarte. Primeiras reflexões sobre os impactos do novo CPC e da Lei de Mediação no Compromisso de Ajustamento de Conduta. In: *Revista de Processo*, vol. 256, junho, 2016, p. 371-409.
- RABINOVICH-EINY, Orna; KATSH, Ethan. Reshaping Boundaries in an Online Dispute Resolution Environment. *International Journal of Dispute Resolution*, v. 1, issue 1, p. 5-36, 2014.
- RIVERA, Arturo. *Governança e Dados Abertos*. Palestra proferida no XXVIII Congresso dos Tribunais de Contas do Brasil, Recife, 3 dez. 2015.
- REDONDO, Bruno Garcia. Negócios jurídicos processuais. In: WAMBIER, Luiz Rodrigues. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Temas essenciais do novo CPC: análise das principais alterações do sistema processual civil brasileiro*. São Paulo: RT, 2016, p. 227-236.
- SARLET, Ingo; MARINONI, Luiz G.; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- SENÉCAL, François; BENYEKHLÉF, Karim. Groundwork for Assessing the Legal Risks of Cyberjustice. *Canadian Journal of Law and Technology*, p. 41-56, 1 jul. 2009. Disponível em: < https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1443990 > Acesso em: 12 jan. 2017.
- THE ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). *Open Government Data*. Disponível em: <<http://www.oecd.org/gov/public-innovation/opengovernmentdata>>. Acesso em: 18 dez. 2015.
- WEBSTER, Frank. *Theories of the Information Society*. 3. ed. New York: Routledge, 2006.

Recebido em 06 de fevereiro de 2017.

Aprovado em 20 de março de 2018.

Smart cities and personal data: balancing innovation, technology and the law

Cidades inteligentes e dados pessoais: equilibrando inovação, tecnologia e o Direito

Jesús Manuel Niebla Zatarain*

Faculty of Law of Mazatlan, Autonomous University of Sinaloa, Mexico

1. Introduction

One of the technological developments that have deeply influenced society is, without a doubt, the Internet. Its impact can be seen in areas that were, prior to its arrival, considered of human realization only. In this aspect, the relation between government and citizens has been shifting towards the adoption of ubiquitous technology and digital platforms, which has incentivised communication and increased transparency levels. This is the particular case of smart cities. Nonetheless, these technologies operate through schemes that require gathering personal data, generating a potentially harmful scenario for their holders. To answer to this situation, many jurisdictions have developed their own version of digital driven legislations, having mixed results at best. This is due to several reasons ranging from the incompatibility of the traditional approach to enforce the law in digital scenarios to a lack of collaboration between experts in these areas. It is within this last position that law compliant operation of smart cities is currently located. As a result of the importance of this scenario, a proper understating of the particularities of the environment is proposed, along

* Professor and researcher of the Faculty of Law of Mazatlan of the Autonomous University of Sinaloa, Mexico. His areas of interests are legal informatics and digital regulation. Email: j.niebla@uas.edu.mx.

with the cooperation between the technical and legal aspects to deliver law compliant and technical efficient development.

2. Turning traditional urban centres smart

The Internet of Things (IoT) is a technological platform that presents a new paradigm where everyday life objects will be equipped with devices such as microcontrollers, transceivers and communication protocols that will allow communication with each other and with its users, becoming an integral element of the Internet¹. This development has been addressed by a sector of the information technology community as the natural evolution of the cyberspace, making it more pervasive. Relevantly, the IoT monitors and interacts with a large variety of appliances, such as surveillance cameras, monitoring sensors, actuators, vehicles, etc. producing a large variety of data that can be used for efficiency purposes.

In this context, the next step on the evolution of the IoT has been its insertion into urban spaces. This idea has been supported by many governments that considers it as a suitable platform to achieve urban efficiency goals such as managing resources, to increment the quality of public services and encourage government-citizen interaction². Additionally, smart cities favours transparency, facilitating cooperation of citizens in the achievement of public strategies, increasing awareness of urban needs and enabling the collaboration between local and state public spheres³. Overall, these elements have allowed smart cities to rise.

However, the development of smart cities is a long term process, which, needless to say, requires large volumes of economic investment. To achieve this, several initiatives have been proposed, in the case of the European Union, the Smart finance for smart buildings initiative⁴, which aims to create attractive schemes for investing in smart technologies for residential and private buildings. This project will operate from 2018 to 2020 creating up to 22,000 new jobs and developing a sustainable market for smart cities infrastructure.

1 ATZORI; IERA; MORABITO, 2010.

2 ATZORI; IERA; MORABITO, 2010.

3 CUFF; HANSEN; KANG, 2008.

4 To know more see: EUROPEAN COMMISSION, 2018.

In this scenario, infrastructure development has proved to be a considerable challenge that has led to the cooperation of the public and private sectors. In the United States, IBM is closely working with the public sector to develop a cognitive model to process personal data relevant to support social, health and educational issues⁵. Another technology organization that is deeply involved in smart cities is Cisco. This company provides physical components required to connect, protect and securely collect personal data in smart urban environments⁶. Microsoft is currently aiming to provide digital solutions for four main areas: optimization of natural resource use, urban security, smart buildings and improvement of field services, through their platform CityNext⁷.

Overall, technological development still remains as the core element in smart cities research. Wireless communication, analysis of relevant data and security have become key areas and have been delivering relevant advances. However, each city has its own identity and particularities, which makes the creation of a general framework a complex task. In this sense, the European Union has developed several approaches according to the characteristics of each city, focusing on objectives that are more likely to be achieved in the short term according to their particularities⁸.

3. Big data in urban environments

Ubiquitous computing along with the IoT had increased the production of large datasets with a variety of information, both public and private. Among the first classification, there are national census, government records and surveys, whereas on the second one there are information about data, market operations and customers⁹. Big data techniques allows us to manage and properly process a large volume of information. They are ca-

5 To know more see: https://www.ibm.com/smarterplanet/us/en/smarter_cities/solutions/human_solutions/ Last access 15 of March 2019.

6 To know more see: https://www.ibm.com/smarterplanet/us/en/smarter_cities/solutions/human_solutions/ Last access 15 of March 2019.

<https://www.cisco.com/c/en/us/solutions/industries/smart-connected-communities/what-is-a-smart-city.html>. Last access 15 of March 2019.

7 <https://www.microsoft.com/en-us/internet-of-things/smart-city>. Last access 15 of March 2019.

8 See: EUROPEAN COMMISSION, 2017.

9 KITCHIN, 2014.

pable of transforming such data into usable knowledge, suitable for commercial and government purposes. In relation to its technical compositions, big data possess the following characteristics¹⁰:

- Data processed are considerably large in volume;
- It operates in high velocity, almost in real-time;
- It can be structured or unstructured;
- Operates in entire populations or systems;
- Results are as fine and particular as possible;
- Capable to operate on different data sets and
- Flexible to extend and escalate the volume of data processed.

As the adoption of digital platforms such as the IoT expanded, the necessity of adopting big data strategies to properly process digital data became evident. Likewise, the conversion of traditional devices into “smart” ones created a new market for the generation of electronic information. Depending on the type of source used to collect information, big data may be classified as one of the following types¹¹:

- *Directed*: These are generated by traditional methods of surveillance. Here, a device is set to collect specific data from particular users or places. A classic example of this is immigration control.
- *Automated*: Data is generated without the direct intervention of the user. This is the scenario when data related to the purchases made by a customer is used for profiling purposes.
- *Volunteered*: These are data provided by the users. These covers social media interaction and those obtained and from crowdsourcing¹².

Naturally, the automated approach has attracted the attention of designers and developers of smart cities. Inherited from the IoT, most of these approaches have been adapted to obtain data through the combination of ubiquitous technologies such as surveillance, sensors and other tracking devices. Compatibility with dynamic scenarios has been also fundamental,

10 BOYD; CRAWFORD, 2012 and MAYER-SCHONBERGER; CUKIER, 2013.

11 KITCHIN, 2014.

12 KITCHIN; DODGE, 2011.

for example, automatic meter reading (AMR) allows an efficient management of domestic services; automated monitoring of public services is also having a positive impact, this is the case of RFID chips attached to garbage collectors that provide whether they need to be collected thus, making this service more efficient and positively impacting public opinion¹³. Smart technology can also be used to measure the state of public infrastructure. In this case, bridges and roads can be monitored to calculate when they would need to be maintained, allowing a better allocation of public resources.¹⁴ Additionally, public transportation is also shifting towards smart technology approaches. This is the case of the Oyster card in London, which allows travel in both surface and underground services¹⁵. Consequently, smart cities are conceived as urban areas where personal data is obtained on real time, through objective measurements and the adequate technological infrastructure.

To address this scenario from the perspective of municipal governments, in the following section, this perspective will be presented.

4. Cities, personal data and smart technologies

It is well known that the approach presented by smart cities has been adopted in different urban centres around the world. The selection of this technology can be seen in strategic sectors such as transport, where data is collected from cameras located in relevant areas of the city¹⁶. At the same time, these technological devices can be used by other departments of public service. In the previous scenario, police departments can obtain relevant information in relation to a particular crime from cameras located in the surrounding areas. In large cities, sensors gather relevant data related to environmental conditions, permitting to establish countermeasures and assessing the impact of contingency plans.

In relation to areas where the smart city approach is currently being developed, Latin America has very interesting scenarios. In Brazil, Rio de Ja-

13 To know more about this approach see: HANCKE; DE CARVALHO E SILVA; HANCKE, 2013.

14 HANCKE; DE CARVALHO E SILVA; HANCKE, 2013.

15 <https://data.london.gov.uk/blog/improved-public-transport-for-london-thanks-to-big-data-and-the-internet-of-things/>. Last access 15 March 2019.

16 DODGE; KITCHIN, 2007.

neiro has one of the most ambitious projects, centralizing data from thirty different sources into a single analytic centre¹⁷. This development operates on the following initiatives¹⁸:

- Rio connected: It aims to expand the telecommunication infrastructure of the city of Rio de Janeiro. It has the objective to interconnect 2.437 governmental points through high speed connections, to facilitate the interaction with citizens.
- Knowledge ships: This initiative is oriented to reduce the digital gap existing within the city's population in terms of digital culture. It will also incentivize the adoption of digital platforms as communication ports with the government to provide relevant knowledge about important events.
- Rio Ágora: This module operates as a social network to discuss and propose public policies. It strengthens involvement, participation, transparency, clarity and supervision of public environment.
- Rio ideas and Rio apps: This method of public participation is based on two type of contests. In the first type, participants present their solutions to a particular problem according to the characteristics of a given scenario. The second one attracts the participation of specialists in technology, who present a technological solution (apps) for a public problem.
- Rio call centre: This is the main communication channel between the people and the government. It operates 24 hours and covers more than 1.000 municipal services. It complements services already provided through digital services, serving citizens that are still within the digital divide.
- Rio operations centre: This initiative processes the data obtained from different sources, such as sensors and cameras located in different areas of the city 24 hours a day, delivering detailed information about the condition of the city.

These initiatives facilitate citizen participation in municipal management. This also impacts positively in terms of transparency, delivering a more adequate process of resource allocation.

17 GAFFNEY; ROBERTSON, 2018.

18 SCHREINER, 2016.

The integration of services maximize efficiency in resource consumption. For example, if a car accident is detected through police cameras, the same data can be used by emergency dispatches to send the appropriate number of ambulances. Smart cities and their algorithms process, visualize, analyse and monitor an immense volume of datasets, aggregating relevant data emerged later and creating projections of potentially relevant scenarios.

Mexico City is currently developing its own smart city approach. According to a report published by the communications agency Llorente and Cuenca: “Mexico City wants to face these challenges [misery and violence] and be a leader within the region by putting in place proper planning initiatives and utilizing the third wave of the internet”^{19,20}. Since 2016, there has been the “Connectivity Master Plan for Mexico City” through the Secretary of Economic Development in coordination with the National Autonomous University of Mexico and the World Bank. It has four main objectives²¹:

- To analyse governmental structure and identify its needs;
- To identify the current connectivity structure of the city;
- To estimate the connectivity demanded in Mexico City;
- To propose the design of the Connectivity Network of Mexico City; and
- To propose the redesign of the broadcast network in Mexico City.

However, Mexico City faces a series of challenges that need to be fulfilled to achieve a fully functional smart city approach. This focus on three equally important areas: technology, priority inclusion from the government and citizen participation, and legislation²².

Romero and Ellstein (from Llorente and Cuenca) mentioned on their report that these need to be addressed from an inclusive participation position, where relevant aspects overlap²³. Here, technology is seen as a

19 ROMERO; ELLSTEIN, 2018.

20 ROMERO; ELLSTEIN, 2018.

21 <https://www.sedeco.cdmx.gob.mx/comunicacion/nota/inicia-gcdmx-plan-maestro-de-conectividad>. Last access 15 March 2019.

22 <https://www.consultancy.lat/news/236/latin-american-smart-city-potential-mexico-city-leads-the-way>. Last access 15 March 2019.

23 ROMERO; ELLSTEIN, 2018.

product directly obtained from innovation that brings citizens together and diminishes social exclusion. In relation to legislation, Mexico has a solid framework to process personal data in the form of the Federal Law on Protection of Personal Data Held by Individuals and the Federal Law on Protection of Personal Data Held by Obligated Subjects. The first one regulates scenarios where the collection of data is performed by private citizens, whereas the second one addresses those interactions where the collector is the public body. Nonetheless, it is perceived that the Mexican legal framework requires further adaptation to the reality of emerging digital environments to bring accurate legal certainty to the parties involved.

The third and last objective aims to provide and strengthen civic and democratic principles within the Mexican society such as responsibility, transparency and participation²⁴. Citizen interaction and participation is the cornerstone of smart urban environments. Thus, it shall be taken as a fundamental element in the design and functioning of these scenarios. They provide input that measures both operational efficiency and the levels of public acceptance, which are the ultimate goals of smart cities.

A more advanced scenario is the city of New York. Here, the Office of Policy and Strategic Planning has developed an analytic hub that allows gathering data from a diverse variety of public sources to manage, regulate and plan more efficient urban goals. A relevant feature presented by this project is the considerable amount of open data made available for independent designers. In relation to connectivity, Cisco systems in collaboration with the New York City council has launched the 24/7, a platform that integrates information from governmental sources, local business and citizens to provide relevant knowledge anytime, anywhere and to any device. This project presents three objectives:²⁵

- *Inform*: It delivers relevant information to their immediate proximity. This scenario can be seen in situations when a user receives information of the events that are taking place in his neighbourhood.
- *Protect*: This approach allows a better management of security resources by allowing police and security forces to locate their units in areas where critical events are occurring.

24 MOORE, Mark. *Creating Public Value: Strategic Management in Government*. 1995.

25 FRAZIER; TOUCHET, 2012.

- *Revitalize*: After having established security and informing strategies, cities are more likely to receive investors to develop commerce and tourism. Additionally, real estate prices will increase, which will lead to greater tax revenue that can later be used to revitalize the community.

The dynamic nature of this scenario and the flow of personal data has led the authorities to establish a series of strategies to ensure lawful management of personal data. Unlike other cases like Mexico City, New York has established Chief Privacy Officers²⁶ who will be in charge of creating protocols and policies to ensure that not only data requests from different areas will be performed lawfully, but also that the resulting data will be properly managed. Additionally, it requires safe personal data management practices among employees and contractors²⁷. In relation to transparency, New York City Council has also introduced the Public Oversight of Police Technology (POST) Act, which aims to regulate the use of surveillance tools by the city's police.

Another relevant case is London. In this city, real-time information is provided to citizens in relation to several topics, such as weather, public bike availability, electricity demand, transport, stock market and twitter trends in the city and even access to traffic camera feeds. Additionally, the city has developed the London Dashboard²⁸, which makes data related to twelve key areas available, these are: jobs and economy, transport, environment, policing and crime, fire and rescue, communities, housing, health, and tourism. Overall, this site provides processed information for non-skilled users, which facilitates their interaction within the city of London.

Overall, urban smart centres are delivering a new approach towards management and delivery of public services. Unlike conservative positions, which perceives this as a replacement of the human element in favour of automation, a better understanding perceives the technology behind smart

26 EUROPEAN COMMISSION, 2018.

27 <http://www1.nyc.gov/office-of-the-mayor/news/167-18/mayor-de-blasio-appoints-laura-negr-n-chief-privacyofficer>. Last access 15 March 2019. To read about this approach implemented in other cities, see: <https://nextcity.org/daily/entry/santa-clara-county-hires-first-chief-privacy-officer>. Last access 15 March 2019 and <https://www.seattle.gov/Documents/Departments/InformationTechnology/privacy/PrivacyProgramIntroductionE-TeamBriefing.pdf>. Last access 15 March 2019.

28 <http://citydashboard.org/london/>. Last access 15 March 2019.

LAURIAULT, 2012 and RIBES; JACKSON, 2013.

cities as a quality increasing tool for public services. However, regardless of the evident benefits that smart technology offers in urban environments, it also raises a serious concern in relation to the lawful management and processing of personal data and its political value. These scenarios will be presented in the following section.

5. Digital data and its impact on urban politics

Digital data contains a series of complex elements that reflects a person's particular ideas, along with the context through which they were conceived, produced, processed, managed, analysed and stored²⁹. Consequently, these pieces of information cannot be considered as a mere product of human interaction: they are the result of particular choices made on specific circumstances and beliefs, containing ethical considerations and even political opinions.

Big data is not indifferent to this, it adapts its gathering process according to characteristics of the sampling frame, the context in which data is gathered, the ontology implemented (the logical description of how data is going to be regulated and standardized), the technological architecture adopted and the legal framework related to privacy.³⁰ This has generated a new form of technocracy where management and regulation of the city resources are based on the assumption that all aspects can be measured and monitored as technical problems³¹. However, such position needs to be properly assessed, since technocracy, by its own nature, may not include all the relevant elements of a particular scenario thus, operating in inaccurate and narrowed terms. Consequently, its results would not provide an adequate solution, especially in highly dynamic and complex environments. Ironically, this classification and assessment of urban data, proper of smart cities, goes against the classic conception of technocracy³². Matter mentions that the implementation of this approach makes data suffer from “datafication, the presumption that all meaningful flows and activity

29 LAURIAULT, 2012 and RIBES; JACKSON, 2013.

30 KITCHIN, 2013.

31 KITCHIN, 2014.

32 HILL, 2013.

can be sensed and measured”³³. Consequently, technology has to deal with deeply rooted problems within the structure of a particular city in order to be efficient and accurate. However, it is mostly implemented over the already existing bureaucratic structure, centralizing data flow, but compromising its effectiveness.

The operational process through which smart functions function requires gathering massive levels of personal data. In the following section, the impact of this on three different legal frameworks will be addressed.

6. European Union

The General Data Protection Regulation (GDPR) of the European Union has provided its citizens with more control over their personal data. Naturally, as the adoption of the smart city approach increases, the necessity to develop lawful strategies to gather personal data becomes urgent.

This has led non-governmental organizations (NGOs) to propose that “people should always know that their data is being collected, and that these can be accessed and deleted” and that “all the initiatives developed by a smart city should be carried out in the name of public interest and not in the one of companies providing cities with the technological infrastructure”³⁴.

One of the main objectives proposed by the GDPR is to harmonize privacy laws across Europe. Here, the figure of the Data Protection Officer (DPO) emerges as a required element whose work is to guarantee legal compliance in relation to personal data legislation. In reference to the scenarios where a DPO is required, the GDPR in its article 37 states: “appointed for all public authorities, and where the core activities of the controller or the processor involve ‘regular and systematic monitoring of data subjects on a large scale’ or where the entity conducts large-scale processing of ‘special categories of personal data’”³⁵. The objective of this figure is not to strictly implement the law but try to facilitate the collaboration between the legal and technological sectors to facilitate the adoption of safe practices. DPOs could be private contractors or members of the staff and can operate in more than one organization, as long as they present similar

33 MATTER, 2013.

34 <https://cordis.europa.eu/news/rcn/130305/en>. Las access 15 March 2019.

35 EUROPEAN UNION, 2016.

operational structures. We can see the presence of this new officer in several private organizations, nonetheless city councils have yet to implement it in the structure of the city. This lack of preparation has led the public sector to hire private elements to properly implemented the GDPR, while preparing their own.

Overall, the GDPR has given the much needed step towards the implementation of a functional legal framework compatible with the reality of technological advance. In this sense, it also provides certainty to data collectors by defining the steps required towards lawful processing of personal data. Several cities have been successfully implementing this regulation to their smart architecture, this is the case of Barcelona³⁶ and Vienna³⁷.

7. The United States

Like many European countries, the United States has experienced a development in smart urban technologies. US legislation has addressed personal data from the perspective of civil rights legislation, such as: the Fair Housing Act (1968), the Fair Credit Reporting Act (1970), the Equal Employment Opportunity Act (1972), the Electronic Communication Privacy Act (1986), which is applied to service providers that transmit data, the Privacy Act (1974), which is based on the Fair Information Practice Principle (FIPP) Guidelines, and the Breach Notification Rule. As it is possible to infer, US legislation has tried to provide data owners control over their information since at least 2012. This can be seen in the “Consumer’s Bill of Rights”, developed on the “Fair Information Practice Principle” (FIPP), which provided two relevant principles³⁸:

1. Respect for Context Principle: consumers have a right to claim that the collection, use, and disclosure of personal data by companies are done in ways that are compatible with the context in which consumers provide the data, and
2. Individual Control Principle: consumers have a right to exert control over the personal data companies collect from them or how they use it.

36 To know more visit: <https://ajuntament.barcelona.cat/digital/en>. Last access 15 March 2019.

37 To know more visit: <https://ajuntament.barcelona.cat/digital/en>. Last access 15 March 2019.

To know more visit: <https://smartcity.wien.gv.at/site/en/>. Last access 15 March 2019.

38 To know more visit: <https://smartcity.wien.gv.at/site/en/>. Last access 15 March 2019.
RANCHORDÁS; KLOP, 2018.

As it has been delivered, American legislation has evolved along with technology, creating Acts or Bills that aim to regulate particular scenarios. This is the case of the Smart Cities and Communities Act of 2017³⁹, which addresses the implementation and use of smart technologies and systems in communities of various sizes. By “smart city or community” it is understood one:

in which innovative, advanced, and trustworthy information, communication, and energy technologies are applied to: (1) improve the health and quality of life of residents; (2) increase efficiency of operations and services; (3) promote economic growth; and (4) improve safety, security, sustainability, resiliency, livability, and work life⁴⁰.

This bill includes commercial, labour and data protection elements to regulate the interaction between technology and citizens. Relevantly, it also provides mechanisms to protect personal data that may be distributed among different parties as part of the smart infrastructure. This model is also designed to bring rural and urban communities together by developing technologies that facilitate the integration of both scenarios. Like insertion models implemented in other countries, this bill stimulates financial investments to make possible the migration from traditional to smart urban approaches.

Complementarily, the Internet of Things Cybersecurity Improvement Act of 2017⁴¹ establishes the obligation to provide an adequate level of security to devices connected to the cyberspace under this approach. It demands contractors and developers to comply with particular controls and requirements that may lead to potential vulnerabilities. This bill, if passed, would allow the Department of Homeland Security to provide a vulnerability disclosure guidance for government contractors; amend federal statutes, particularly the Computer Fraud and Abuse Act and Digital Millennium Copyright Act, particularly in terms of cybersecurity⁴².

39 UNITED STATES, 2017a.

40 UNITED STATES, 2017a.

41 UNITED STATES, 2017b.

42 NUSRATY, 2017.

Whereas the legal framework related to smart technologies is still being discussed in the United States, it provides interesting positions towards the impact of this technology. It distinguishes itself from other international approaches by delivering provisions created through the cooperation with the developing sectors, which delivers an accurate description of the technological and legal scenarios.

8. Mexico

As mentioned on section 4, Mexico is on the process of developing a smart urban infrastructure for Mexico City. On this note, the legal aspect of ubiquitous technology has raised considerable attention among developers, which intend to provide a compliant infrastructure. In this sense, the obligation of lawful management of personal data is contained in the Mexican Constitution on its articles 6th and 16th. The first one on its second paragraph states: “Every person has the right to freely access plural and pertinent information, as well as to search, receive and spread information and ideas of any type through any form of expression”.⁴³

Additionally, article 16th of the Mexican Constitution states, on its second paragraph: “Every person has the right to have their personal data protected, in relation to access, rectification and cancellation, as well as to manifest their opposition, in the terms expressed by the law, which will provide the assumptions of exemption to the principles that direct data management for reasons of national security, dispositions of public interest, public security and health or to protect the rights of a third party”.⁴⁴

From this constitutional precept, two main federal laws emerged: the Federal Law on Protection of Personal Data Held by Obligated Subjects⁴⁵ and the Federal Law on Protection of Personal Data Held by Individuals⁴⁶. These legal documents provide the legal requirements to properly process personal data for both public bodies and private citizens. It also defines the term “sensitive data” as:⁴⁷

43 MEXICO, 2012.

44 MEXICO, 2012a.

45 MEXICO, 2017a.

46 MEXICO, 2017b.

47 MEXICO, 2017b, article 3 section VI.

Personal data that affects the most intimate sphere of its owner or that its use may generate discrimination or a serious danger. Particularly, it is considered sensitive data information that may reveal aspects such as race or ethnicity, present or future health condition, genetic information, religious, philosophical and moral beliefs, labour affiliation, political opinions and sexual preferences.

In this context, the cyberspace presents itself as a considerable challenge, due to its complexity and high speed dynamics. Additionally, since most of the processing and management of data occurs through a third party that in a variety of cases is located in foreign countries, jurisdictional problems are likely to occur.

Overall, whereas the Mexican legislation presents a suitable framework to traditional transactions of personal data, it should remain in close contact with the technological sector, in order to guarantee an adequate level of legal protection to digital scenarios such as smart cities.

Complementary, the Law to Promote the Development of Mexico City as a Digital and Knowledge-Based City⁴⁸ provides the technological architecture required to guarantee information access to the population of Mexico City. The article 5th of this law defines digital cities as⁴⁹:

The local environment where a considerable advance in the implementation of the Information and Knowledge Society exists in every scope of the activities performed by citizens, covering the private and public sectors, as well as individual and collective levels, generating new forms of interrelation, strengthening communication among the parties involved, specially between the government and citizens. In a Digital City, public administration is the leader integrating initiatives and responsible of reducing the digital gap.

Overall, this law sets the framework through which inclusion can be delivered to citizens of all social sectors as part of governmental objectives. Additionally, relevant technological elements are perceived not only as part of the operative infrastructure, but as a strategic element to ensure the quality of life of its citizens. Conclusively, it proposes the development

48 MEXICO, 2012b.

49 MEXICO, 2012b, article 5.

of smart cities through smart citizens, encompassing the development of digital citizens, people capable of interacting and understanding the nature of smart cities.

Nonetheless, this objective does not appear achievable in the short term. The disparity among social sectors in Mexico City has made the dissemination of technology slow and, in some scenarios, barely productive. This makes the generation of the necessary conditions to benefit from technological advances a fundamental goal. In this sense, one of the main contributions of this law is that it conceives smart cities as a scenario where the efforts of the private and public sectors need to converge and complement, rather than compete against each other, developing a tailored model of governance for Mexico City⁵⁰.

9. Conclusions

Smart city is a concept that is currently being adopted by many countries around the world. Beyond the evident benefits it offers as a model to improve operational efficiency and resource management, it raises legal concerns, especially in relation to the lawful processing of personal data. However, the complexity of this platform is such that regulation cannot be achieved through traditional legal approaches, thus requiring the development of new interdisciplinary models.

In this scenario, many jurisdictions have created their own version of data driven regulations, which aim to provide an accurate level of protection while remaining compatible with the cyberspace and other digital platforms.

Nonetheless, it is important to state that the advances obtained so far have not reached the expected goals. However, this is caused by several factors. First and most important is the evolving nature of technology, which advances constantly, generating new potentially legally relevant scenarios. Second, the lack of adoption of legal technology currently existing in the market.

Additionally, whereas the Internet has become the core of smart cities along with the capacity of personal devices to share data, it has also increased the difficulty to create a unified legal approach. This has led to the development of legal frameworks that address this scenario in a particular-

50 BERRA, 2013.

ized manner, delivering compatibility only with other smart cities located in the same jurisdiction.

Parallel to the legal aspect, smart cities have strengthened the expansion of digital governance. These technological platforms have proved to be a valuable tool through which social interaction and inclusion can be expanded to social sectors traditionally relegated. Finally, smart cities should not be seen as mere administrative platforms, these are valuable digital resources that help spreading social values such as participation, respect and collaboration.

References

- ATZORI Luigi, IERA Antonio and MORABITO, Giacomo. The internet of things: A survey. *Computer Networks*, vol. 54, no. 15, pp. 2787–2805, 2010.
- BERRA, Mariella. De la ciudad digital a la ciudad incluyente: La construcción de un capital sociotécnico. *Sociológica (México)*, 28(79). pp. 7-49. 2013
- BOYD, Danah and CRAWFORD, Kate. Critical questions for big data: Provocations for a cultural, technological, and scholarly phenomenon. *Information, communication & society*, 15(5), pp.662-679 2012.
- CUFF Dana, HANSEN Mark and KANG Jerry. Urban sensing: Out of the woods. *Communications of the ACM*, vol. 51, no. 3, pp. 24–33, Mar. 2008.
- DODGE, Martin and Kitchin, Rob. The automatic management of drivers and driving spaces. *Geoforum*, 38(2), 264–275. 2007.
- EUROPEAN COMMISSION. *The making of a smart city: best practices across Europe*. 2017. Available at: https://www.smartcities-infosystem.eu/sites/default/files/document/the_making_of_a_smart_city_-_best_practices_across_europe.pdf. Last access 15 of March 2019.
- _____. *Smart Finance for Smart Buildings initiative*. Energy Commission. Available at: https://ec.europa.eu/info/news/smart-finance-smart-buildings-investing-energy-efficiency-buildings-2018-feb-07_en. Last access 15 of March 2019.
- _____. *Decode. Reclaiming the Smart City Personal data, trust and the new commons*. 2018. Available at: https://media.nesta.org.uk/documents/DECODE-2018_report-smart-cities.pdf. Last access 15 March 2019.

- EUROPEAN UNION. *General Data Protection Regulation*. Available at: <https://gdpr-info.eu/art-37-gdpr/>. Last access 15 March 2019.
- FRAZIER, Jeff and TOUCHET, Tom. *Transforming the City of New York New Platform for Public-Private Cooperation Ushers in Smart Cities of the Future*. Point of View. Cisco. 2012. Available at: https://www.cisco.com/c/dam/en_us/about/ac79/docs/ps/motm/City-24x7_PoV.pdf. Last access 15 March 2019.
- GAFFNEY, Christopher and ROBERTSON, Cerianne. Smarter than smart: Rio de Janeiro's flawed emergence as a smart city. *Journal of Urban Technology* 25, no. 3. p. 47-64. 2018.
- GITELMAN, Lisa (Ed.), "Raw data" is an oxymoron. 2013. Cambridge: MIT Press. pp. 147-166.
- HANCKE, Gerhard P., DE CARVALHO E SILVA, Bruno and HANCKE, Gerhard P, Jr. The role of advanced sensing in smart cities. *Sensors*, 13(1), 393-425. 2013.
- HILL, Dan, 2013. On the smart city: Or, a 'manifesto' for smart citizens instead. *City of Sound*, 1.
- KITCHIN, Rob. Big data and human geography: Opportunities, challenges and risks. *Dialogues in Human Geography*. 2013.
- KITCHIN, Rob. The real-time city? Big data and smart urbanism. *GeoJournal*, 79(1), pp.3. 2014.
- KITCHIN, Rob and DODGE, Martin. *Code/space: Software and everyday life*. Cambridge, MA: MIT Press. 2011.
- LAURIAULT, Tracey P. Data, Infrastructures and Geographical Imaginations: Mapping Data Access Discourses in Canada. PhD Thesis, *Carleton University*, Ottawa. 2012.
- MAYER-SCHONBERGER, V. and CUKIER, K. Big data: A revolution that will change how we live. *London : John Murray*, 2013.
- MEXICO. Cámara de Diputados. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. *México: Cámara de Diputados*. 2012a
- _____. Asamblea Legislativa del Distrito Federal. Ley para el Desarrollo del Distrito Federal como Ciudad Digital y del Conocimiento. *VI Legislatura*. 2012b. Available at: <http://www.aldf.gob.mx/archivo-815a69869b1735c03f73ce34bc0e39c7.pdf> .
- _____. Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión. Ley Federal de Protección de Datos Personales en Posesión de Sujetos Obligados. *México: Cámara de Diputados*. 2017.

- _____. Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión. Ley Federal de Protección de Datos Personales en Posesión de los Particulares. México: Cámara de Diputados. 2017.
- MOORE, Mark. *Creating Public Value: Strategic Management in Government*. Cambridge : Harvard University Press, 1995.
- NUSRATY, Weiss. A Summary of the Recently Introduced “Internet of Things (IoT) Cybersecurity Improvement Act of 2017”. Inside Privacy. Covington. Available at: <https://www.insideprivacy.com/data-security/cybersecurity/a-summary-of-the-recently-introduced-internet-of-things-iot-cybersecurity-improvement-act-of-2017/>
- RANCHORDÁS, Sofia and KLOP, Abram. Data-Driven Regulation and Governance in Smart Cities. *University of Groningen Faculty of Law Legal Studies Research Paper Series* No. 7/2018. 2018.
- RIBES, D., and JACKSON, S. J. Data bite man: The work of sustaining long-term study. 2013.
- ROMERO, Alejandro and ELLSTEIN, Arie. Mexico City: Keys and challenges to building a smart city for citizens. *Llorente and Cuenca*, 2018. Available at: https://www.desarrollando-ideas.com/wp-content/uploads/sites/5/2018/01/180117_MEXICO-CITY-CHALLENGES_ENG.pdf. Last access 15 March 2019.
- SCHREINER, Clara. International Case Studies of Smart Cities: Rio de Janeiro, Brasil. *Inter-American Development Bank*. June 2016.
- UNITED STATES. Congress. H.R.3895 - *Smart Cities and Communities Act of 2017*. <https://ajuntament.barcelona.cat/digital/en>. Last access 15 March 2019. 2017a. Available at: <https://www.congress.gov/bill/115th-congress/house-bill/3895>. Last access 15 March 2019.
- _____. Congress. *Internet of Things (IoT) Cybersecurity Improvement Act of 2017*. Congress.gov. 2017b. Available at: <https://www.congress.gov/bill/115th-congress/senate-bill/1691/text?format=txt>. Last access 15 March 2019.

Autor convidado.

A judicialização da política pública assistencial sob uma análise tridimensional – social, jurídica e de gestão

The Judicialization of Welfare Public Policies Under a Tridimensional Analysis – Social, Legal and Management

Julia Maurmann Ximenes*

Escola Nacional de Administração Pública – Enap, Brasília, Brasil

1. Introdução

O presente artigo problematiza a judicialização das políticas públicas a partir do conhecimento dos atores do campo jurídico sobre a política pública. A premissa é a judicialização da política e das políticas públicas como um fenômeno, uma realidade sociojurídica e política que acarreta a atuação de diferentes atores na luta pelo reconhecimento e autoridade de “dizer o direito”¹ no caso, de definir os parâmetros da política pública.

O problema de pesquisa é: em que medida a tensão entre as dimensões social, jurídica e de gestão se apresenta no fenômeno da judicialização

* Advogada. Mestrado em Direito, Doutorado em Sociologia Política pela Universidade de Brasília, Pós-doutorado em Direito pela Universidade da Califórnia. Bolsista da Cátedra de Inovação Jurídica da Escola Nacional de Administração Pública – Enap. Professora e pesquisadora.

1 Campo para Bourdieu (1989) é o espaço onde as posições dos agentes se encontram *a priori* fixadas, mas onde se trava uma luta concorrencial entre os atores em torno de interesses específicos, caracterizados pelas manifestações de relações de poder. “O campo jurídico é o lugar de concorrência pelo monopólio do direito de dizer o direito, quer dizer, a boa distribuição (*nomos*) ou a boa ordem, na qual se defrontam agentes investidos de competência ao mesmo tempo social e técnica que consiste essencialmente na capacidade reconhecida de *interpretar* (de maneira mais ou menos livre ou autorizada) um *corpus* de textos que consagram a visão legítima, justa, do mundo social.” (1989, p. 212) O presente trabalho destacará as lutas simbólicas entre os diferentes atores envolvidos e quem será responsável pela definição dos sujeitos de direitos a política pública assistencial em questão: o campo da assistência social, o campo jurídico (doutrinadores e magistrados/desembargadores) e os gestores.

das políticas públicas? A proposta é demonstrar por intermédio da análise de conteúdo de jurisprudência sobre um direito assistencial específico as tensões entre as diferentes dimensões, que eventualmente são encontradas em outros casos de controle judicial de políticas públicas.

Começaremos com a apresentação de cada uma das dimensões. A primeira dimensão, social, apresenta a construção do direito social à assistência social em uma perspectiva de direito de cidadania, recusando a antiga prática assistencialista, de mando e apadrinhamento. Ao unir a lógica de direitos à política não contributiva da seguridade social, exploraremos a percepção de sujeitos de direitos e não de “benesse”².

Ao invés do ‘pobre’ atado pelo destino ao mundo das privações, o cidadão que reivindica e luta por seus direitos: duas figurações opostas e excludentes da questão social. A indiferenciação do pobre remete a uma esfera homogênea das necessidades nas quais o indivíduo desaparece como identidade, vontade e ação, pois é plenamente dominado pelas circunstâncias que o determinam na sua impotência.³

A concepção da “questão social” que é a desigualdade brasileira é tratada aqui sob um viés que ultrapassa a problemática da pobreza, discutindo também “a integração e interação entre os diversos segmentos e setores da sociedade brasileira”, igualdade política e civil dos cidadãos.⁴

Esta dimensão social do direito social à assistência social inclusive como um direito reclamável pela população, nos conecta a dimensão jurídica, que avança para o exemplo que utilizaremos de política pública, o Benefício de Prestação Continuada – BPC e sua judicialização. Aqui a apresentação da influência comunitarista na atual compreensão do papel do Judiciário na efetivação dos direitos sociais.

Em seguida, a dimensão da gestão com a apresentação do BPC: a relação entre Direito e política pública reside na necessidade de traduzir, do ponto de vista do direito, quais são as escolhas políticas, econômicas, influência sociológicas e outras, na efetivação de direitos previstos de for-

2 COUTO, 2015

3 TELLES, 2001, p. 51-2.

4 JACCOUD, 2009, p. 21.

ma genérica no texto constitucional.⁵ Por isso os critérios de elegibilidade serão apresentados na dimensão da gestão.

Por fim a análise jurisprudencial e as conclusões. O levantamento de dados foi feito pela autora no âmbito de consultoria individual⁶ e o recorte jurisprudencial considerou apenas a jurisprudência da Turma Nacional de Uniformização – TNU da Justiça Federal.

Neste sentido, nossa hipótese é de que as controvérsias sobre as diferentes possibilidades de efetivação de direitos sociais devem ser objeto de decisão da Administração no âmbito de políticas públicas, sem desconsiderar eventual papel da sociedade e do Poder Judiciário diante de novos cenários, possibilitando novos arranjos democrático deliberativos. Contudo, a atuação do Poder Judiciário deve ser a exceção e não a regra diante da existência de política pública específica, o que demanda uma aproximação do campo jurídico do detalhamento normativo infraconstitucional.

2. Dimensão Social

No contexto da desigualdade social brasileira⁷, a Constituição Federal de 1988 trouxe importante inovação ao incluir a assistência social no campo da proteção social ao lado de outros dois pilares, a saúde e a previdência social.

O conceito de seguridade social⁸ como conjunto de políticas públicas que asseguram a proteção social e o bem-estar é caracterizado como parte

5 “A juridicização do conceito de políticas públicas se constitui, portanto, de um lado, tradução de vetores constitucionais do agir vinculado do poder (planejamento, eficiência, proteção a direitos fundamentais); de outro lado, em vetor a viabilizar, por via de consequência, o controle desse mesmo agir do poder – controle esse que há de se revelar possível e eficaz, seja nas instâncias internas à própria Administração, seja na via jurisdicional, seja por intermédio das estruturas de controle social.” (VALLE, 2009, p. 84)

6 PROJETO BRA/12/006 – EDITAL n° 06/2017 no âmbito do Ministério do Desenvolvimento Social e Agrário/MDSA.

7 TELLES (2001) define a questão social brasileira a partir da tensão entre “pobre” e “cidadão”: “No horizonte da cidadania, a questão social se redefine e o ‘pobre’, a rigor, deixa de existir. Sob o risco do exagero, diria que pobreza e cidadania são categorias antinômicas. Radicalizando o argumento, diria que, na ótica da cidadania, pobre e pobreza não existem. O que existe, isso sim, são indivíduos e grupos sociais em situações particulares envolvidas em situações diversas e nem sempre equivalentes. São situações diversas de denegação e privação de direitos, que se processam em campos diferentes, com responsabilidades e causalidade identificáveis e que armam, ao menos virtualmente, arenas distintas de representação e reivindicação, de interlocução pública e negociação entre atores sociais e e entre sociedade e Estado.” (p. 51)

8 O modelo de seguridade social foi originalmente proposto pelo inglês W. Beveridge em 1942, cujo plano foi publicado no Brasil em 1943 e marcado pela universalização da cobertura a todos os cidadãos. (BOSCHETTI, 2003; FLEURY, 2007)

da condição de cidadania no Brasil a partir da Constituição de 1988:

No *modelo de seguridade social* busca-se romper com as noções de cobertura restrita a setores inseridos no mercado formal e afrouxar os vínculos entre contribuições e benefícios, gerando mecanismos mais solidários e redistributivos. Os benefícios passam a ser concedidos a partir das necessidades, com fundamentos nos princípios da justiça social, o que obriga a estender universalmente a cobertura e integrar as estruturas governamentais.⁹

Assim, os três pilares compõem a noção de direitos sociais universais como parte da condição de cidadania.¹⁰ Mas além da ideia de direitos sociais e a relação com a cidadania, a singularidade da seguridade social brasileira reside no impacto da compreensão do significado de “proteção social”. Isto porque o objetivo é romper com a noção de seguro social, que vinculava contribuição e benefício e assim excluía parcela significativa do povo brasileiro de direitos sociais, ultrapassando a cidadania “regulada”.

A cidadania “regulada” representa uma relação entre Estado e cidadão do tipo contratual – só é considerado cidadão para efeito de seguro o contribuinte assalariado, aquele com emprego formal.¹¹

A ruptura com a ideia de seguro social ocorreu na perspectiva constitucional e foi sendo construída institucionalmente através de normas legais mas também tem sido um desafio no âmbito do tecido social – “a proteção social deve ser entendida como uma proteção contra o risco de fragmentação e mesmo de ruptura social que o processo de diferenciação social introduz na medida em que avança”¹².

9 FLEURY, 2005, p. 453, grifo no original.

10 FLEURY, 2005; DRAIBE, 1990; BOSCHETTI, 2003.

11 FLEURY, 2007; SANTOS, 1979. “O trabalho, o trabalhador, a relação de emprego supõem um conjunto de dispositivos reguladores, mas todos eles só se concretizados a partir de uma dada relação formalizada. No caso, não se aplica a todos os brasileiros, mas a uma parte deles.”(SPOSATI, 2009, p. 37) Fleury (1991) apresenta um segundo conceito de cidadania, a invertida: “A natureza compensatória e punitiva destas medidas evidencia-se, por exemplo, na perda de outros direitos inerentes a condição de cidadania (no caso dos menores), ou em restrições de ordem simbólica, como os rituais de degradação, os atestados de miséria et. a que são submetidas as famílias carentes. Trata-se portanto de uma relação de cidadania invertida, já que o indivíduo passa a ser beneficiário do sistema pelo motivo mesmo do reconhecimento de sua incapacidade de exercer plenamente a condição de cidadão”(p. 44). Estas concepções serão retomadas a partir da tensão conceitual entre a dimensão social e jurídica mais adiante.

12 JACCOUD, 2008, p. 22.

Interessa-nos tratar o social a partir da sua emergência como “questão social”, ou seja, como reconhecimento de novos problemas que emergem na arena política a partir da transformação de necessidades em demandas, processo este que só pode ser realizado concomitantemente à própria construção dos novos sujeitos políticos. Portanto, a questão social passa a ser reconhecida quando politizada por novos atores que, através da construção de suas identidades, formulação de projetos e estratégias, repõem a problemática da integração e da necessidade de recriar os vínculos sociais.¹³

Portanto, a constitucionalização dos direitos sociais na perspectiva da proteção social suscita um novo campo sociopolítico de análise da questão social brasileira – a exclusão. Os diferentes atores – sociais, políticos, jurídicos – passam a demandar e a receber demandas de novos sujeitos: combater a exclusão com a redistribuição da riqueza e reconhecer os direitos sociais na condição de cidadania e a reivindicar o exercício destes direitos.

No terceiro pilar da seguridade social o texto constitucional de 1988 acarretou profundo rompimento com práticas históricas de clientelismo e patrimonialismo, uma percepção “assistencialista” voltada para ações pontuais, pelos auxílios e doações, pelas iniciativas fragmentadas e voluntaristas de manutenção de poder político das “elites”, de ajuda aos pobres e carentes, de prática de favor, da acomodação ancorada na caridade, na filantropia, na benemerência, no primeiro-damismo, no apadrinhamento – uma disputa na constituição como política não contributiva.¹⁴

Desta forma, as implicações do novo desenho constitucional da assistência social foram significativas: a proteção social está ancorada em um direito social a cidadania face situações sociais identificadas sem distinção quanto à sua inserção no trabalho formal ou informal, cuja proteção deve ser contínua, uniforme, claramente desenhada e reivindicável.¹⁵

13 FLEURY, 2005, p. 460.

14 DRAIBE, 1990; PAULA, 2013; COLIN; JACCOUD, 2013; COUTO, 2015; SPOSATI, 2009; BOSCHETTI, 2003.

15 COLIN; JACCOUD, 2013; SPOSATI, 2013; DRAIBE, 1990; BOSCHETTI, 2003. “A noção de seguridade social, ao se ocupar da proteção social, busca gerar garantias que a sociedade brasileira afiança a todos os seus cidadãos, isto é, mais do que atitudes de socorro. Como atitude, só estaria tratando de uma reação de um governante de plantão ou de um funcionário público. Uma atitude pode ou não ser tomada como responsabilidade social ou construção de imagem pessoal. A CF/88 alcança o campo de políticas de Estado, isto é, define que é uma responsabilidade a ser afiançada como direito e não como atitude pessoal.” (SPOSATI, 2009, p. 22)

O destaque é a necessidade de enfrentamento da relação entre pobreza e vulnerabilidade. O novo modelo de assistência social enquanto política pública tem o desafio de não segregar os usuários pela renda. Isto porque a pobreza tem caráter multidimensional e faz parte de situações de vulnerabilidade social, mas isso não significa que a política de assistência social se subordine à gestão da pobreza.¹⁶

A ausência de renda e desemprego não são fatores exclusivos para a situação de exclusão: outros fatores como falta de políticas públicas apropriadas, investimentos, desigualdades relacionadas a questões de raça, religião, gênero, também dificultam a compreensão da assistência como direito e aumentam o estigma associado ao que demanda do auxílio do Estado.¹⁷

Para Boschetti, a escolha constitucional brasileira foi de um sistema mais amplo de proteção social, com o tripé da seguridade social: saúde, previdência e assistência, com a articulação entre as políticas. Contudo, a assistência defronta-se permanentemente com o binômio seletividade versus universalidade, e com frequência os direitos assistenciais são restritos ao mínimo necessário para sobrevivência humana, associando a assistência à pobreza absoluta. Ou seja, a universalidade assume a garantia do acesso aos direitos no universo demarcado pela LOAS, tendo como premissa a pobreza – é o “parente pobre” das demais políticas sociais brasileiras. “Enquanto política setorial, ela [assistência social] não tem e (nem deve ter) a função de dar respostas cabais à pobreza. Seu horizonte deve ser o da sua inserção efetiva num projeto de desenvolvimento econômico e social, tanto local quanto nacional.”¹⁸

Neste sentido a relevância da criação do Sistema Único de Assistência Social – SUAS, com um desenho de proteção social que articula benefícios, serviços, programas e projetos sob perspectiva integral: além da garantia de renda imediata, as políticas setoriais enfrentam outras contingências so-

16 COLIN; JACCOUD, 2013; PEREIRA, 1996.

17 PEREIRA, 1996. “Construção de nova identidade social para os que circulam no campo da proteção social não contributiva direcionando seu reconhecimento pelo âmbito positivo da cidadania, e não pela discriminação que leva a necessidade para a condição vexatória de necessitado. O usuário não pode ser o carente, o pobre, o necessitado, o excluído, o despossuído, assim como o escolar não é o ignorante, analfabeto, inculto. Esse giro de concepção de 180 graus é dos mais fortes a ser realizado e significa dar centralidade aos direitos sociais.” (SPOSATI, 2009, p. 48)

18 BOSCHETTI, 2003, p. 84.

ciais e diversas situações de vulnerabilidade, sem excluir nenhum público. A articulação entre diversas políticas, como a assistência, a previdência, a saúde, a educação, o emprego, etc. ultrapassam a garantia de renda, que nem sempre é suficiente para tratar vulnerabilidades isoladamente.¹⁹

Aqui retomamos a questão da pobreza, pois a coexistência desta com a ausência de direitos sociais e de condições de exercê-los, e exclusão da comunidade sociopolítica não subordina a questão à dimensão econômica, que está inserida em um contexto sociocultural que a legitima e reproduz.²⁰

3. Dimensão Jurídica

O conceito de Direito por muito tempo o isolou de outros campos do saber. Isto porque a questão residia na normatividade emanada do Estado, sem nenhum tipo de questionamento valorativo sobre o seu conteúdo. Após a Segunda Guerra Mundial, surge um movimento conhecido como “*global expansion of judicial power*”²¹ a partir da criação de Tribunais Constitucionais na Europa no pós-guerra. A intenção era permitir que um órgão neutro, não político, analisasse o Direito, à luz de valores constitucionais, de princípios. Assim surge uma nova arena de discussão sobre questões políticas – os Tribunais Constitucionais.

A demanda nestes novos tribunais passou a ser conhecida como “judicialização da política”. Judicialização da política significa que o Poder Judiciário passa a decidir sobre temas anteriormente restritos a esferas políticas, tipicamente deliberativas, o Poder Executivo e Poder Legislativo.²²

No caso brasileiro, Werneck Vianna destaca a influência da juridicização neste processo. Para o autor, juridicização é como: “a vocação expansi-

19 Neste sentido o art. 6º da NOB SUAS 2012 dispõe que as ações articuladas e integradas dos serviços, programas, projetos e benefícios, devem prevalecer para garantir a integralidade da proteção socioassistencial aos usuários da política de Assistência Social, e constitui princípio ético do SUAS. “A efetivação desta premissa [articulação do BPC com os serviços socioassistenciais] já explorada na Política Nacional de Assistência Social – PNAS e reafirmada em normativas posteriores é fundamental para que se cumpra os objetivos do BPC, qual seja, proteger as pessoas idosas e pessoas com deficiência, em face de vulnerabilidades decorrentes da velhice e da deficiência, agravadas pela insuficiência de renda, assegurando-lhes o sustento e favorecendo o acesso às políticas sociais e a outras aquisições, bem como a superação das desvantagens sociais enfrentadas e a conquista de sua autonomia, conforme previsto na LOAS e no seu Regulamento.” (FREITAS; SOUZA; MARTINS, 2013, p. 149)

20 FLEURY, 2005.

21 TATE; VALINDER, 1995.

22 VIANNA *et al*, 1999; BERCOVICI, 2003; CITTADINO, 2000; 2002; XIMENES, 2010.

va do princípio democrático tem implicado uma crescente institucionalização do direito na vida social, invadindo espaços até há pouco inacessíveis a ele, como certas dimensões da esfera privada”²³.

O termo surge no âmbito da discussão da Sociologia Jurídica no sentido de intensa regulação das relações sociais, ou seja, as diferentes relações sociais cada vez mais “impregnadas” de teor jurídico. Na própria definição jurídica, a juridicização decorre da incidência, ou seja, o efeito da norma jurídica de transformar os fatos previstos por ela em fatos jurídicos.

Assim, juridicizar significa tornar jurídico, ou seja, a entrada de certo evento (fato natural ou conduta do ser humano) no mundo jurídico. O número excessivo de processos implica em uma “juridicização” das relações sociais também na perspectiva da extensão de processos jurídicos ou do próprio Direito a domínios da sociedade que até então não necessitavam de regulação jurídica, como as relações familiares ou laborais.

No âmbito constitucional, esta mudança é ainda mais significativa: ela se aproxima da “constitucionalização”, que abarca todo o ordenamento jurídico, o Direito em uma determinada Sociedade.

A Constituição de 1988 surgiu em um contexto sócio-político de inúmeras demandas, de aspirações e uma crença ingênua no poder transformador do Direito, um cenário da mencionada juridicização das relações sociais, perceptível pelo extenso rol de direitos “programáticos” – metas estabelecidas pelo Constituinte Originário sem respectivas garantias quanto à efetivação.

Portanto, reconhece-se a centralidade das dimensões social e política no Direito. Esta percepção é importante para o novo posicionamento do Poder Judiciário como ator de caráter decisório em questões até então restritas às esferas políticas, Poder Legislativo e Executivo (fenômeno da judicialização da política). “Atualmente, o Poder Judiciário tem sido levado a refletir acerca das mudanças que podem ser implementadas, passando a assumir uma maior responsabilidade com o ‘social’”.²⁴

Portanto, um novo papel é imposto ao juiz:

não como escolha deliberada, mas como reação de defesa em face de um quádruplo desabamento: político, simbólico, psíquico e normativo. O juiz surge

23 VIANNA et al; 1999, p. 15.

24 SIERRA, 2011, p. 260.

como o recurso contra a implosão das sociedades democráticas que não conseguem administrar de outra forma a complexidade e a diversificação que elas mesmas geraram. Ele é o último guardião de promessas tanto para o sujeito como para a comunidade política.²⁵

Este novo papel político do juiz nas democracias contemporâneas, que implica ainda em uma nova autoridade, a quem é atribuída a função de legitimar a ação política, estruturar o sujeito, organizar os laços sociais, dispor as construções simbólicas, certificar a verdade,²⁶ acarretou, também, uma explosão de litigação.

A centralidade do texto constitucional, impregnado de valores e princípios, de direitos fundamentais e de normas programáticas, é o que caracteriza a contribuição comunitarista²⁷ no Brasil. Ao constitucionalizar os direitos, tira-se da política o seu papel preponderante, passando para o Supremo Tribunal Federal a discussão de cunho político.²⁸

O comunitarismo (centralidade do Direito, do Poder Judiciário valores e princípios constitucionais, normas programáticas)²⁹ acarretou uma inércia inicial no campo jurídico – as metas eram dirigidas ao Poder Executivo, primordialmente, não cabendo ao Poder Judiciário avançar em função típica deste Poder, inclusive diante da ausência de legitimidade, já que as metas dependem de políticas públicas, ou seja, planos governamentais que são elaborados por atores representantes da soberania popular. O campo jurídico resistiu ao papel mais “político” atribuído pelo texto constitucional durante a primeira década de 1990.

Após o primeiro impasse quanto ao caráter programático dos direitos, especialmente os direitos sociais, o campo jurídico passou a defender a ne-

25 GARAPON, 2001: 26-7.

26 GARAPON, 2001.

27 “Com a definição do caráter político do Supremo Tribunal Federal, fecha-se o círculo que caracteriza a *dimensão comunitária* do ordenamento constitucional brasileiro. A realização dos valores constitucionais e a efetivação do sistema de direitos fundamentais vai depender, por um lado, da participação jurídico-política de uma ampla comunidade de intérpretes, dotada de instrumentos processuais inibidores das omissões do poder público, e, por outro lado, de uma hermenêutica constitucional que ultrapassando o formalismo positivista, introduza uma consideração de ordem axiológica na tarefa de interpretação da Constituição.” (CITTADINO, 2000, p. 63-4)

28 BERCOVICI, 2003.

29 No âmbito da assistência social Tavares destaca que: “A existência de direitos fundamentais de ordem material fortalece a previsão formal desses direitos, demonstra o reconhecimento constitucional da teoria dos valores e possibilita apoio argumentativo de aplicabilidade em casos concretos.” (2003, p. 144)

cessidade de efetivação do texto constitucional (força normativa da Constituição),³⁰ em um discurso de defesa da mudança da realidade pelo direito destacado anteriormente.³¹

Passo contínuo ocorre com a judicialização das políticas públicas na modalidade individual, ou seja, o controle dos direitos reflexos às políticas públicas, em uma dimensão subjetiva.

Após a definição e implementação de uma política pública o indivíduo obteria o direito subjetivo de provocar o Poder Judiciário para questionar a sua efetivação, na forma ou no conteúdo.

Ao constitucionalizar os direitos sociais, o texto constitucional de 1988 atribuiu uma centralidade ao Direito e ao Poder Judiciário,³² ultrapassando o modelo liberal-individual, incluindo direitos sociais de caráter prestacional, pressionando Executivo e Legislativo na condução de políticas públicas. O desdobramento da judicialização da política é a judicialização das políticas públicas, concentrada no exercício do Poder Judiciário e sua relação com os direitos fundamentais.

De fato, mais do que uma forma de proteção contra os abusos do Poder Executivo, a judicialização da política pública, no Brasil, ocorre em função da escassez de políticas que assegurem a efetivação dos direitos de cidadania. De certo modo, não é sobre o reconhecimento da autonomia do sujeito ou da exigência por participação no controle social que aumentam os processos judiciais, mas é da cobrança pelo acesso aos serviços públicos, principalmente, de saúde, educação e assistência. Muitos desses processos são ajuizados na expectativa de que os juízes forcem o governo a cumprir o direito.³³

30 Assim, o caráter programático não retira a vinculação jurídica dos atos políticos, e conseqüentemente a concretização dos direitos pelo Poder Judiciário na nova abordagem interpretativa, o que Konrad Hesse chama de “força normativa” da Constituição. (HESSE, 1991)

31 Esta nova hermenêutica representa também o neoconstitucionalismo, que teria três premissas do ponto de vista metodológico-formal: a normatividade das normas jurídicas, a superioridade da Constituição sobre o restante da ordem jurídica e a centralidade da Carta nos sistemas jurídicos. Barcellos (2005) Não aprofundaremos esta abordagem, limitando a análise para a origem da centralidade do Poder Judiciário na influência comunitarista do texto constitucional. Para saber mais: SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo. As novas faces do ativismo judicial. Salvador: Jus Podivm, 2011, p. 73-113.

32 VIANNA et all, 1999.

33 SIERRA, 2011, p. 260.

Claro está que a judicialização das políticas públicas está inserida em uma nova grade de leitura da realidade, que tem o Direito como principal ator,³⁴ seja no âmbito do controle de constitucionalidade, seja, nas primeiras instâncias.

Esta postura compromisso com a efetivação dos direitos sociais foi batizada como ativismo judicial, desconsiderando o fato que o Poder Judiciário só age quando provocado. O ativismo judicial implica em uma postura “invasiva” do Poder Judiciário no tocante à definição de políticas públicas, motivada por de um descrédito ao caráter majoritário dos outros dois poderes. Neste sentido, perpassa uma “vontade de agir” em um contexto favorável para sua insurgência – a judicialização das políticas públicas, uma judicialização da questão social, em uma interferência dos aparatos de controle judicial sobre a pobreza.³⁵

Importante destacar ainda que apesar do estereótipo negativo atribuído à categoria teórica “ativismo judicial”, por estar associada ao exercício excessivo do poder judicial violando o princípio da separação dos poderes, eventualmente o ativismo judicial pode ter um lado positivo. Isto porque é por intermédio de uma nova postura do Poder Judiciário que um novo direito pode ser inserido na agenda pública e assim sensibilizar o Poder Público para a formulação de uma política pública específica.

No discurso/doutrina³⁶ do campo jurídico a justificativa para a atuação favorável do Judiciário na judicialização dos direitos sociais, especialmente o direito à assistência, está no próprio desenho constitucional, que expressa um vínculo entre os direitos sociais, fundamentos e objetivos do Estado, e dignidade da pessoa humana. Os objetivos constitucionais de garantia do

34 “Não se trata, como poderia parecer à primeira vista, de uma mera reconstrução do Estado de Direito após anos de autoritarismo militar. Mais do que isso, o movimento de retorno ao direito no Brasil também pretende *reencantar* o mundo. Seja pela adoção do relativismo ético na busca do fundamento da ordem jurídica, seja pela defesa intransigente da efetivação do sistema de direitos constitucionalmente assegurados e do papel ativo do Judiciário, é no âmbito do constitucionalismo democrático brasileiro que se pretende resgatar a *força do direito*, rompendo com a tradicional cultura jurídica”. (CITTADINO, 2002, p. 26-7, *grifos no original*)

35 SIERRA, 2011.

36 O campo jurídico utiliza várias “fontes” para atribuir a alguém o que lhe é de Direito, ou seja, para a definição jurisdicional. Uma destas fontes de caráter argumentativo, mas que tem uma “autoridade”, é a doutrina – conjunto de produção intelectual dos juristas que se empenham no conhecimento teórico do Direito. É comum utilizar o prestígio de um “doutrinador” para justificar certa opinião, invocando o prestígio deste e não o argumento de conteúdo – o que é conhecido como “argumento de autoridade”. Neste sentido estamos abordando o “discurso” do campo jurídico: a doutrina como um elemento extremamente importante para o conhecimento e aplicação do Direito, exercendo um poder enquanto grupo social. (DIMOULIS, 2010)

desenvolvimento nacional e da promoção do bem-estar de todos (art. 3º, II e IV) e os fundamentos do Estado (art. 1º) confirmam o direito à assistência e reforçam a interpretação jurídica sobre o seu papel na questão social, na redução das desigualdades sociais e regionais.

Esta compreensão, com forte apelo comunitarista, é a que provoca a tensão entre ativismo judicial e efetivação de direitos: em que medida o Poder Judiciário tem legitimidade para efetivar direitos que são típicos dos outros dois Poderes, Executivo e Legislativo?

Nesta linha, importante registrar ainda que o discurso jurídico atravessa a dimensão social exposta anteriormente, associando a assistência a pobreza: “prestações assistenciais não se destinam a garantir o bem-estar, a ‘vida boa’, mas sim fornecer condições básicas de vida àqueles que mais precisam e se encontram em situação de miséria”.³⁷

Além das facetas apontadas [vedação da coisificação da pessoa], a consagração constitucional da dignidade da pessoa humana resulta na obrigação do Estado em garantir à pessoa humana um patamar mínimo de recursos, capaz de prover-lhe a subsistência.³⁸

Neste sentido, o campo jurídico atrela a previdência e a assistência ao direito a uma existência material mínima, ou seja, uma das facetas da dignidade humana. Contudo, esta existência mínima é tão fundamental que não há como falar de ponderação ou otimização, de forma assertiva sobre necessidades básicas do cidadão que não podem ser negociadas ou relativizadas.³⁹

Aqui surge a necessidade da terceira dimensão – a da gestão a partir da compreensão da política pública como um programa de ação governamental visando realizar objetivos determinados⁴⁰ e que será nosso próximo objeto de análise.

37 TAVARES, 2008, p. 1132.

38 NOBRE JR., 2000, p. 192.

39 BARCELLOS, 2008; PEREIRA, 2011.

40 BUCCI, 2006, p. 11.

4. Dimensão Da Gestão – O Benefício de Prestação Continuada

A relevância das dimensões social e jurídica provoca a compreensão da necessidade de traçar parâmetros de ação para a Administração. “Uma só ação governamental não constitui política pública”.⁴¹ O jogo democrático ordinário será o responsável pela definição do teor desta ação, deste que siga parâmetros constitucionais e/ou legislativos. A construção de uma política pública implica em escolhas dentre múltiplas situações exigindo a atenção do poder público, que deverá dar prioridade de ação, com a enunciação do que irá realizar e como.⁴²

Neste sentido, importante registrar o processo democrático-deliberativo que vincula a definição das políticas públicas:

Vale ainda recordar que o cometimento a mecanismos democráticos da especificação de quais sejam as políticas públicas a se desenvolver pode permitir a superação da visão desse instrumental como simples esfera de articulação entre o poder o saber dos experts técnicos, para agregar ao processo as aspirações e prioridades da cidadania, destinatários últimos dessas mesmas ações.⁴³

Seguindo este processo, após a constitucionalização da proteção social no Título VIII, da Ordem Social, vários instrumentos normativos surgiram no sentido de definir a implementação de políticas públicas da assistência social: Lei Orgânica da Assistência Social – LOAS - Lei nº 8.742, de 7/12/1993; NOB/SUAS/1997 instituindo o Conselho Nacional de Assistência Social – CNAS; Resolução CNAS nº207 de 1998 que aprova a Política Nacional de Assistência Social – PNAS, como os principais.

A partir da Lei Orgânica da Assistência Social (LOAS) compreende-se que a função da proteção social é visar a garantia da vida, redução de danos e prevenção de incidência de riscos. Esta função será realizada a partir de dois tipos de proteção: a Proteção Social Básica (PSB) e Proteção Social Especial (PSE), a partir de três eixos protetivos:

41 MASSA-ARZABE, 2006, p. 62.

42 VALLE, 2009.

43 VALLE, 2009, p. 86.

O **primeiro eixo protetivo** da assistência social contempla o ciclo de vida do cidadão, isto é, a oferta de apoio às fragilidades dos diversos momentos da vida humana, como também de apoio aos impactos dos eventos humanos que provocam rupturas e vulnerabilidades sociais. Esse eixo protetivo coloca a assistência social em diálogo com os direitos de crianças, adolescentes, jovens e idosos. Opera sob as matrizes dos direitos ao desenvolvimento humano e à experiência humana.

O **segundo eixo protetivo** da assistência social decorre do direito à dignidade humana expresso pela conquista da equidade, isto é, o respeito à heterogeneidade e à diferença, sem discriminação e apartações. A ruptura com as discriminações contra as mulheres, os índios, os afrodescendentes, entre outros, são centrais na dinâmica dessa política. Inclui, ainda, a proteção especial contra as formas predatórias da dignidade e cidadania, em qualquer momento da vida, as quais causam privação, violência, vitimização e, até mesmo, o extermínio. As pessoas em desvantagem pessoal, em abandono, ou com deficiência, são as possíveis vítimas dessa predação, assim como as crianças, os jovens vítimas da violência sexual, da drogadição, de ameaças de morte.

O **terceiro eixo protetivo** está no enfrentamento às fragilidades na convivência familiar como núcleo afetivo e de proteção básica de todo cidadão. Aqui, a ampliação das condições de equilíbrio e resiliência do arranjo familiar são fundamentais na reconstituição do tecido social e no reforço do núcleo afetivo de referência de cada pessoa.⁴⁴

Os eixos são providos por meio de serviços (oferta e metodologias de atendimento norteadas pela centralidade na família, considerando conceitos de vulnerabilidade social e risco pessoal e social), benefícios (asseguram ao indivíduos provisões no campo da segurança de renda, incluindo o BPC), programas (articulação de ações intersetoriais), projetos (objetivos e temporabilidade definidos), vigilância socioassistencial (análise territorial das vulnerabilidades, ameaças, vitimizações e danos), e defesa de direitos (garantia de acesso e informações sobre os direitos).⁴⁵

Os serviços definidos na Resolução nº 109, de 11 de novembro de 2009, que aprova a Tipificação Nacional de Serviços Socioassistenciais, divididos nos eixos acima, são:

44 SPOSATI, 2009, p. 42.

45 COLIN; PEREIRA, 2013.

SERVIÇOS DE PROTEÇÃO SOCIAL BÁSICA	SERVIÇOS DE PROTEÇÃO SOCIAL ESPECIAL	EQUIPAMENTOS DO ESTADO
Serviço de Proteção e Atendimento Integral à Família (PAIF)	Serviço de Proteção e Atendimento Especializado a Famílias e Indivíduos (PAEFI)	Centro de Referência de Assistência Social (CRAS)
Serviço de Convivência e Fortalecimento de Vínculos	Serviço Especializado em Abordagem Social	Centro de Referência Especializado de Assistência Social (CREAS)
Serviço de Proteção Social Básica no Domicílio para Pessoas com Deficiência e Idosas	Serviço de Proteção Social a Adolescentes em Cumprimento de Medida Socioeducativa de Liberdade Assistida (LA), e de Prestação de Serviços à Comunidade (PSC)	O Centro de Referência Especializados para População em Situação de Rua – Centro POP
	Serviço de Proteção Social Especial para Pessoas com Deficiência, Idosas e suas Famílias	Centro Dia de Referência
	Serviço Especializado para Pessoas em Situação de Rua	Unidades de acolhimento institucional (Casas-Lares; Abrigos Institucionais; Casas de passagem; Residências Inclusivas Instituições de Longa Permanência
	Serviço de Acolhimento Institucional	
	Serviço de Acolhimento em República	
	Serviço de Acolhimento em Família Acolhedora	
	Serviço de Proteção em Situações de Calamidades Públicas e de Emergências	

Os dois tipos de proteção estão atrelados a dois conceitos: vulnerabilidade social e risco pessoal e social. Neste sentido, a PSB está mais relacionada a proteção proativa e na atenção às famílias em situação de vulnerabilidade social, enquanto a PSE abrange o atendimento das famílias em situações de risco pessoal e social.⁴⁶

Temos que considerar, aqui, as expressões de risco e vulnerabilidade social, a partir de seguranças sociais afetas à proteção social não contributiva. Muitas inseguranças e riscos estão relacionados ao trabalho, à habitação, à educação, à saúde, ao transporte, entre tantas outras áreas nas quais se setorizam as respostas às necessidades humanas. Não são todas as necessidades humanas de proteção que estão para a resolutividade da assistência social, como também não são as necessidades de proteção social dos pobres que aqui são consideradas como específicas da assistência social. Elas são comuns a várias políticas sociais e econômicas.⁴⁷

A dificuldade de definir vulnerabilidade, risco e pobreza é perceptível, o que tem provocado a adoção de uma *gestão integrada* entre serviços, benefícios e transferência de renda, viabilizando não apenas o acesso a renda (condições objetivas) mas também o campo relacional (condições subjetivas).⁴⁸

A integração entre transferência de renda e benefícios socioassistenciais busca efetivar a concepção mais ampla de proteção social mencionada anteriormente, superando a situação de pobreza e melhorando as condições de vida conforme estabelecido na PNAS: convívio familiar e comunitário, desenvolvimento da autonomia, sobrevivência a riscos circunstanciais e renda.

Considerando a construção histórica e institucional da proteção social a partir da Constituição de 1988, percebe-se uma autovinculação da Administração a este quadro normativo de agir. E neste sentido, atos normativos sobre o agir estatal na efetivação do BPC também são mecanismos deliberativos democráticos de autovinculação. Isso não quer dizer imutabilidade das condições de concretização especialmente diante de mudança

46 COLIN; PEREIRA, 2013.

47 SPOSATI, 2009, p. 33.

48 COLIN; PEREIRA, 2013.

de cenário, mas constitui um parâmetro para o controle jurisdicional.⁴⁹ Passaremos a análise desta construção da ação governamental na efetivação do BPC.

A demanda por um benefício desvinculado de contribuições mas amparado na noção de direito social de cidadania para idosos e pessoas com deficiência acarretou a incorporação do art. 203, inciso V: “garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei”.

Ao lado da previdência social, a Carta Constitucional instituiu uma segunda garantia de renda vinculada à seguridade social, o BPC. De natureza não-contributiva, esse benefício assistencial visa à proteção dos inativos – idosos e deficientes – em situação de indigência. O BPC garante uma renda de solidariedade nacional por meio do pagamento de um benefício mensal no valor de 1 SM aos idosos (com 65 anos ou mais) e às pessoas com deficiência consideradas incapacitadas para a vida autônoma e para o trabalho e em situação de extrema pobreza. A Lei Orgânica da Assistência Social (Loas) regulamentou o BPC fixando o acesso ao benefício para aqueles cuja renda familiar *per capita* seja inferior a 1/4 do SM. O BPC foi o primeiro benefício assistencial implementado no país em escala nacional, tendo começado a operar em 1996.⁵⁰

Assim, o BPC atende dois grupos sociais: é um benefício para idosos, inclusive antigos participantes do mercado de trabalho que não mantiveram vínculos contributivos com a previdência social, e pessoas com deficiência. Não é um benefício para a família, ele é individualizado, mas considera características das pessoas e de suas famílias.⁵¹

49 VALLE, 2009.

50 JACCOUD, 2009, p. 11. O conceito de deficiência aqui mencionado foi alterado, retirando a referência a vida independente e trabalho, conforme a Convenção das Pessoas com Deficiência da Organização das Nações Unidas – ONU, promulgada pelo Decreto nº 6.949/2009.

51 MEDEIROS (DINIZ; SQUINCA, 2006) argumenta que: “Na prática, o BPC era destinado às famílias que não recebiam nenhum outro tipo de transferência de renda. Uma família dificilmente poderia acumular benefícios, uma vez que um aumento na renda familiar causado por outro benefício tende a elevar a renda familiar para acima do limite do recorte de renda para a inclusão no programa. Isso mudou em 2003, depois da aprovação do Estatuto do Idoso, o qual determina que o valor das transferências de assistência social recebido por outros membros idosos da família não deve ser levado em conta nos cálculos de renda per capita para o BPC.” (p. 10)

O requisito para a concessão do benefício, ou seja, a *elegibilidade* de um beneficiário, perpassa pelo cálculo da renda familiar⁵² *per capita* inferior a ¼ do salário mínimo. É considerada família do idoso ou da pessoa com deficiência o conjunto de pessoas que vive sob o mesmo teto do requerente: o cônjuge ou companheiro, os pais e na ausência de um deles, a madrasta ou o padrasto, os irmãos solteiros, os filhos e enteados solteiros e os menores tutelados.

Para elegibilidade dos idosos, a idade é o único requisito: 70 anos na publicação original da LOAS, mas reduzida para 65 anos com a promulgação do Estatuto do Idoso (Lei nº 10.741/2003).

As pessoas com deficiência têm sua condição submetida à avaliação de assistentes sociais e peritos médicos do Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), com reavaliações bienais para verificar a persistência das condições que permitiam a elegibilidade ao BPC. Portanto, a operacionalização do BPC ficou a cargo do INSS, diante de sua maior capilaridade sobre o território nacional, com unidades fixas de atendimento espalhadas pelo país.⁵³

Para as pessoas com deficiência o desenho inicial da política pública estabeleceu critérios para concessão em uma concepção biomédica de incapacidades biológicas irreversíveis que resultariam na incapacidade para o trabalho e para a vida independente, considerando uma relação de causalidade entre a lesão e a experiência da deficiência.⁵⁴

Conforme já adiantado, eventualmente as políticas públicas precisam se adaptar a novos cenários. A Organização Mundial da Saúde publicou a *International Classification of Functioning, Disability and Health* (ICF) em 2001, revisando o documento anterior *International Classification of Impairments, Disabilities and Handicaps* (ICIDH) na tentativa de organizar uma linguagem universal sobre lesões e deficiências, incluiu um caráter sociológico e político na ICF, caracterizando deficiência como uma interação complexa das pessoas com a sociedade, na perspectiva do “modelo social”.

Segundo o modelo social, a deficiência não se resume a alterações corporais porque as pessoas experimentam restrições significativas também por força

52 A soma dos rendimentos brutos autodeclarados inclui salários, proventos, pensões, benefícios de previdência privada, comissões pró-labore, outros rendimentos do trabalho não assalariado, rendimentos do mercado informal ou autônomo e rendimentos auferidos do patrimônio.

53 IVO; SILVA, 2011.

54 MEDEIROS; DINIZ; SQUINCA, 2006.

das barreiras ambientais e econômicas. Frente à nova concepção, a política pública tem sido pressionada para prover acessibilidade, vida independente e oportunidades de emprego e renda para a pessoa com deficiência.⁵⁵

Apesar da discussão internacional sobre a definição de deficiência, o critério de elegibilidade para o BPC continuou o mesmo até 2009, com a Portaria Conjunta MDS/INSS nº 1/2009, após as alterações decorrentes do Decreto nº 6.214/2007. Foram implantados novos instrumentos e critérios para avaliação social e médica da pessoa com deficiência, com inspiração no modelo biopsicossocial ampliado pela ICF citada anteriormente. A avaliação passou a incluir barreiras sociais e ambientais, alterações de funções do corpo, limitações de atividades e restrições à participação social.⁵⁶

As controvérsias persistem, mas o desenho da política pública tem respaldo de atos normativos que buscam ajustar três grandes polêmicas: a idade mínima de acesso; o conceito de família utilizado para o cálculo da renda média familiar e o arcabouço conceitual para caracterização da deficiência e sua avaliação.⁵⁷

Portanto, a dimensão da gestão demonstra que a ação jurisdicional em eventual judicialização deve observar os parâmetros estabelecidos no processo democrático deliberativo de formulação da política pública. É a própria definição das políticas públicas pela Administração que vincula a exigibilidade jurisdicional, ou seja, de questionamento dos critérios e parâmetros adotados.⁵⁸

55 COSTA; MARCELINO; DUARTE; UHR, 2016, p. 3039.

56 Avaliação da deficiência e do grau de incapacidade para acesso ao BPC, em que são considerados três componentes: funções do corpo (sob responsabilidade do médico perito), fatores ambientais (avaliado pelo assistente social) e atividades de participação (analisado por ambos os profissionais). Cada um desses componentes recebe uma pontuação relacionada ao nível de dificuldade enfrentada e, por meio de uma análise combinatória, indica se o requerimento ao BPC foi deferido ou não. (SENNA; LOBATO; ANDRADE, 2013, p. 69)

57 IVO; SILVA, 2011. Para ilustrar a presença de atos normativos disciplinando a concessão do benefício, destacamos a Resolução CNAS nº 145/2004 que aprova a Política Nacional de Assistência Social – PNAS; o Decreto nº 6.214/2007, nova regulamentação do BPC; Resolução CNAS nº 109/2009 que tipifica os serviços socioassistenciais; Portaria Conjunta MDS/INSS nº 1/2011 que estabelece critérios, procedimentos e instrumentos para a avaliação social e médico pericial da deficiência e do grau de incapacidade das pessoas com deficiência requerentes do BPC; Portaria Conjunta MDSA/INSS nº1/2017 que regulamenta regras e procedimentos BPC.

58 VALLE, 2009.

Considerando este debate, passaremos a analisar os argumentos utilizados pelo Judiciário no controle de políticas públicas assistenciais existentes.⁵⁹

5. A Tensão entre as Dimensões no Âmbito da Judicialização do BPC

A primeira judicialização do BPC ocorreu antes de sua regulamentação – em 1993 foi impetrado o Mandado de Injunção nr. 448 junto ao STF com o objetivo de exigir a regulamentação do artigo constitucional. A ação foi impetrada por deficientes que afirmavam ser incapacitados para o desempenho de atividades e não possuíam recursos para seu sustento. O Supremo reconheceu a mora do Congresso Nacional.

Em 1995, a segunda judicialização ocorreu na Ação Direta de Inconstitucionalidade - ADI nº 1.232, proposta pela Procuradoria-Geral da República, questionando o critério de elegibilidade de $\frac{1}{4}$ do salário mínimo, que limitaria o direito garantido no texto constitucional. O STF entendeu que os critérios de elegibilidade para a concessão do benefício assistencial só poderiam ser fixados na esfera política, ou seja, pelo Executivo e Legislativo. O debate não analisou a constitucionalidade do critério de renda, mas o fato de que o critério deveria ser fixado na esfera política. Importante registrar que este julgamento, em 1998, demonstra uma resistência do campo jurídico a influência “comunitarista” mencionada anteriormente.

Contudo, vários cidadãos permaneceram em busca da concessão do BPC perante o Poder Judiciário. No caso concreto, embora a renda do requerente atingisse o patamar de meio salário mínimo, os magistrados identificavam condições econômicas precárias que exigiam a garantia do direito à assistência social,⁶⁰ entendendo que, embora o critério de um quarto do salário mínimo tivesse sido declarado constitucional, conforme havia decidido o STF, esse critério não seria único.

59 “É fundamental ter clareza de que o legal nem sempre se associa ao justo e nem tampouco que o justo alcança-se meramente pela via legal. A ausência de um Estado que enfrente as desigualdades e a exclusão social não terá resposta “milagrosa” junto ao Poder Judiciário.” (AGUINSKY; ALENCASTRO, 2006, p. 24)

60 Importante registrar que no início deste processo de judicialização o poder de compra e o valor real do salário mínimo era significativamente menor que nos dias de hoje, em virtude de reajustes anuais acima da inflação no salário mínimo. Desta forma, quando se estabeleceu valor fixo *per capita* para pobreza e extrema pobreza para o Programa Bolsa Família, o valor de $\frac{1}{4}$ do salário mínimo estava próximo do corte de pobreza, mas com o passar dos anos o mesmo corte está acima da referência de pobreza do Programa.

As demandas judiciais iniciadas junto aos juizados especiais federais chegaram ao STF por meio de interposição de recursos, especialmente o INSS, que interpôs várias reclamações. Em abril de 2005, no julgamento do Agravo Regimental na Reclamação nº 2.303-6/RS, de relatoria da Ministra Ellen Gracie, o Tribunal deu provimento à Reclamação argumentando que a sentença impugnada afrontava o posicionamento daquela Corte adotado a partir do julgamento da ADI 1.232.

Assim, o Supremo decidiu que o critério de renda de um quarto do salário mínimo seria único, consolidando o já definido legalmente e na ADI, o que aparentemente reduziria o espaço interpretativo dos aplicadores da lei.⁶¹

Apesar da aparente definição no âmbito da interpretação no campo judicial, quando as condições concretas demonstravam a pobreza e a incapacidade para o trabalho, somadas a gastos adicionais advindos das condições precárias de saúde dos envolvidos, os magistrados continuaram concedendo o benefício mesmo quando a renda *per capita* familiar ultrapassava o patamar de um quarto do salário mínimo – nítida influência “comunitarista”. A interpretação dos juízes utilizava a legislação assistencial posterior à LOAS, como o Programa Nacional de Acesso à Alimentação (Lei n. 10689/2003), pelo argumento da isonomia.

A demanda individual nos Juizados Especiais Federais quanto aos critérios de concessão a partir do caso concreto resultou ainda na Súmula nº 11 de 2004 da Turma Nacional de Uniformização da Jurisprudência dos Juizados Especiais Federais, cancelada em 24/04/2006.⁶²

Entretanto, com base em legislações posteriores que garantiam o direito à assistência social utilizando o critério de renda *per capita* de meio salário mínimo, o STF passou a rever seu posicionamento. Essa mudança interpretativa culminou no reconhecimento da repercussão geral em um recurso extraordinário em que o benefício foi concedido a cidadão com renda superior ao limite legal.

61 PENALVA; DINIZ; MEDEIROS, 2010, p. 56.

62 “A renda mensal, “per capita”, familiar, superior a 1/4 (um quarto) do salário mínimo não impede a concessão do benefício assistencial previsto no art. 20, § 3o, da Lei n. 8.742/93, desde que comprovada, por outros meios, a miserabilidade do postulante.” Precedentes: REsp 222.764/SP, REsp 222.777/SP, REsp 222.778/SP, REsp 288.742/SP, REsp 397.943/SP, REsp 327.836/SP, REsp 435.871/SP, AgRg no Ag 311.369/SP, AgRg no Ag 419.145/SP

Em 2013 o STF decidiu que o critério era inconstitucional, deixando para o campo política a definição e regulamentação de um novo critério.⁶³

Uma das grandes críticas na atuação do Poder Judiciário no âmbito de demandas individuais é justamente o fato de atender um cidadão que conseguiu acesso a advogado ou Defensoria Pública, enquanto outros não. Isto porque no âmbito de um processo individual, apenas o envolvido será atendido, mas o desenho da política pública poderá sofrer o impacto – há uma “microjustiça” em detrimento de efeitos, perversos ou não, na “macrojustiça” a partir da ideia de direitos sociais que demandam políticas públicas de distribuição.⁶⁴

Para demonstrar a tensão entre o direito à cidadania de um lado (dimensão social) e as definições da política pública do outro (dimensão da gestão), apresentaremos alguns dados da pesquisa mencionada anteriormente sobre a judicialização do BPC.

Considerando que o campo jurídico é o que detém a maior expertise para “dizer o direito”, reproduzindo uma linguagem muito própria e peculiar, o objeto de pesquisa aqui apresentado está relacionado as manifestações da Turma Nacional de Uniformização – TNU sobre o BPC. A técnica utilizada foi a análise de conteúdo que tem como objetivo conhecer aquilo que está por trás das palavras sobre as quais se debruça, e não uma restrita “leitura do real”. Os elementos da técnica permitem uma ponte entre a descrição pura (o levantamento de dados propriamente dito) e as diferentes interpretações possíveis.⁶⁵

A TNU recebe Pedido de Uniformização de Lei Federal – PEDILEF a partir da controvérsia demonstrada entre tribunais de diferentes regiões da Justiça Federal⁶⁶ no âmbito das Turmas Recursais. Estes processos poderão

63 Reclamação 4374/PE e os Recursos Extraordinários 567985 e 580963, ambos com repercussão geral. O Plenário, por maioria dos votos, declarou a inconstitucionalidade do § 3º, do art. 20 da LOAS (que estabelece o critério de ¼ do salário mínimo), por considerar que esse critério está defasado para caracterizar a situação de miserabilidade do indivíduo e de sua família.

64 LOPES, 2006.

65 O levantamento busca dois tipos de unidades: a unidade de registro é a unidade de significação a codificar e corresponde ao segmento de conteúdo a considerar como unidade de base; e a unidade de contexto, que serve de unidade de compreensão para codificar a unidade de registro e corresponde ao segmento da mensagem, a citação literal. (BARDIN, 1979)

66 O “Pedido de Uniformização de Interpretação de Lei Federal” – PEDILEF está previsto no artigo 14, *caput* e parágrafos da Lei no. 10.259, de 12 de julho de 2001 - “Lei dos Juizados Especiais Federais”. Seu principal objetivo é pacificar interpretações divergentes entre Turmas Recursais sobre questões de direito material: questionamentos de natureza processual (valor da causa, valor da execução, honorários advocati-

desencadear uma súmula, que apesar de não ser vinculante, é uma fonte de argumentação para a primeira e segunda instância na construção de sua convicção.

Esta é a justificativa para o levantamento de dados utilizando a jurisprudência da TNU – como última instância, suas decisões e súmulas constituem um importante elemento de influência na consolidação da jurisprudência dominante e nas decisões das instâncias inferiores. Um argumento de autoridade no campo jurisprudencial.

Além do potencial de influência na construção das decisões nas turmas recursais e na primeira instância, analisar acórdão da TNU permite também um “olhar” mais ampliado da própria Justiça Federal - os processos são de diferentes TRFs e assim têm uma significativa representatividade nacional da argumentação para concessão ou não do BPC.⁶⁷

Diante do relevante papel na construção argumentativa das instâncias inferiores, a metodologia para a coleta de dados seguiu três caminhos:

- os Cadernos da TNU – publicação bimestral (com algumas interrupções) sobre os principais processos com impacto social e jurídico, publicado desde 2009. Foram analisados os 46 cadernos até dezembro de 2016, utilizando como palavra-chave o Benefício de Prestação Continuada. Destes, 21 cadernos fazem referência a algum precedente considerado relevante na judicialização do benefício, com a indicação de no mínimo um processo, totalizando 23 processos analisados;
- Cinco súmulas da TNU sobre a concessão do BPC foram analisadas: 29, 48, 78, 79 e 80. Cada uma destas súmulas indica precedentes e na busca por estes precedentes 5 tratam do BPC, contudo a base de dados só disponibiliza a íntegra do acórdão de dois processos;
- Publicação da TNU denominada Quadro-Informativo (2016) com o objetivo de divulgar o resultado do julgamento de matérias controvertidas que possam orientar as Turmas de origem para manter ou adequar às premissas firmadas no âmbito da TNU – cinco processos também foram sobre a concessão ou não do BPC.

cios) não dão ensejo ao pedido de uniformização de jurisprudência, que é provocado por uma das partes do processo. Importante registrar que há o entendimento de que o incidente não permite reexame de matéria fática, ou seja, produção de provas.

67 Foram 6 acórdãos no TRF 1, 1 no TRF 2, 5 no TRF 3, 9 nos TRFs 4 e 5.

Para compreensão do discurso da TNU e da sua relevância para a primeira instância, apontamos o teor das súmulas e comentários explicativos no quadro abaixo:

Nº	TEOR	CONSIDERAÇÕES ⁶⁸
29 Data Julgamento: 01/12/2005	Para os efeitos do art. 20, § 2o, da Lei n. 8.742, de 1993, incapacidade para a vida independente não é só aquela que impede as atividades mais elementares da pessoa, mas também a impossibilita de prover ao próprio sustento.	<p>O entendimento é de que a capacidade para a vida independente não decorre apenas da impossibilidade de realização das tarefas basilares do cotidiano, pois se assim fosse, estaria equiparada à noção de vida vegetativa ou, quando muito, ao de vida dependente de terceiros para a realização dos atos basilares do cotidiano, restringindo demasiadamente o alcance do benefício.</p> <p>O entendimento consagrado na Súmula acabou por repercutir no campo legislativo, pois, com o advento da Lei n. 13.146/15 a noção de capacidade para a vida independente foi suprimida do conceito de pessoa com deficiência, que agora passa a ser aquela com impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas.</p>
48 Data Julgamento: 29/03/2012	A incapacidade não precisa ser permanente para fins de concessão do benefício assistencial de prestação continuada.	<p>A fundamentação é a dignidade da pessoa humana como meta ou objetivo da democracia brasileira.</p> <p>“Assistência social é política pública não contributiva de amparo aos necessitados, de forma a lhes assegurar o gozo da dignidade própria a qualquer ser humano, inserida nos deveres do Estado e nos direitos dos cidadãos brasileiros”. Presentes todos os demais requisitos necessários à concessão do benefício assistencial à pessoa portadora de impedimento ao exercício de atividade remunerada que garanta a sua subsistência, requisitos esses que resistem ao teste de conformidade constitucional, deve-se lhe garantir a sua percepção independentemente da constatação de o impedimento não possuir natureza definitiva, ou de possuir prazo estimado de duração inferior ao inconstitucional período de dois anos atualmente estabelecido pela legislação de regência.</p>

68 CJF, 2016, p. 253-4, 394, 397, 401, 407-8.

Nº	TEOR	CONSIDERAÇÕES ⁶⁹
78 Data Julgamento: 11/09/2014	Comprovado que o requerente de benefício é portador do vírus HIV, cabe ao julgador verificar as condições pessoais, sociais, econômicas e culturais, de forma a analisar a incapacidade em sentido amplo, em face da elevada estigmatização social da doença.	<p>“Assim, os sinais exteriores da doença (perda excessiva de peso, feridas no corpo e na boca, herpes, distrofia muscular, manchas na pele, suores excessivos etc.) atrairiam o estigma social para o autor, impedindo o exercício de atividade laborativa e impondo a concessão do benefício pelo INSS”.</p> <p>“Há que se evitar, contudo, a tentação de aplicar o que vem sendo conhecido como o “princípio do coitadismo”, quando se quer conceder o benefício sempre que presente o vírus HIV, independente da análise das condições pessoais, sociais, econômicas e culturais peculiares da parte autora. A concessão de benefício no caso de portador da moléstia assintomático ou com leves sequelas geraria mais preconceito, não contribuindo para a solução da problemática”.</p>
79 Data Julgamento: 15/04/2015	Nas ações em que se postula benefício assistencial, é necessária a comprovação das condições socioeconômicas do autor por laudo de assistente social, por auto de constatação lavrado por oficial de justiça ou, sendo inviabilizados os referidos meios, por prova testemunhal.	<p>“A Súmula 79 busca, pois, conferir um mínimo de segurança processual aos milhares de processos que tramitam no País, justamente para conferir critérios homogêneos, seguros e aptos a atingir os verdadeiros legitimados à assistência social propugnada pelo legislador – os vulneráveis socialmente e sem condições de prover sua renda de per si ou pela família”.</p>

69 CJF, 2016, p. 253-4, 394, 397, 401, 407-8.

Nº	TEOR	CONSIDERAÇÕES
80 Data Julgamento: 15/04/2015	Nos pedidos de benefício de prestação continuada (LOAS), tendo em vista o advento da Lei n. 12.470/11, para adequada valoração dos fatores ambientais, sociais, econômicos e pessoais que impactam na participação da pessoa com deficiência na sociedade, é necessária a realização de avaliação social por assistente social ou outras providências aptas a revelar a efetiva condição vivida no meio social pelo requerente.	“Ali restou consignado que as tentativas de enquadramento do mundo em um arquétipo conceitual rígido, longe de conferir segurança jurídica, promovem um processo de idealização que acaba por distanciar o julgamento do caso efetivamente posto à apreciação. E esse distanciamento, por vezes, é tão radical que os juízes se recusam a conformar a realidade àqueles padrões logocêntricos, assim acirrando os debates em torno desses conceitos. De qualquer forma, o amadurecimento dessa discussão pode provocar um retorno a padrões conceituais mais elásticos, os quais permitem não apenas a fixação de referências melhores para a condução da tarefa interpretativa no Direito, como também resguardam e respeitam o caráter contingente do mundo, onde, em cada caso, teremos que valorar a situação, com apoio de circunstâncias peculiares que o matizam”.

Portanto, foram considerados os processos mencionados nos Cadernos TNU, os processos que acarretaram as súmulas da TNU, e o quadro-informativo com matérias mais controvertidas e respetivos processos. Alguns processos não foram encontrados na base de dados, outros só disponibilizaram a ementa, que não contribui suficientemente para a análise de conteúdo, e outros eventualmente não tratavam especificamente do BPC. Diante do caminho percorrido, analisamos 30 acórdãos no âmbito da TNU.

Abaixo a tabela para a análise de conteúdo dos processos analisados.

IDOSO	DEFICIÊNCIA	CRIANÇA	MANUTENÇÃO		REFORMULAÇÃO	
			PROC-PROC	IMPROC-IMPROC	PROC-IMPRO	IMPROC-PROC
9	18	3	7	5	-	18

A unidade de registro mais frequente na análise dos processos concedendo ou negando benefício para idoso e pessoa com deficiência no âmbito da TNU foi a necessidade de análise do caso concreto, ou seja, apesar

da apresentação de laudo médico ou laudo social, o desembargador/juiz argumenta que

não se pode apreciar a incapacidade, sem levar em consideração as circunstâncias específicas do caso concreto, sem avaliar se em função da idade da parte, do seu grau de instrução, do contexto sócio-econômico-cultural em que ela se encontra inserida, há perspectiva razoável de acesso ao mercado de trabalho.⁷⁰

Nesta mesma linha, destaca-se o número de reformulação de sentenças indeferindo a concessão no TRF, justamente utilizando o discurso sobre a necessidade de análise do caso concreto das Súmulas 78, 79, 80 e 29.

Para constatar esta linha de interpretação, destacamos abaixo algumas unidades de contexto e as citações literais que permitiram a categorização e a construção das unidades de registro. Estas citações estão relacionadas à interpretação da TNU de que a primeira instância não analisou o caso concreto suficientemente para verificar a deficiência e/ou a miserabilidade, e por isso devem ser reformuladas.

- Não há na sentença ou no acórdão apreciação das condições pessoais e sociais do autor – “existindo a pura aceitação da conclusão de exame técnico, no qual não consta sequer a consideração da profissão do autor, qual seja, pedreiro.” O laudo é prova ineficaz, com escassez de informação – sem a ponderação acerca das condições sociais e pessoais do autor, há cerceamento de defesa (Processo 2006.34007001917).

– Já me manifestei, acerca dos fundamentos jurídicos que dão suporte à Súmula 29 desta Turma Nacional de Uniformização, que o espírito desse Colegiado se inclinou a predicar que, diante de um laudo pericial que afirmasse a incapacidade parcial, fossem considerados pelo julgador, necessariamente, aspectos intersubjetivos da vida do interessado; na medida em que tais con-

70 Esta interpretação decorre inclusive da Súmula 80 e aqui destacamos outro trecho de comentários sobre as súmulas da TNU (CJF, 2016, p. 409): “Essa regra vale como modelo exemplar para as críticas que temos encaminhado ao longo desses comentários, pois se trata de um típico conceito, moldado em termos matemáticos, que busca conquistar segurança jurídica nas deliberações lançadas em casos futuros, acerca da miserabilidade do requerente. Como dissemos alhures, ele pode provocar um descompasso tamanho com o caso apresentado, onde a miserabilidade seja patente, embora a renda possa ser exatamente igual a 1/4 do salário mínimo (a Lei exige que seja menor que esse patamar), e, ainda assim, o benefício ser negado, como se uma fração de Real pudesse ser capaz de modificar o estado de miserabilidade de alguém.”

dições mostram-se desfavoráveis, porquanto tornam excessiva a carga a ser suportada pelo cidadão diante de suas poucas possibilidades de interação com seu meio social, ou ainda porque esse meio como um todo lhe é desfavorável. Nessas condições, o benefício deve ser concedido (Processo 0504007-75.2012.4.05.8311).

- No caso dos autos, o acórdão recorrido teceu considerações a respeito dos avanços da Medicina, ausência de exclusão social e preconceitos (muito discutível) e decréscimo de doenças oportunistas, mas nada a respeito das condições pessoais, sociais, econômicas e culturais do Autor, contrariando, assim, a jurisprudência consolidada desta Corte Uniformizadora (Processo 5003.1980720124047108).

- No caso *sub examine*, o recorrente alega possuir baixa escolaridade, qualifica-se como pintor e refere discriminação social em virtude de ser portador do vírus HIV. Ademais, reside em Sobral, município no interior do Ceará. Dessa forma, sua incapacidade há de ser aferida ponderando-se a possibilidade de inclusão no mercado de trabalho, em face de suas condições pessoais e do meio sociocultural em que está inserido (05038635120094058103).

Os trechos demonstram que para a TNU a análise da hipossuficiência e da deficiência demanda uma abordagem mais próxima do caso concreto, no que os acórdãos chamam de “aprofundamento do exame das condições pessoais do interessado ao benefício”. Cabe ao juiz ponderar sobre as condições sociais e pessoais do autor.

Esta abordagem demonstra que apesar do esforço de formulação de critérios objetivos para a concessão do benefício como critérios para a deficiência e a própria miserabilidade, a tendência da Justiça Federal é de analisar o caso concreto considerando uma visão mais comunitarista do papel do Direito e do Poder Judiciário na efetivação de direitos sociais, o que chamamos de dimensão jurídica, ainda que não se refira a sujeitos de direitos mas sim a necessitados, a mencionada dimensão social.⁷¹

71 Importante, entretanto, destacar que há votos vencidos nesta abordagem: “Diferentemente do que vem sendo decidido pelo STJ e por este Colegiado, comungo do entendimento da 3a TR do Paraná, pois entendo que a miserabilidade não pode ser presumida, muito menos de forma absoluta, sobretudo quanto, como ocorre no caso dos autos, outros elementos de convicção apontam no sentido da sua ausência. E assim entendo porque a Seguridade Social é regida, dentre outros, pelo “princípio da seletividade” (Art. 194, II, da CF/88), traduzido na noção de que os seus benefícios e serviços devem ser oferecidos e prestados nos casos de real necessidade. É de conhecimento notório que a economia brasileira é marcada por alto percentual de informalidade, não sendo raros os casos de famílias que, a despeito de não registrarem renda formal, osten-

Na mesma linha, podemos resgatar que com frequência a decisão menciona a interpretação teleológica do texto constitucional, a saber: o BPC visa a proteção social dos excluídos. Neste sentido, o desenho da política pública é mencionado, mas é considerado como uma “amarra”: os critérios não alcançam as circunstâncias do “mundo vivido”, “engessando” e distanciando o Direito da realidade. O texto abaixo ilustra bem esta compreensão e retrata a visão da segunda instância da Justiça Federal:

Essa ânsia de *amarrar um conceito* que possa dar conta da complexidade da vida em sociedade remonta à antiga tendência de reprodução de uma metodologia científico-natural, que lida com objetos distintos daqueles sobre os quais se voltam as ciências do espírito, pois essas têm um caráter histórico-cultural. De fato, o incontestado êxito daquelas ciências parece motivar as últimas a espelhar os métodos de rigor matemático das primeiras, o que provoca uma tentativa logocêntrica, voltada a proporcionar maior previsibilidade ao Direito e, conseqüentemente, a colaborar para a consecução do ideal de segurança jurídica. [...]

Assim, causas complexas, independentemente da sua complexidade, seriam aquelas cujo valor é inferior a sessenta salários mínimos; miserável já não seria aquele que vive em penúria, mas o que vive com uma renda per capita familiar inferior a um quarto do salário mínimo; e assim por diante. *Os problemas concretos que desse modelo decorrem são tantos que, não raro, vemos tentativas de padronizar exceções não contempladas pelo legislador.*⁷²

Na interpretação da LOAS, a TNU não considera a política pública assistencial, seus diferentes tipos de proteção, os equipamentos disponíveis, mas apenas o caráter de transferência de renda do BPC, como um benefício previdenciário de caráter não contributivo. Para os julgadores definir detalhadamente significa “amarrar o conceito” para propiciar previsibilidade e segurança jurídica, o que afeta a possibilidade de cidadãos “necessitados” receberem o benefício na sua lógica interpretativa extensiva, contrariando as interpretações das dimensões social e de gestão apontadas anteriormente.

tam qualidade de vida satisfatória, de acordo com padrões internacionalmente aceitos.” (Acórdão vencido no Processo nr. 2010.7050.019.5518-PR)

72 CJF, 2016, p.163-165, grifamos.

Neste momento, uma possível interpretação desta significativa tensão entre a dimensão jurídica e a da gestão é levantada por Valle:

(...) a atuação do Judiciário pode se revelar com um elemento catalisador de mudanças, uma seara de articulação entre Administração e a parcela da cidadania que no processo coletivo de deliberação não tenha alcançado vez ou voz, tudo de molde a sensibilizar aqueles titulares de subsistemas sociais que determinam o processo de formação da agenda de ações políticas, que nem sempre se revelam disponíveis a inverter o seu capital política na liderança de uma mudança de escala de prioridades que não se lhes apresente já consolidada como expectativa social.⁷³

Isso não quer dizer que a ausência de conhecimento da política pública justifique a interpretação da TNU apontada neste artigo, mas reitera nossa hipótese central: a tensão entre as três dimensões é uma realidade que precisa ser abordada com maior atenção entre os três envolvidos nesta luta simbólica para “dizer o direito”.

Conforme mencionado anteriormente, a assistência como um direito de cidadania ainda é objeto de controvérsias em uma sociedade de exclusão. A “questão social” brasileira demanda o agir de vários atores, principalmente no âmbito da esfera pública, da prática democrático deliberativa.⁷⁴

6. Conclusão

A judicialização das políticas públicas no Brasil decorre de um cenário social, jurídico e político favorável. Após a ditadura militar, a Constituição de 1988 representa uma possibilidade de transformação da realidade pelo mundo do Direito. O aumento do Direito nas relações sociais (“juridicização”) e a centralidade do Poder Judiciário com o aumento da litigância de temas mais “políticos” (judicialização da política) permeia este cenário.

73 VALLE, 2009, p. 162

74 “Finalizando, não se trata de negar a importância ao acesso à justiça em seu sentido estrito. Entretanto, importa reconhecer que esta via não poderá dar conta, sozinha, do enfrentamento à questão social, que é histórica e estrutural, demandando um movimento maior que possui, junto à esfera pública, seu palco privilegiado de disputa. Desta forma, há que se empreender uma práxis de acesso à justiça em seu sentido amplo, sem uma análise reducionista e ingênua de que a justiça será outorgada pelo Estado, como um ator neutro e comprometido com o bem comum. Este compromisso pertence à sociedade, ou à sua maioria”. (AGUINSKY; ALENCASTRO, 2006, p. 25).

No âmbito da proteção social, a Constituição de 1988 encerrou um longo ciclo de exclusão de indivíduos que não eram reconhecidos pelo Estado. Assim, a Assistência Social é reconhecida como um instrumento de cidadania e de inclusão, e os cidadãos beneficiários de suas políticas são sujeitos de direitos. Contudo, a previsão constitucional tem influenciado no surgimento de uma cultura jurídica que assume a responsabilidade pela efetivação deste direito sem respeitar arenas decisórias deliberativas sobre a concessão dos direitos (políticas públicas).

Atrelada ao cenário favorável para a judicialização das políticas públicas, surge uma forte influência doutrinária sobre o papel do Poder Judiciário na efetivação dos direitos sociais – o comunitarismo. Os julgadores passam a refletir uma ideologia “ativista” no sentido de que devem executar o texto constitucional, considerando as graves críticas aos Poderes Legislativo e Executivo, sem dar atenção aos atos normativos definidores do acesso aos direitos sociais.

A partir desta compreensão sobre as origens da judicialização das políticas públicas, a judicialização do BPC se insere em um arcabouço teórico e prático. Teórico porque sob a influência comunitarista e assistencial presentes no texto constitucional (dimensão jurídica e social). Prático porque traduz com o discurso jurídico sobre o papel do julgador na efetivação dos direitos sociais.

Esta postura “ativista” representa a influência “comunitarista”. A análise das manifestações da TNU reflete a visão negativa que o campo jurídico tem das políticas públicas – critérios de elegibilidade podem ser flexibilizados diante da análise do caso concreto.

A desconsideração dos atos normativos definidores da política pública ocorre utilizando o argumento do “livre convencimento” – no caso concreto, o magistrado pode analisar sem atender os parâmetros previamente definidos, considerando apenas direito à cidadania previsto na Constituição. Mesmo com a atividade interpretativa que admite mudanças discretas, ela não é ilimitada. Aqui reside a grande controvérsia sobre a judicialização das políticas públicas – a legitimidade da demanda pela dimensão social não está atrelada a atuação desenfreada do Judiciário na efetivação de um direito social. Ademais, a luta simbólica entre os diferentes atores envolvidos demonstrada reflete diferentes dimensões sobre o próprio direito social e os critérios de elegibilidade.

Não há uma lógica interpretativa dominante na judicialização do BPC – dependendo do olhar do julgador para o caso concreto, esse destaca a dimensão judicial ou a social. A *expertise* na atuação administrativa na definição da política pública assistencial não é considerada: as exigências para a elegibilidade não são vistas como necessárias diante de recursos escassos. A dimensão da gestão é muito pouco discutida nas decisões. O discurso do Judiciário afasta a legitimidade das decisões e escolhas administrativas na definição dos critérios de concessão do BPC a partir de uma interpretação das políticas públicas como “amarras”.

Para o campo jurídico, a lógica comunitarista se resume à efetivação dos direitos fundamentais prestacionais vinculados à dignidade da pessoa humana, que deve ser analisada no caso concreto, independentemente dos critérios estabelecidos na legislação infraconstitucional.

Esta interpretação pode ser questionada sob o viés da vinculação democrática deliberativa da Administração na definição das políticas públicas. Neste sentido, as controvérsias sobre as diferentes possibilidades de efetivação de direitos sociais devem ser objeto de decisão da Administração, sem desconsiderar eventual papel da sociedade e do Poder Judiciário diante de novos cenários, possibilitando novos arranjos democrático deliberativos. Contudo, este papel deve ser secundário e eventual, e não a regra. Aqui reside a necessidade de aprofundamento do diálogo entre Administração e Judiciário para que este último compreenda o papel da política pública na efetivação dos direitos sociais.

Referências

- BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- _____. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das Políticas Públicas. *Revista de Direito Administrativo*. Rio Janeiro, 210, p. 83-103, abr/jun 2005. <https://doi.org/10.12660/rda.v240.2005.43620>
- BARDIN, Laurence. *Análise de Conteúdo*. Lisboa: Ed. 70, 1979.
- BERCOVICI, Gilberto. A Constituição Dirigente e a Crise da Teoria da Constituição. In: BERCOVICI, Gilberto; SOUZA NETO, C.P.; MORAES FILHO, J.F.; LIMA, M.M. *Teoria da Constituição – estudos sobre o lugar da política no direito constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 75-150.

- BOSCHETTI, Ivanete. *Assistência social no Brasil: um direito entre originalidade e conservadorismo*. 2 ed Brasília: Ivanete Boschetti, 2003.
- BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. Rio de Janeiro: Bertrand, 1989.
- BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (org) *Políticas Públicas – reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 1- 49.
- CARDOSO JR., José Celso. Estado e (des) proteção social no Brasil: a crise do modelo bismarchiano-contributivo. *Revista Econômica do Nordeste*. Fortaleza, v. 37, n. 4, p. 455-470, out-dez 2006.
- CITTADINO, Gisele. Judicialização da Política, constitucionalismo democrático e separação de poderes. In: VIANNA, Luiz Werneck (org) *A democracia e os três poderes no Brasil*. Belo Horizonte: UFMG, 2002, p. 17-42.
- _____. *Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.
- CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL (CJF). *Comentários às súmulas da Turma Nacional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais*. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2016.
- COSTA, Nilson do Rosário; MARCELINO, Miguel Abud; DUARTE, Cristina Maria Rabelais; Uhr, Deborah. Proteção social e pessoa com deficiência no Brasil. *Ciência & Saúde Coletiva*, 21, 10, p. 3037-3047, 2016 <https://doi.org/10.1590/1413-812320152110.18292016>
- CRUS, José Ferreira da, et all (org) *20 anos da Lei Orgânica de Assistência Social*. Brasília: MDS, 2013.
- COLIN, Denise; JACCOUD, Luciana. Assistência Social e construção do SUAS – balanço e perspectivas. In: CRUS, José Ferreira da, et all (org) *20 anos da Lei Orgânica de Assistência Social*. Brasília: MDS, 2013, p. 42-65.
- _____; PEREIRA, Juliana Maria Fernandes. Gestão integrada de serviços, benefícios e transferência de renda: alguns apontamentos sobre a experiência brasileira. In: CRUS, José Ferreira da, et all (org) *20 anos da Lei Orgânica de Assistência Social*. Brasília: MDS, 2013, p. 100-133,
- COUTO, Berenice Rojas. *Assistência social: direito social ou benesse?* Serv. Soc. Soc., São Paulo, n. 124, p. 665-677, out./dez. 2015 <https://doi.org/10.1590/0101-6628.045>
- _____. *O direito social e a assistência social na sociedade brasileira: uma equação possível?* 4 ed. São Paulo: Cortez, 2010.

- DIMOULIS, Dimitri. *Manual de Introdução ao Estudo do Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- DINIZ, Débora; MEDEIROS, Marcelo; SQUINCA, Flávia. Reflexões sobre a versão em português da Classificação Internacional de Funcionalidade, Incapacidade e Saúde. *Cad. Saúde Pública*, Rio de Janeiro, 23, 10, p. 2507-2510, out 2007 <https://doi.org/10.1590/s0102-311x2007001000025>
- DRAIBE, Sônia Miriam. As Políticas de combate à pobreza na América Latina. *São Paulo em Perspectiva*, v. 4, n. 2, p. 18-24, abril/junho 1990.
- FREITAS, Maria José de; SOUZA, Maria Valdênia Santos de; MARTINS, Raquel de Fátima Antunes. O Benefício de Prestação Continuada – BPC: direito socioassistencial. In: CRUS, José Ferreira da, et all (org) *20 anos da Lei Orgânica de Assistência Social*. Brasília: MDS, 2013, p. 134-153.
- GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia – o guardião de promessas*. Rio de Janeiro: Revan, 2001.
- HABERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional – a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1997.
- HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1991.
- JACCOUD, Luciana. *Pobres, pobreza e cidadania: os desafios recentes da proteção social*. Texto para discussão n. 1372. Brasília: IPEA, jan. 2009.
- LOPES, José Reinaldo de Lima. *Direitos Sociais – teoria e prática*. São Paulo: Método, 2006.
- MACIEL, Débora Alves; KOERNER, Andrei. Sentidos da Judicialização da Política: duas análises. *Lua Nova*, n. 57, p. 113-133, 2002 <https://doi.org/10.1590/s0102-64452002000200006>
- MASSA-ARZABE, Patrícia Helena. Dimensão juridical das políticas públicas. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (org) *Políticas Públicas – reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 51 – 74.
- MEDEIROS, Marcelo. *A trajetória do Welfare State no Brasil: papel redistributivo das políticas sociais dos anos 1930 aos anos 1990*. Texto para discussão n. 852. Brasília: IPEA, dez 2001.
- _____; DINIZ, Débora; SQUINCA, Flávia. *Transferência de renda para população com deficiência no Brasil: uma análise do Benefício de Prestação Continuada*. Texto para Discussão n. 1184. Brasília: IPEA, ago 2006.
- NOBRE, Edna Luiza. *A Assistência Social como instrumento de inclusão social: Benefício de Prestação Continuada e Bolsa Família*. Dissertação de Mestrado. Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2011.

- NOBRE JR., Edilson Pereira. O direito brasileiro e o princípio da dignidade da pessoa humana. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, a. 37, n. 145, p. 185-196, jan/mar 2000.
- PAULA, Renato Francisco dos Santos. Assistência Social: direito público e reclamável. In: CRUS, José Ferreira da, et all (org) *20 anos da Lei Orgânica de Assistência Social*. Brasília: MDS, 2013, p. 88-99.
- PEREIRA, Potyara A. P. *Necessidades humanas – subsídios à crítica dos mínimos sociais*. São Paulo: Cortez, 2011.
- _____. *A assistência social na perspectiva dos direitos*. Brasília: Thesaurus, 1996.
- PIERDONÁ, Zélia Luiza. *Proteção social brasileira: diferenças entre previdência e assistência social*. Disponível em: pfdc.pgr.mpf.mp.br/.../previdenciasocial/Diferencas_entre_previdencia_e_assistencia. Acesso em maio 2017.
- SANTOS, Wanderley Guilherme dos. *Cidadania e justiça*. Rio de Janeiro: Campus, 1979.
- SIERRA, Vânia Morales. A judicialização da política no Brasil e a atuação do assistente social na justiça. *Katálysis*. Florianópolis, v. 14, n. 2, p. 256-264, jul/dez 2011 <https://doi.org/10.1590/s1414-49802011000200013>
- SIMÕES NETO, Severino Elias; GOMES, Cláudia Maria Costa. Tendência à judicialização do BPC: causas e consequências para os trabalhadores idosos. *SER Social*, Brasília, v. 18, n. 39, p. 477-500, jul-dez./2016.
- SPOSATI, Aldaiza. Proteção social e seguridade social no Brasil: pautas para o trabalho do assistente social. *Serv. Soc. Soc.*, São Paulo, n. 116, p. 652-674, out./dez. 2013 <https://doi.org/10.1590/s0101-66282013000400005>
- _____. Os 20 anos de LOAS: a ruptura com o modelo assistencialista. In: CRUS, José Ferreira da, et all (org) *20 anos da Lei Orgânica de Assistência Social*. Brasília: MDS, 2013, p. 20-40.
- _____. Modelo brasileiro de proteção social não contributiva: concepções fundantes. In: _____. *Concepção e gestão da proteção social não contributiva no Brasil*. Brasília: MDS/Unesco, 2009, p. 13-56.
- _____; FALCÃO, Maria do Carmo; FLEURY, Sônia Maria Teixeira. *Os direitos (dos desassistidos) sociais*. São Paulo: Cortez, 1991.
- TATE, N; VALLINDER, T. *The global expansion of judicial Power*. New York: New York University Press, 1995.

TAVARES, Marcelo Leonardo. Assistência Social. In: SOUSA NETO; Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direitos Sociais – fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 1123-1139.

_____. *Previdência e Assistência Social – legitimação e fundamentação constitucional brasileira*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

TELLES, Vera da Silva. *Pobreza e cidadania*. São Paulo: Editora 34, 2001.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. *Políticas Públicas, Direitos Fundamentais e controle judicial*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

VIANNA, Luiz Werneck ET AL. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

XIMENES, Julia Maurmann. Judicialização dos benefícios de prestação continuada e impactos simbólicos na cidadania. *Pensar*, Fortaleza, v. 21, n. 2, p. 600-625, maio/ago 2016 <https://doi.org/10.5020/2317-2150.2016.v21n2p600>

Recebido em 15 de março de 2018.

Aprovado em 05 de fevereiro de 2019.

Mediação comunitária: uma contribuição na busca pelos objetivos do desenvolvimento sustentável no estado do Ceará

Community Mediation: A Contribution on the path to the Sustainable Development Goals in the State of Ceará

Lilia Maia de Moraes Sales*
Universidade de Fortaleza (UNIFOR)

Gabriela Vasconcelos Lima**
Universidade de Fortaleza (UNIFOR)

1. Introdução

O processo de globalização pelo qual o mundo passa desde o século XX acarretou profundas transformações na forma como os Estados se relacionam entre si, situação que pode ser observada empiricamente. Aspectos culturais, sociais e econômicos de determinado Estado passa a interferir em outros e na forma como eles se relacionam. Sendo assim, os países precisaram passar por uma mudança de paradigma, a partir da qual se precisou adotar uma visão voltada para o todo, para a situação global.

A Organização das Nações Unidas (ONU), com sede em Nova Iorque, Estados Unidos, desde 1947, exerce o papel de pensar em questões globais humanitárias, de forma a auxiliar no desenvolvimento social e econô-

* Bolsista de Produtividade em Pesquisa-CNPq, Pós-doutora pela Universidade de Columbia (Nova Iorque), doutora em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco, mestre e graduada em Direito pela Universidade Federal do Ceará. E-mail: lilia@unifor.br

** Doutoranda em Ciência Política da Universidade de Lisboa. Mestre em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza. Graduada em Direito pela Universidade de Fortaleza. E-mail: gvasconceloslima@gmail.com

mico de todos os Estados, a partir da compreensão deste relacionamento de interdependência entre os Estados, consequente da globalização. Nesse sentido, no ano 2000, líderes dos 193 Estados-membros da ONU, em conferência, se comprometeram em criar, planejar e implementar uma série de ações, a fim de erradicar a pobreza. Estas ações ficaram conhecidas à época como Objetivos de Desenvolvimento do Milênio e tinham prazo de conclusão para 2015. Nesta data, os avanços foram avaliados, e os Objetivos de Desenvolvimento do Milênio se tornaram os “Objetivos do Desenvolvimento Sustentável – ODS”, que se subdividiram em 17 objetivos.

Em paralelo, no ano de 1998, em Fortaleza, Ceará, Brasil, iniciou-se também uma série de ações para se implementar Núcleos de Mediação Comunitária, com o objetivo de promover a paz social e solucionar e prevenir conflitos sociais. As ações dos Núcleos foram planejadas e implementadas e percebe-se, empiricamente, que elas alcançavam resultados favoráveis na consecução dos Objetivos do Desenvolvimento Sustentável. Assim, a presente pesquisa questiona: estas ações, de fato, convergem em alguma medida com os Objetivos do Desenvolvimento Sustentável? Portanto, o presente artigo tem como **objetivo geral** verificar de que forma as ações de Mediação Comunitária podem contribuir na busca pelos ODS. Mais especificamente, **objetiva-se** compreender os próprios ODS, sua origem e motivação; para, então, estudar ações de Mediação Comunitária, a fim de entender como elas se inserem na realidade; por fim, traçar o papel da Mediação Comunitária na busca pelos ODS.

Para responder aos questionamentos da pesquisa, utilizou-se como metodologia estudo bibliográfico acerca dos conceitos e histórico Mediação Comunitária, bem como dos histórico dos ODS; e documental, a fim de verificar em que nível e de que forma as ações de Mediação Comunitária podem contribuir para a busca pelos ODS.

Para concretizar os resultados encontrados, dividiu-se o presente artigo em três tópicos distintos. O primeiro abordou as questões referentes aos Objetivos do Desenvolvimento Sustentável; o segundo, buscou explicar as ações de Mediação Comunitária e expor a experiência do Ceará; por fim, um terceiro tópico estabeleceu a correlação entre os ODS e a Mediação Comunitária em dois níveis: enquanto procedimento e enquanto política pública implementada pelo Estado.

Concluiu-se que a Mediação Comunitária demonstra importante potencial para transformação de cultura e empoderamento social para que os

indivíduos passem a buscar a solução de seus conflitos por meio de procedimentos dialogados. Sua adoção representa evolução em direção dos Objetivos traçados e almejados pelos Estados-membros da ONU, para que se possa transformar esta em uma realidade onde haja respeito universal aos direitos humanos, à dignidade humana e à igualdade

2. Objetivos do desenvolvimento sustentável

Em setembro do ano de 2000, líderes dos Estados-membros da Organização das Nações Unidas se reuniram na sede desta instituição, em Nova Iorque, para formar uma parceria com o compromisso de reduzir a pobreza extrema. Este compromisso se dividiu em uma série de objetivos mais específicos com um prazo para cumprimento: o ano de 2015. Intitulou-se este conjunto de metas de Objetivos de Desenvolvimento do Milênio (ODM).

Listou-se um total de 8 objetivos, dentre os quais identifica-se temas de saúde global, desenvolvimento sustentável e erradicação da pobreza. Os objetivos eram: acabar com a fome e a miséria; educação básica de qualidade para todos; igualdade entre sexos e valorização da mulher; reduzir a mortalidade infantil; melhorar a saúde das gestantes; combater a AIDS, a malária e outras doenças; qualidade de vida e respeito ao meio ambiente; todo mundo trabalhando pelo desenvolvimento.

Em 2002, iniciou-se o Projeto Milênio, que desenvolveu um plano de ação para a construção mundial em direção aos ODM. Um grupo de consultoria independente, chefiado pelo professor Jeffrey Sachs, da Universidade de Columbia (Nova Iorque, EUA), apresentou suas recomendações sobre o plano de ação a ser adotado, intitulado “Investir em Desenvolvimento: Um plano prático para Alcançar os Objetivos de Desenvolvimento do Milênio”.

Quinze anos após o compromisso em prol dos ODM, uma nova reunião entre os Estados-membros da ONU se realizou, com o objetivo de acompanhar o progresso alcançado nestes anos. Percebeu-se, assim, que ainda havia um longo caminho a ser galgado para que se pudesse atingir os Objetivos¹.

1 ONU, 2015



Objetivos de Desenvolvimento do Milênio
Fonte. ONU, 2000

Firmou-se, assim, um novo compromisso, tomando por base aquele já estabelecido com os ODM, o qual se intitulou “Objetivos do Desenvolvimento Sustentável”, com novo prazo de cumprimento até 2030. Um documento intitulado “Transformando Nosso Mundo: A Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável” foi elaborado, de forma a nortear as ações para estes Objetivos. O documento estabelece uma parceria colaborativa entre todas as partes interessadas com o grande objetivo de erradicar a pobreza.

Todos os países e todas as partes interessadas, atuando em parceria colaborativa, implementarão este plano. Estamos decididos a libertar a raça humana da tirania da pobreza e da penúria e a curar e proteger o nosso planeta. Estamos determinados a tomar as medidas ousadas e transformadoras que são urgentemente necessárias para direcionar o mundo para um caminho sustentável e resiliente. Ao embarcarmos nesta jornada coletiva, comprometemo-nos que ninguém seja deixado para trás².

Ao todo, traçou-se 17 Objetivos do Desenvolvimento Sustentável, que se subdividiram, ainda, em 169 metas a serem buscadas. O objetivo principal desta parceria transnacional, aceito por todos os países e aplicável a todos, consiste em “concretizar os direitos humanos de todos e alcançar a igualdade de gênero e o empoderamento de mulheres e meninas”³, considerando, naturalmente, as diferentes, capacidades e níveis de desenvolvimento de cada país individualmente, assim como, respeitando suas políticas internas e prioridades nacionais.

2 ONU, 2015, p. 1

3 ONU, 2015, p. 1



Figura 2. Objetivos do Desenvolvimento Sustentável (ODS)
Fonte. ONU, 2015

Os Objetivos são elencados em cinco áreas diferentes, consideradas, pelo documento, como sendo de importância crucial para a humanidade e para o planeta, quais sejam: pessoas, planeta, prosperidade, paz e parceria. Os 17 Objetivos são, conforme se vê na figura acima: erradicação da pobreza; fome zero; boa saúde e bem-estar; educação de qualidade; igualdade de gênero; água limpa e saneamento; energia acessível e limpa; emprego digno e crescimento econômico; indústria, inovação e infraestrutura; redução das desigualdades; cidades e comunidades sustentáveis; consumo e produção responsáveis; combate às alterações climáticas; vida debaixo d'água; vida sobre a terra; paz, justiça e instituições fortes; e, por fim, parcerias em prol das metas. Nesse sentido, a resolução entre os países é clara:

Nós resolvemos, entre agora e 2030, acabar com a pobreza e a fome em todos os lugares; combater as desigualdades dentro e entre os países; construir sociedades pacíficas, justas e inclusivas; proteger os direitos humanos e promover a igualdade de gênero e o empoderamento das mulheres e meninas; e assegurar a proteção duradoura do planeta e seus recursos naturais. Resolvemos também criar condições para um crescimento sustentável, inclusivo e economicamente sustentado, prosperidade compartilhada e trabalho decente para todos, tendo em conta os diferentes níveis de desenvolvimento e capacidades nacionais.⁴

⁴ ONU, 2015, p. 3

No Brasil, uma série de ações, de iniciativa do Estado, de Organizações Não Governamentais, Organizações Sociais e da própria sociedade civil organizada, foram propostas com o condão de fortalecer a parceria e a corrente que caminha em direção aos ODS. Algumas destas iniciativas, como é o caso da Mediação Comunitária, foram planejadas e implementadas de maneira independente dos Objetivos elencados pela ONU, mas, que por convergirem em propósito, acabam por fazer relevante trabalho no sentido de aproximar o mundo dos ODS.

O início da Mediação Comunitária no Brasil, e notadamente no estado do Ceará, se deu da forma acima descrita: sem a pretensão específica de atingir os ODS. No entanto, percebe-se sua aproximação com estes objetivos em, pelo menos, dois níveis, tanto em sua adoção enquanto política pública, quanto nos resultados do procedimento de mediação em si. É a partir desta percepção que se justifica a relevância da análise realizada neste artigo. Sendo assim, compreender os Objetivos do Desenvolvimento Sustentável foi o primeiro passo para compreender a importância do papel da Mediação Comunitária no caminho em busca destes Objetivos. No próximo tópico, então, expõe-se o histórico e os objetivos da Mediação Comunitária, da forma como foram delineados. Em seguida, parte-se para a análise mais detida sobre o papel da Mediação Comunitária na busca pelos ODS.

3. Mediação comunitária no Brasil

A mera observação da realidade permite perceber que o conflito se manifesta como um fator indissociável da convivência humana em sociedade. Sendo o conflito parte do cotidiano, os indivíduos, enquanto seres sociais, precisam negociar diariamente, sobre as mais diversas questões, tais como: de que forma dividir as tarefas domésticas; qual o volume ideal do rádio do vizinho; até que altura poderá chegar a árvore da rua sem que se apresente empecilho para os moradores; dentre tantos outros fatos que circundam a vida em comunidade. Os conflitos se mostram como fruto da diversidade de opiniões, ações e crenças que compõem a mescla social e possuem o condão de impulsionar transformações individuais e sociais e podem contribuir para o aprimoramento das relações e para o desenvolvimento coletivo.

Uma vez que se reconhece o conflito como parte integrante da existência humana, pode-se partir para a busca de mecanismos para preveni-lo, solucioná-lo de forma amigável ou coercitiva, ou ignorá-lo. Pode-se, então,

inferir a partir desta afirmação que o reconhecimento destes conflitos e sua administração adequada possuem o condão de contribuir para a construção coletiva da paz social.

Como exemplo de dados que embasam os fatos acima descritos, o Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), em parceria com a Estratégia Nacional de Justiça e Segurança Pública (ENASP), consolidaram os dados locais que demonstram o número de homicídios cometidos por impulso e motivo fútil. Nesta categoria, incluiu-se os homicídios cometidos pelos seguintes motivos: briga, briga familiar, ciúme, conflito agrário, conflito entre vizinhos, conflito no trânsito, desavença, desentendimentos, discussão, discussão entre vizinhos, embriaguez, homofobia, intolerância religiosa, motivo fútil, ódio, passional, pessoal, racismo, rixa, sentimento, vias de fato, vingança e violência doméstica ou familiar. Os dados encontrados foram os seguintes⁵:

ESTADO	PERCENTUAL DOS HOMICÍDIOS COMETIDOS POR MOTIVO FÚTIL OU IMPULSO
São Paulo	81,90%
Pernambuco	50,66%
Rio de Janeiro	26,85%
Mato Grosso do Sul	85,71%
Acre	100%
Bahia	25,32%
Santa Catarina	82,13%
Alagoas	35,19%
Amapá	64,20%
Pará	94,12%
Rio Grande do Sul	43,13%
Mato Grosso	53,28%
Espírito Santo	32,72%
Distrito Federal	23,73%
Paraná	23,33%
Goiás	53,90%

Fonte. CNMP, 2012

Tabela 1. Percentual de Homicídios Cometidos por Motivo Fútil ou Impulso por Estado Federativo

5 A pesquisa completa pode ser acessada por meio do endereço: <<http://www.cnmp.mp.br/portal/images/stories/Noticias/2012/Apresentao2.pdf>>. Acesso em: 13 mar 2017

A tabela acima reflete o quadro de dezesseis estados da Nação, que possuem expressiva parcela de seus homicídios motivados por conflitos que se mostram adequados ao procedimento da mediação. Em razão do formato do procedimento da Mediação de Conflitos, pode-se citar como conflitos adequados a ele aqueles que decorram de relacionamentos continuados (tais como, familiares, de vizinhança, de trabalho, etc.), sentimentos feridos e dificuldades de diálogo⁶.

De acordo com a Lei n. 13.140/15 (Lei da Mediação) considera-se mediação a atividade técnica exercida por terceiro imparcial sem poder decisório, que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia.

Define-se, ainda, Mediação de Conflitos como o procedimento pelo qual busca-se a solução de um conflito por meio do diálogo cooperativo, inclusivo e participativo, o qual conta com a atuação de um terceiro imparcial (mediador), capacitado com técnicas específicas para a condução deste procedimento, que objetiva de facilitar este diálogo e a construção coletiva da solução. A atuação do mediador é fundamental na medida em que este participa ativamente na conscientização de que o conflito se apresenta, não só, como fato natural à convivência em sociedade, mas sobretudo, como uma oportunidade de construção, crescimento e transformação positiva da comunidade, dos relacionamentos e dos laços construídos entre os indivíduos⁷.

Assim, entendendo que tantas vidas poderiam ser salvas e tantos conflitos poderiam ser evitados se fossem adequadamente tratados, deu-se início a um esforço para a difusão de mecanismos de resolução adequada e pacífica dos conflitos e que mitiguem a exclusão social. Criou-se, assim, no Ceará, os Núcleos de Mediação Comunitária⁸. A iniciativa se realizou com o objetivo de promover a paz social e solucionar e prevenir conflitos, com o mediador atuando na facilitação deste processo.

6 SALES, 2004.

7 Para um maior estudo sobre a mediação de conflitos, analisando princípios, objetivos, metodologias para gerir conflitos, processo e técnicas na mediação, ver: ALMEIDA, Tânia. Caixa de Ferramentas da Mediação – Aportes práticos e Teóricos; BRAGA, Adolfo e SAMPAIO, Lia. O que é Mediação de Conflitos; FISHER, Roger e URY, William. Como chegar ao Sim – como negociar acordos sem fazer concessões; FISHER, Roger e ERTEL, Danny. Getting Ready to Negotiate; FISHER, Roger e URY, William. Além da Razão - A Força da Emoção na Solução de Conflitos; SALES, Lília M.M. Mediar: um guia prático para Mediadores, BAZERMAN, Max e NEALE, Margaret. Negotiating Rationally.

8 No presente artigo, serão estudadas as experiências locais, no estado do Ceará, pela possibilidade de ampliação das percepções para nível global, de forma a que sejam atendidos os objetivos do estudo proposto.

A busca por formas de solução consensual de conflitos faz parte de um esforço nacional para ampliar a concepção do direito fundamental de acesso à justiça. As experiências apresentadas por outros países, tais como a Argentina, França, Estados Unidos, Espanha e Portugal, e outros estados brasileiros, como São Paulo, Minas Gerais, Santa Catarina e Rio Grande de Sul subsidiaram a implementação dos Núcleos a partir de seus resultados exitosos, não só pelo número de acordos alcançados, mas sobretudo pelos relatos de resgate do diálogo e de participação ativa dos indivíduos envolvidos na situação conflituosa⁹.

Os Núcleos de Mediação Comunitária (inicialmente chamados de “Casas de Mediação Comunitária”), quando da sua criação, visavam oferecer às comunidades periféricas um canal para o exercício da cidadania. O projeto representou uma oportunidade de aproximação das comunidades, uma vez que encontrou nos moradores locais e líderes comunitários os maiores interessados e, conseqüentemente, os parceiros ideais para sua concretização.

[a] mediação comunitária possui como objetivo desenvolver entre a população valores, conhecimentos, crenças, atitudes e comportamentos conducentes ao fortalecimento de uma cultura político-democrática e uma cultura de paz. Busca ainda enfatizar a relação entre os valores e as práticas democráticas e a convivência pacífica e contribuir para um melhor entendimento de respeito e tolerância e para um tratamento adequado daqueles problemas que, no âmbito da comunidade, perturbam a paz¹⁰.

O objetivo acima mencionado foi subdividido e detalhado em seis objetivos específicos para o projeto de Mediação Comunitária que ali surgia, quais sejam: oferecer à comunidade um instrumento de cidadania que venha garantir um atendimento rápido, gratuito e eficiente, por meio de seus próprios membros; contribuir para a boa administração dos conflitos e redução dos índices de violência por meio da mediação e da conciliação; incentivar a organização da sociedade civil por meio da participação ativa dos indivíduos na solução de conflitos e nas discussões sobre garantia de direitos; oferecer um espaço público de discussão, diálogo e escuta para a

9 SALES, 2004.

10 SALES, 2003, p. 135

comunidade; contribuir para a qualidade de vida, orientando a comunidade sobre os seus direitos e deveres, contribuindo para compreensão e efetivação da cidadania; incentivar a prática do serviço voluntário¹¹.

Em 2008, quatro Casas de Mediação Comunitária funcionavam em Fortaleza. Considerando a experiência exitosa deste projeto, o governador do Estado à época, Cid Ferreira Gomes, por meio da mensagem nº 6.971, à Assembleia Legislativa, transferiu a gestão das Casas de Mediação Comunitária para a Procuradoria Geral de Justiça do Estado do Ceará, contemplando o grande interesse da instituição na experiência com mediação de conflitos. Com a institucionalização do projeto, as Casas passaram a ser denominadas Núcleos de Mediação Comunitária.

No Ceará, atualmente, sob a gestão do Ministério Público Estadual, existem 10 (dez) Núcleos de Mediação: 5 (cinco) em Fortaleza; 5 (cinco) núcleos na região metropolitana (sendo 2 em Caucaia, Maracanaú Pacatuba) e 1 (um) no interior do Estado, na cidade de Sobral¹².

Os resultados apresentados pelos Núcleos de Mediação Comunitária no estado do Ceará demonstram êxito na iniciativa. Durante o ano de 2014, realizou-se uma média de 1.310 atendimentos, considerando todos os Núcleos. Este número representou pequena redução no número de atendimentos em comparação com o ano anterior (2013), no qual houve uma média de 1.631 atendimentos.

A unidade que apresentou menor número se manteve Sobral, porém com relevante aumento no número total de atendimentos. Em realizou 201 atendimentos, enquanto em 2014 houve 687. A unidade com maior número também se manteve a mesma, Pirambu, que apresentou 2.872 atendimentos em 2013, e 2.060 em 2014. No total, 14.884 atendimentos foram realizados, somando-se os 11 Núcleos do estado, enquanto em 2014, houve 14.409 atendimentos.¹³

Ao chegar até o Núcleo, os conflitos são categorizados, de acordo com sua natureza, em diferentes grupos, quais sejam: processos abertos, mediações realizadas, orientações psicossociais e jurídicas e encaminhamentos. Ao passo que o Núcleo passa a agir também como vetor de compartilhamento e multiplicação de informação, munindo a população com as ferramentas ne-

11 SALES, 2004.

12 MPCE, 2015.

13 MPCE, 2014; MPCE, 2015.

cessárias para solucionar seus conflitos, seja por meio da mediação de conflitos em si ou outros mecanismos privados, seja por outros procedimentos possíveis em diferentes órgãos, estas diferentes modalidades de atendimento fortalecem a expressão cidadã e democratizam o acesso à justiça.

Quanto às mediações efetivamente realizadas, de acordo com o relatório estatístico elaborado para o ano de 2013, estas obtiveram, em média, êxito de 83,59%. A unidade que apresentou menor número de acordos firmados foi a do Bom Jardim, com 69,08% de êxito dentre as 469 mediações realizadas. A unidade da Jurema foi a que apresentou maior número de acordos firmados, com 95,18% de êxito dentre as 436 mediações realizadas¹⁴. O êxito, conforme descrito neste parágrafo, é entendido pelos relatórios emitidos nos Núcleos como a conclusão da mediação com acordo firmado entre as partes.

Já no comparativo com o relatório referente ao ano de 2014, houve uma média de êxito de 83,53%, praticamente a mesma do ano anterior. Pode-se questionar a partir deste dado se ele apresenta uma consolidação no trabalho desempenhado pelos Núcleos de Mediação. O relatório referente ao ano de 2014 não apresenta os percentuais de êxito específicos de cada Núcleo.¹⁵

O Ministério Público do Estado do Ceará, por meio da criação dos núcleos de mediação, coloca à disposição da Sociedade um instrumento efetivo de acesso à Justiça, inclusão e pacificação sociais, comprovando a sua função constitucional de defensor da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

A nível nacional, Guindani e Ansari (2011) relatam o empenho do Governo Federal em difundir o Programa Justiça Comunitária como uma política nacional para democratização da justiça. Entre os anos de 2008 e 2011, foram investidos R\$19.424.124,45 na implantação e apoio a este Programa. Esta verba foi destinada à 64 Núcleos de Justiça Comunitária, espalhados em 15 estados da Nação. Dentre as ações idealizadas pelo Programa, valoriza-se a adoção da Mediação Comunitária como forma de realização da justiça pelos próprios envolvidos nos conflitos. Estas ações possuem como fim a geração de autonomia e o fortalecimento das redes locais, com uma lógica de empoderamento e emancipação.

14 MPCE, 2014.

15 MPCE, 2015.

O potencial da Mediação Comunitária decorre principalmente da sua característica como vetor de fortalecimento democrático, uma vez que incentiva a solução dos conflitos pelas próprias partes, de forma participativa e inclusiva. Dessa forma, ao participar do procedimento de mediação e a solucionar seus conflitos de forma colaborativa, as partes se conscientizam sobre o seu lugar na comunidade, o que, conseqüentemente transforma a maneira como estas se portam frente ao grupo. Esta mudança tende a se originar da consciência de seu potencial enquanto agente transformador de realidades e da sua capacidade de contribuir na solução de problemas da coletividade.

Os resultados estatísticos podem ser aferidos pelos relatórios emitidos. No entanto, o potencial de transformação de realidades da Mediação Comunitária é percebido de forma muito mais contundente na fala dos envolvidos, como Fernanda, de 22 anos, que relata: “A mediação ajudou muito, porque eu tinha raiva e agora não tenho mais. Aprendi a perdoar e quero que ela seja feliz”. Josivam, de 58 anos, também demonstrou satisfação e transformação pessoal a partir do processo, afirmando: “Mediação é abrandar a alma. Aqui a gente observa os erros e eles acabam servindo para o acerto”¹⁶.

O Ministério Público cita como contribuições direta da mediação para a comunidade: o reforço à cultura de paz, por meio do estímulo ao diálogo e da solução pacífica dos conflitos; o reforço à democracia direta, por meio da participação cidadã em temas que envolvam interesses coletivos e o monitoramento do poder público; a aproximação entre o discurso do direito e a realidade da comunidade, respeitando as diferenças e fazendo destas um potencial de crescimento; o estímulo ao surgimento de novos paradigmas no tratamento de diferenças, produzindo transformações culturais em âmbito coletivo e individual; a atuação de maneira interdisciplinar e autônoma; o desenvolvimento uma ação preventiva de conflitos; o incentivo ao trabalho voluntário, como atividade não remunerada, prestada por pessoa física, cuja missão é contribuir para ajudar aos cidadãos a resolverem problemas pessoais ou sociais e a melhorar a qualidade de vida da comunidade; e, por fim, a celeridade e privacidade no processo¹⁷.

16 SALES; SARAIVA, 2013, p. 31

17 MPCE, 2017, *online*

As experiências realizadas no estado do Ceará e no País em Mediação Comunitária, além das potencialidades percebidas nas diretrizes que orientam estas iniciativas demonstram clara afinidade entre estas e o caminho traçado para que se possa alcançar os Objetivos do Desenvolvimento Sustentável elencados pela Organização das Nações Unidas. No próximo tópico, portanto, pretende-se demonstrar de que forma estas iniciativas locais agem e possuem o potencial de atingir objetivos globais.

4. O papel da mediação comunitária na busca pelos objetivos do desenvolvimento sustentável

A adoção de ações em Mediação Comunitária se mostra relevante na busca pelos Objetivos do Desenvolvimento Sustentável em dois níveis: enquanto política pública engendrada pelo Estado e, mais ainda, enquanto procedimento *per si*, pelos resultados que pode alcançar junto às partes envolvidas. Há, nesse sentido, progresso em todas as áreas nas quais se elencam Objetivos, quais sejam: pessoas, planeta, prosperidade, paz e parceria.

Este tópico possui o condão de analisar de forma a adoção de práticas de Mediação Comunitária, enquanto procedimento e enquanto política pública, pode colaborar na evolução global em direção a cada um destes grupos de Objetivos.

Faz-se relevante notar, contudo, que a adoção de práticas em Mediação Comunitária, não obstante sua importância, são apenas uma dentre tantas ações que foram planejadas e que são fundamentais para que se alcance os ODS. A evolução em direção a estes Objetivos só é possível se houver uma real parceria entre os Estados, em todas as suas dimensões, que ajam localmente em prol destes Objetivos globais.

Dentre as áreas nas quais se dividiu os Objetivos, a Mediação Comunitária, enquanto procedimento, colabora de forma mais translúcida na busca pelos elencados dentre os Objetivos de Paz, uma vez que a solução dos conflitos é o fim primordial deste procedimento.

No tocante aos objetivos referentes às Pessoas, a Agenda 2030 dispõe que: “Estamos determinados a acabar com a pobreza e a fome, em todas as suas formas e dimensões, e garantir que todos os seres humanos possam realizar o seu potencial em dignidade e igualdade, em um ambiente saudável”¹⁸.

18 ONU, 2015, p. 2.

Enquanto procedimento, a Mediação Comunitária age de forma a empoderar as partes eventualmente envolvidas em conflito, no sentido de mitigar situações de desigualdade e de criar um ambiente saudável para o cultivo de relacionamentos interpessoais pacíficos e duradouros, que possuam como base o diálogo.

Este empoderamento decorre da característica inerente à mediação de incentivar o diálogo para que as partes encontrem, em colaboração, uma solução viável para seus próprios problemas¹⁹. O papel do mediador se mostra fundamental neste processo na medida em que este facilita o diálogo, a partir de técnicas e habilidades desenvolvidas especificamente para este fim.

Francisca, de 40 anos, fala sobre a importância do diálogo entre as pessoas de uma comunidade e diz “se as pessoas buscassem proteger os seus direitos desde o primeiro momento em espaços como este [Núcleo de Mediação na Delegacia], isto ajudaria a prevenir os grandes crimes. Isto faria as pessoas perceberem que podem, sim, resolver os seus problemas e que não precisam ficar desacreditadas e com medo do que pode acontecer”²⁰.

Esta faceta do procedimento de mediação foi comprovada em pesquisa na qual se implementou um núcleo de mediação em delegacia, no estado do Ceará, no qual se atendeu os mesmos tipos de conflitos que se pode atender em um Núcleo de Mediação Comunitária. Percebeu-se que o processo de mediação inclui e valoriza a fala dos indivíduos, “chamando-os a expressarem suas próprias compreensões, valores e necessidades sobre o conflito vivido”²¹.

O empoderamento do qual se trata consiste no “processo por meio do qual as pessoas saem de uma concepção meramente receptiva e reativa diante de sua realidade, passando a buscar a evolução, a superação e o fortalecimento perante os desafios impostos”²². A comunidade percebe, assim, que seus conflitos e problemas podem ser solucionados por meios outros que não a busca ao Poder Público, seja pela mediação, seja por ações organizadas pela própria. O coletivo se fortalece, dessa forma, a partir do fortalecimento individual, o que possui como consequência lógica

19 LIMA, 2016.

20 SALES; SARAIVA, 2013, p. 32

21 SALES; SARAIVA, 2013, p. 30

22 SALES; SARAIVA, 2013, p. 30

uma maior apropriação do espaço físico da comunidade. O senso de pertencimento decorrente do fortalecimento dos laços entre os indivíduos que compartilham esse espaço comum impacta na forma como a comunidade interage com a cidade, garantindo reflexo nos ODS referentes ao Planeta.

Quanto aos Objetivos referentes à Prosperidade, a Agenda 2030, dispõe que os Estados-Membros estão “determinados a assegurar que todos os seres humanos possam desfrutar de uma vida próspera e de plena realização pessoal, e que o progresso econômico, social e tecnológico ocorra em harmonia com a natureza”²³. Nesse sentido, o fortalecimento dos laços entre os indivíduos garante progresso nas relações pessoais e sociais e colabora de forma definitiva na evolução em prosperidade social.

O procedimento de Mediação se realiza por meio do diálogo e da busca por uma postura colaborativa daqueles envolvidos no conflito, de forma a buscar em conjunto uma solução que seja satisfatória e exequível. Esta característica fortalece o relacionamento interpessoal dos envolvidos e, assim, pode-se estabelecer parcerias duradouras entre membros da mesma comunidade.

Sérgio, de 35 anos, parte em alguns conflitos mediados em Núcleo de Mediação, corrobora com este entendimento. Ele relatou que a partir de sua iniciativa de buscar o Núcleo e convidar uma vizinha com quem havia tido um desentendimento para uma sessão de Mediação, ela se abriu ao diálogo e eles solucionaram o conflito juntos, fortalecendo os laços comunitários²⁴.

Quanto à adoção da Mediação Comunitária como política pública engendrada pelo Estado, ela se mostra igualmente importante na busca pelos ODS. Apresenta-se evolução na área dos Objetivos que contemplam a Parceria na medida em que os Núcleos de Mediação Comunitária recebem e capacitam membros e líderes comunitários para atuarem como mediadores. Esta atuação consolida parceria entre Estado e sociedade civil com o objetivo de trabalharem juntos pela paz social.

Ao mesmo tempo, essa capacitação demonstra a valorização das pessoas da comunidade, e a crença em suas potencialidades, além de desenvolver a liderança destes membros da sociedade e de estabelecê-los como referenciais frente aos demais. Evidencia-se, dessa forma, trabalho para a

23 ONU, 2015, p. 2

24 SALES; SARAIVA, 2013, p. 32

evolução nos Objetivos que se referem tanto às Pessoas quanto à Prosperidade, uma vez que se confere um papel social claro àqueles que atuam como mediadores, acarretando em uma possível realização pessoal e progresso social.

Por fim, quanto aos Objetivos referentes à Paz, os Núcleos de Mediação Comunitária, enquanto política pública, se apresentam como uma demonstração translúcida da preocupação do Estado em garantir uma solução negociada e definitiva para os conflitos que afligem a população.

A partir dos dados apresentados, acredita-se que a Mediação Comunitária representa forte potencial mudança de cultura e empoderamento social para que os indivíduos passem a buscar a solução de seus conflitos por meio de procedimentos dialogados. Sua adoção pode contribuir para uma evolução em direção dos Objetivos traçados e almejados pelos Estados-membros da ONU, para que se possa transformar esta realidade em uma realidade onde haja respeito universal aos direitos humanos, à dignidade humana e à igualdade.

5. Conclusão

Pode-se perceber empiricamente que, ao longo do século XX, a forma como os Estados se relacionam foi transformada a partir da globalização. Necessitou-se adotar uma postura mais colaborativa, a fim de que todos os países apresentem evolução em questões sociais, econômicas e culturais, não só por uma questão humanitária, mas também pela interdependência transnacional destas questões. A partir desta percepção, adotou-se os Objetivos do Desenvolvimento Sustentável, que possuem o condão de erradicar a pobreza por meio de diversas ações.

Percebeu-se, assim que a Mediação Comunitária poderia representar papel importante na busca destes Objetivos. Portanto, objetivou-se com este artigo verificar em que nível e de que forma as ações de Mediação Comunitária podem contribuir para a busca pelos ODS. Mais especificamente, objetivou-se compreender os Objetivos do Desenvolvimento Sustentável, sua origem e motivação; estudar as ações de Mediação Comunitária, a fim de entender como elas se inserem na realidade; por fim, traçar o papel da Mediação Comunitária na busca pelos ODS.

Para concretizar os resultados encontrados, dividiu-se o presente artigo em três tópicos distintos. O primeiro abordou as questões referentes aos

Objetivos do Desenvolvimento Sustentável; o segundo, buscou explicar as ações de Mediação Comunitária e expor a experiência do Ceará; por fim, um terceiro tópico estabeleceu a correlação entre os ODS e a Mediação Comunitária em dois níveis: enquanto procedimento e enquanto política pública implementada pelo Estado.

Concluiu-se que o início da Mediação Comunitária se deu da forma acima descrita: sem a pretensão específica de atingir os ODS. No entanto, percebeu-se sua aproximação com estes objetivos em dois níveis, tanto em sua adoção enquanto política pública, quanto nos resultados do procedimento de mediação em si. As experiências realizadas no estado do Ceará e no País em Mediação Comunitária, além das potencialidades percebidas nas diretrizes que orientam estas iniciativas demonstram clara afinidade entre estas e o caminho traçado para que se possa alcançar os Objetivos do Desenvolvimento Sustentável elencados pela Organização das Nações Unidas.

Concluiu-se, por fim, que nas cinco grandes áreas nas quais se dividem os ODS, quais sejam: Pessoas, Planeta, Paz, Prosperidade e Parceria, as ações em Mediação Comunitária poderiam ser relevantes a fim de fomentar a busca por estes Objetivos. Relacionou-se tanto o procedimento de Mediação de Conflitos Comunitários per si, como também a adoção da Mediação Comunitária enquanto política pública engendrada pelo Estado.

Percebeu-se, portanto, que a Mediação Comunitária representa potencial significativo de mudança de cultura e empoderamento social para que os indivíduos passem a buscar a solução de seus conflitos por meio de procedimentos dialogados. Sua adoção pode contribuir para uma evolução em direção dos Objetivos traçados e almejados pelos Estados-membros da ONU, para que se possa transformar esta realidade em uma realidade onde haja respeito universal aos direitos humanos, à dignidade humana e à igualdade.

Referências

- ALMEIDA, Tânia. *Caixa de Ferramentas em Mediação: aportes práticos e teóricos*. São Paulo: Editora Dash, 2013.
- BRAGA NETO, Adolfo; SAMPAIO, Lia Regina Castaldi. *O que é Mediação de Conflitos*. Coleção Primeiros Passos: 325. São Paulo: Brasiliense, 2007.

- CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO; ESTRATÉGIA NACIONAL DE JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA. *Conte até 10: Motivação dos Crimes de Homicídio*. Brasília: Cnmp, 2012. Disponível em: <<http://www.cnmp.mp.br/portal/images/stories/Noticias/2012/Apresentao2.pdf>>. Acesso em: 13 mar. 2017.
- FISHER, Roger; ERTEL, Danny. *Getting ready to Negotiate*. New York: Penguin Books, 1995. 208 p.
- FISHER, Roger; SHAPIRO, Daniel. *Além da razão: a força da emoção na solução de conflitos*. Rio de Janeiro: Imago, 2005. 240 p.
- FISHER, Roger; URY, William; PATTON, Bruce. *Como chegar ao Sim – a negociação de acordos sem concessões*. Trad. Vera Ribeiro e Ana Luiza Borges. 2. ed. revisada e ampliada, Rio de Janeiro: Imago, 2005.
- LIMA, Gabriela Vasconcelos. *Adoção de Soluções em Online Dispute Resolution como Política Pública para o Poder Judiciário: Um panorama da situação brasileira*. 2016. 130 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito Constitucional, Universidade de Fortaleza, Fortaleza, 2016. Disponível em: < <http://uolp.unifor.br/oul/balance.jsp?ObraBdtSiteTrazer.do?-method=trazer&obraCodigo=99805&programaCodigo=84&ns=true>> Acesso em: 15 mar 2017
- Ministério Público do Estado do Ceará. *Núcleos de Mediação*. Disponível em: <<http://www.mpce.mp.br/institucional/nucleos-de-apoio/programa-dos-nucleos-de-mediacao/nucleos-de-mediacao/>>. Acesso em: 12 mar. 2017.
- MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO CEARÁ. . **Relatório Estatístico 2014**. Fortaleza: Mpce, 2015. Disponível em: <<http://www.mpce.mp.br/wp-content/uploads/2015/12/Relatório-Estat%C3%ADstico-2014-Núcleos-de-Mediação.pdf>>. Acesso em: 04 dez. 2018.
- MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO CEARÁ. *Relatório Estatístico 2013*. Fortaleza: Mpce, 2014. Disponível em: < <http://www.mpce.mp.br/wp-content/uploads/2015/12/Relatório-Estat%C3%ADstico-2013-Núcleos-de-Mediação.pdf>>. Acesso em: 04 dez. 2018.
- Organização das Nações Unidas. *Transformando Nosso Mundo: A Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável*. Nova York: Onu, 2015. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2015/10/agenda2030-pt-br.pdf>>. Acesso em: 14 mar. 2017.
- SALES, Lília Maia de Moraes. *Justiça e Mediação de Conflitos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

- _____, Lilia Maia de Moraes; SARAIVA, Vita Caroline Mota. A Mediação de Conflitos e a Segurança Pública: O relato de uma experiência. *Novos Estudos Jurídicos*, Florianópolis, v. 18, n. 1, p.23-35, jan. 2013. Disponível em: <<http://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/4481/2474>>. Acesso em: 15 mar. 2017.
- _____, Lilia Maia de Moraes. *Mediare: Um guia prático para mediadores*. Fortaleza: Expressão, 2004.

Recebido em 10 de novembro de 2017.

Aprovado em 11 de novembro de 2018.

A efetividade do Acordo de Paris por meio da educação ambiental

The Effectiveness of the Paris Agreement through Environmental Education

Luciane Martins de Araújo*
Pontifícia Universidade Católica de Goiás, Goiânia-GO, Brasil.

Miguel dos Reis Cordeiro Neto**
Universidade Federal de Goiás, Goiânia-GO, Brasil.

Elida Séguin***
Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro- RJ, Brasil.

1. Introdução

O aumento da temperatura nos últimos 150 anos é indicativo que algo acontece no nosso planeta. Diversos indícios comprovam que não é a primeira vez que nosso habitat sofre variações climáticas, com graves repercussões à sobrevivência humana. Agora, munidos com nossos ainda limitados conhecimentos, como David lutando contra Golias, buscamos entender as causas desse fenômeno e como minimizar suas consequências.

*Doutora em Ciências Ambientais pela Universidade federal de Goiás (2009). Mestre em Direito Agrário pela Universidade Federal de Goiás (2005). Graduada em direito pela Universidade Federal de Goiás (1989). Professora de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Goiás e do Programa de Mestrado em Direito, Relações Internacionais e Desenvolvimento. E-mail: lucianemaraujo@gmail.com.

**Mestrando em Ensino na Saúde pela Universidade federal de Goiás. Graduado em Psicologia pela Pontifícia Universidade Católica de Goiás (1994). Psicólogo. E-mail: reiscordeirom@yahoo.com.br.

***Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro. Professora Adjunta da UFRJ (aposentada), Rio de Janeiro/RJ, Brasil. Doutora em Direito Público pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (1989). Mestre em direito Público pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (1979). Graduada em direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (1974). E-mail: elidaseguin@gmail.com.

As denominações para esse fenômeno, ao longo de décadas até milhões de anos, em escala global ou regional, são variadas: mudança do clima, mudança climática ou alteração climática, mas sempre abordando variações de temperatura, precipitação de chuvas, nebulosidade e outros fenômenos climáticos, cotejados com as médias históricas, que modificam características climáticas alterando sua classificação didática.¹ Estas alterações podem ser causadas por processos internos ao sistema Terra-atmosfera, por forças externas (como, por exemplo, variações na atividade solar) ou, mais recentemente, pelo resultado da atividade humana².

Os seres humanos, no afã de atingirem um desenvolvimento tecnológico, passam a exercer atividades que produzem gases do efeito estufa que dificultam ou impedem a dispersão para o espaço da radiação solar que é refletida pela Terra e sua origem se dá, em grande parte, em função das atividades humanas, principalmente pela queima de combustíveis fósseis³, não excedam suas quantidades atribuídas,

O tema mudanças climáticas tornou-se recorrente na maior parte dos segmentos da sociedade, mesmo que desacompanhado de comportamentos efetivos. Atualmente, ele não se restringe aos documentos científicos, mas encontra-se na pauta de reivindicações da população, que começa a sentir seus efeitos⁴ que tem cobrado a necessidade de mecanismos que enfrentem o novo desafio.

Essas alterações possuem desdobramentos em tragédias posto não estarem restritas à mudança do clima, mas tem esse fator como agravador desses eventos extremos. Ulrich Beck⁵ lembra que os danos causados ao meio ambiente são riscos da modernidade, são universais ao mesmo tempo em que apresentam efeitos também localmente. Esses riscos são também incalculáveis e imprevisíveis.

1 Os tipos de classificação para as regiões climáticas são: Classificação do clima de Köppen, Classificação do clima de Thornthwaite e Classificação do clima de Martonne. NOBRE; REID; VEIGA, 2012.

2 NOBRE; REID; VEIGA, 2012, p. 8.

3 Os gases do efeito estufa dificultam ou impedem a dispersão para o espaço da radiação solar que é refletida pela Terra e sua origem se dá, em grande parte, em função das atividades humanas, principalmente pela queima de combustíveis fósseis. Seus principais representantes são: Dióxido de Carbono - CO₂, - Gás Metano - CH₄, Óxido Nitroso - N₂O; e óxido nítrico (NO).

4 Atribui-se às mudanças climáticas a série de calamidades ambientais que grassam pelo planeta. Neste sentido, ver SÉGUIN, 2013, p. 207 a 230.

5 BECK, 2002, p. 34.

Acresce que, como sabido, os problemas ambientais não são contidos pelas fronteiras políticas, assim a tomada de decisão e mudança de comportamento devem envolver a todos visando conter ou mitigar efeitos, impondo uma mudança de postura e de comportamento no nível global. Finda o conceito de se preocupar apenas com o seu “quintal”. O Planeta Terra é um sistema fechado, onde o que ocorre num lado do mundo pode repercutir no outro. Ulrich Beck⁶ ressalta que esses problemas somente podem ser resolvidos por meio de discussões e acordos internacionais, caminho que exige reuniões e pactos que ultrapassam as alianças militares.

Nesse contexto, desde a Conferência da ONU sobre Meio Ambiente Humano, realizada em Estocolmo, há uma preocupação ambiental⁷ em nível internacional, que envolve também aspectos climáticos. Esse fato ganhou destaque com na Conferência das Nações Unidas, conhecida como Rio 92, onde foi aprovada a Convenção Quadro das Nações Unidas sobre Mudanças Climáticas. Os países que ratificaram essa Convenção são denominados “partes” e o grupo se reúne periodicamente nas Conferências das Partes (COP). Dentre as COPs realizadas⁸, merece destaque a COP 3, realizada em Kyoto, onde foi aprovado o “Protocolo de Kyoto” que, apesar de tratar de mecanismos para conter as emissões de gases de efeito estufa, encerrou seu primeiro período de vigência em 2012, sem resultados concretos pela falta de comprometimento dos países, tornando duvidosa sua efetividade.

A 21ª Conferência do Clima (COP 21), realizada em dezembro de 2015, em Paris, buscou um novo acordo para diminuir a emissão de gases de efeito estufa, na tentativa de reduzir os efeitos das mudanças climáticas,

6 BECK, 2001, pp. 54-66.

7 Os ambientalistas inicialmente foram conhecidos como ecoxiitas e eco-chatos. Dizemos que agora somos cri.cri.com: criativos (para enfrentar os novos problemas e buscar soluções), criteriosos (agindo sempre com ética) e competentes (para encontrar soluções).

8 A primeira Conferência (COP-1), foi realizada em 1995, em Berlim na Alemanha e se seguiram a COP-2 em 1996, em Genebra, Suíça; COP-3, em 1997, em Kyoto, Japão; COP-4, em 1998, em Buenos Aires, Argentina; COP-5, em 1999, em Bonn, na Alemanha; COP-6, em 2000, em Haia, na Holanda, COP-7, em 2001, em Marrakech, Marrocos; COP-8 em 2002, Nova Déli, Índia; COP-9, em 2002, em Nova Déli, Índia; COP-10, em 2004, em Buenos Aires, Argentina; COP-11, em 2005, em Montreal, Canadá; COP-12, em 2006, em Nairóbi, Quênia; a COP-13, em 2007, em Bali, Indonésia; COP-14, em 2008, em Poznan, na Polônia; COP-15, em 2009, Copenhague, Dinamarca; COP-16, em 2010, em Cancun, México; COP-17, em 2011, em Durban, África do Sul; COP-18 em 2012, em Doha, Qatar; COP-19, em 2013, em Varsóvia, Polônia; COP-20, em 2014, em Lima, Peru, COP-21, em 2015, em Paris, França, COP-22, em 2016, em Marrakech, Marrocos, COP-23, em 2017, em Bonn, Alemanha, COP-24, em 2018, em Katowice, Polônia.

para conter o aumento da temperatura média global abaixo de 2°C e perseguir esforços visando limitar a até 1,5°C até 2100.⁹

Os cientistas alertam que apenas cumprir o prometido¹⁰ na COP-21 é insuficiente posto que o aquecimento pode superar 3°C, demonstrando a necessidade de agir com rapidez para evitar uma catástrofe climática.¹¹ Isso impõe a efetividade do Acordo firmado, ou seja, evitar a elevação da temperatura global em nível superior à 1,5°C.

Nesse sentido, é mister que as diretrizes sejam efetivamente adotadas pelos países tornando realidade o Acordo de Paris, saindo do papel e evitando assim, um novo fracasso como aconteceu com o Protocolo de Kyoto¹².

Esse trabalho, sem a pretensão de esgotar o tema, faz uma análise das questões climáticas, os principais documentos internacionais, com foco no “Acordo de Paris”, buscando mecanismos para torná-lo efetivo.

2. Histórico das mudanças climáticas em nível internacional

A análise da construção dos documentos internacionais sobre mudanças climáticas deixa de ser um diletantismo de “ecoxiitas” para se tornar tema central da preocupação ambiental que começa a acontecer em diversos países, desde a primeira Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente Humano, em Estocolmo, Suécia, realizada em junho de 1972. Essa conferência, posteriormente, deu origem ao Relatório Nosso Futuro Comum, da Organização das Nações Unidas, publicado em 1987, que delineou a preocupação com o “desenvolvimento sustentável”. Para que ele seja possível, deve haver o suprimento das necessidades atuais, sem comprometer que a as futuras gerações possam também suprir suas próprias necessidades¹³.

9 INTERGOVERNMENTAL PANEL ON CLIMATE CHANGE, 2018.

10 Antes da realização da COP-21, as partes apresentaram suas Contribuições Nacionalmente Determinadas Pretendidas (*Intended Nationally Determined Contributions – INDC*), onde estabeleceram quais as ações serão desenvolvidas por cada país para conter as emissões de gases de efeito estufa. Com os depósitos dos instrumentos de ratificação pelos países signatários do acordo, as contribuições deixam de ser “pretendidas” (*intended*), permanecendo, portanto, a sigla em inglês (NDC).

11 ROGELJ *et al*, 2016, pp. 631-639.

12 Vale lembrar que muito do fracasso do Protocolo de Kyoto se deve justamente por não ter o então presidente eleito George W. Bush, que assumiu a presidência daquele país em 2001, ratificado esse documento por entender prejudicial à economia dos EUA.

13 ARAUJO, 2008, p. 29.

Expressão “desenvolvimento sustentável”, altamente polêmica¹⁴ e também bastante utilizada, muita das vezes desvirtuando seu real significado, encerra em si uma preocupação intergeracional e um olhar que envolve, entre outras coisas, educação ambiental, solidariedade e cooperação entre os povos para promoção do suprimento das necessidades de todos inclusive os das futuras gerações, na certeza que somos todos passageiros do mesmo barco e que as fronteiras políticas não existem para os fenômenos naturais.

O sistemático alerta sobre as mudanças climáticas desde a década de 1970, cujas evidências foram confirmadas pelos cientistas, levou à criação, em 1988, pela Organização Meteorológica Mundial (OMM) e pelo Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente (PNUMA), do Painel Intergovernamental de Mudanças Climáticas (*Intergovernmental Panel on Climate Change – IPCC*), cuja missão é “avaliar a informação científica, técnica e socioeconômica relevante para entender os riscos induzidos pela mudança climática na população humana”.¹⁵

Pode-se afirmar que, se o aquecimento global observado no último século for basicamente explicado por processos naturais (por exemplo, associados à atividade solar, redução das emissões de aerossóis vulcânicos ou ciclos climáticos devido à interação entre oceano e atmosfera), as atividades humanas estão ajudando a acelerar este processo, e as consequências esperadas para as próximas centenas ou milhares de anos, devido a este processo, deve ser sentidas nas próximas décadas com maior intensidade.¹⁶

Esses constantes alertas científicos levaram à aprovação de diversos instrumentos internacionais, com foco na solução para o problema das mudanças climáticas, bem como na promoção do desenvolvimento sustentável. O primeiro e principal documento, denominado Convenção Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima (*United Nations Framework Convention on Climate Change - UNFCCC*), foi concebido em Nova York, em 1992, e se tornou conhecido durante a Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, de 1992, realizada no Rio de

14 Discute-se se existiria realmente o desenvolvimento sustentável ou se deveríamos nos contentar com um desenvolvimento sustentado, que é aquele que busca igualar a balança onde o que polui deve pagar por aqueles que zelam do meio ambiente. ARAÚJO; SEGUIN, 2012. p. 391-420.

15 MARENGO; DIAS, 2015. p. 70.

16 MARENGO; DIAS 2015, p. 67.

Janeiro, vinte anos após Estocolmo. Teve como diretriz estabelecer metas para redução de emissão de gases do efeito estufa. Vale ressaltar que o Brasil foi o primeiro país a assinar a Convenção, que somente começou a vigorar em 29 de maio de 1994, 90 (noventa) dias após a data de depósito do 50º instrumento de ratificação.¹⁷

Há que se destacar a importância dos mecanismos jurídicos como regras e princípios, dentro da racionalidade jurídica para atuar nas demandas da sociedade que produz riscos, sobretudo os ambientais.¹⁸ De forma vergonhosa, no entanto, deve-se reconhecer que o Brasil, um dos primeiros a assinar o acordo e também a editar leis e políticas públicas voltadas para essas metas, ainda não adotou medidas efetivas, tais como fazer cessar as queimadas na Floresta Amazônica, preservar os terrenos marginais da rede fluvial, reduzir a produção de resíduos sólidos, universalizar e integralizar o acesso ao saneamento básico, implementar políticas de baixo carbono, entre outras.

O UNFCCC explicitou, em seu preâmbulo, a preocupação de que as atividades humanas estão aumentando substancialmente as concentrações atmosféricas de gases de efeito estufa. Com que esse aumento, há uma intensificação do efeito estufa natural, provocando assim, o aquecimento adicional da superfície e da atmosfera do planeta o que afeta os ecossistemas naturais e a própria humanidade. Destaca a necessidade de maior cooperação entre os países, em respeito às responsabilidades comuns, mas diferenciadas e ainda, o Princípio da Soberania dos Estados na Cooperação Internacional para enfrentar a mudança do clima.¹⁹

As medidas adotadas devem buscar, como objeto, a estabilização das concentrações de gases de efeitos estufa na atmosfera, em nível que impeça uma interferência antrópica perigosa no sistema climático (art. 2º). A Convenção destaca a necessidade de promover o desenvolvimento sustentável, a preocupação com as responsabilidades comuns, porém diferenciadas, na razão direta da capacidade de cada uma das partes, cabendo aos países desenvolvidos tomar a iniciativa, levando em consideração as necessidades e circunstâncias especiais dos países em desenvolvimento (art. 3º). Esta-

17 MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE. 1992.

18 WEYERMÜLLER; ROCHA, 2015, p. 923.

19 MINISTÉRIO DA CIÊNCIA E TECNOLOGIA. 1992.

beleceu, ainda, o princípio da precaução,²⁰ haja vista que as mudanças climáticas são uma verdadeira “caixa de Pandora”.²¹

Há também o reforço sobre a necessidade de implementação de instrumentos que densifiquem os princípios nela delineados, destacando a preocupação em “promover e cooperar para o desenvolvimento, aplicação e difusão, inclusive transferência, de tecnologias, práticas e processos que controlem, reduzam ou previnam as emissões antrópicas de gases de efeito estufa”,²² bem como cooperar nos preparativos para a adaptação aos impactos da mudança do clima, promover e cooperar em pesquisas científicas, tecnológicas, técnicas e também visando o intercâmbio pleno, aberto e imediato de informações científicas, tecnológicas, técnicas, socioeconômicas e jurídicas relativas ao sistema climático e à mudança do clima. Nota-se a grande ênfase dada à necessidade de cooperação entre os países, das mais diversas formas.

Destaque-se ainda, que esse documento, ao tratar sobre a cooperação, estabelece também a necessidade de promover a educação e o treinamento, bem como a conscientização pública em relação à mudança do clima, a fim de propiciar a ampla participação de todos em favor da questão climática. Esta medida raia o óbvio, posto que se novos valores e comportamentos não forem introjetados na população nada mudará. Não se reduz as emissões por acordos ou por lei, mas por atitudes e comportamentos.

Nesse mesmo sentido, o texto ressalta a importância da elaboração e a execução de programas educacionais de conscientização pública sobre as mudanças climáticas, o acesso público a essas informações, a participação pública nesse processo, bem como a necessidade de elaboração de materiais e programas educacionais e de treinamento envolvendo em nível local, internacional e também visando a cooperação das partes (art. 6º).

Diretrizes devem ser observadas para implementação da redução dos gases de efeito estufa (art. 7º), sendo imprescindível a realização regular de Conferência das Partes para examinar a densificação das medidas em comento.

20 Assevera Séguin que o *caput* do art. 225 da CF e o art. 2º da Lei nº 6.938/1981 agasalham este princípio, consubstanciado no adágio popular que “é melhor previr do que remediar, priorizando as medidas preventivas. Os danos ecológicos podem ser irreparáveis, como a morte do último ser de uma espécie. Só se pode prevenir se o acesso à informação for garantido, exsurgindo a Educação Ambiental como instrumento de conscientização”. SÉGUIN, 2006.

21 Caixa de Pandora refere-se a um mito grego onde se encontram todos os males do mundo.

22 Art. 4º, UNFCCC.

Entre 1995 até 2018, foram realizadas 24 Conferências das Partes (COPs), sendo a primeira em Berlim, na Alemanha, e a última em Katowice, Polônia (2018). Merece ênfase ainda, a COP-3, em 1997, em Kyoto no Japão, onde foi firmado o Protocolo de Kyoto. Com relação a esse protocolo, abaixo se destacará seus principais instrumentos e os motivos pelos quais ele acabou perdendo força, encerrando seu primeiro período (2012), sem ter conseguido atingir seus objetivos.

2.1 Protocolo de Kyoto: pretensões e frustrações

Na 3ª Conferência das Partes (COP-3), em 1997, realizada em Kyoto, foi aprovado o protocolo que recebeu, como de praxe,²³ o nome da cidade onde a conferência foi realizada. O Protocolo de Kyoto, aprovado por 192 países e, posteriormente, assinado por outros 83, entrou em vigor em 15 de fevereiro de 2005, 90 dias após a ratificação de 55% do total dos países membros da Convenção e responsáveis por, pelo menos 55% do total de emissões de gases de efeito estufa²⁴, tendo como base de emissões, o ano de 1990.²⁵

O primeiro período de vigência do protocolo foi entre 2005 a 2012. A partir de 2013, o referido documento iniciou seu segundo período que deve ir até 2020, conforme Emenda ao Protocolo de Kyoto aprovada em 2012, na COP 18, em Doha, Qatar (Emenda de Doha ao Protocolo), com vigência entre 1º de janeiro de 2013 a 31 de dezembro de 2020. Até 20 de novembro de 2018, 122 partes haviam ratificado a referida emenda.²⁶ Países como Japão, Rússia e Canadá se recusam a assiná-lo, pois defendem a ideia de que países emergentes como Índia, Brasil e China também tenham que comprimir metas de redução de emissões.

O Protocolo de Kyoto²⁷ tem por objetivo de reduzir emissões de gases de efeito estufa (GEE) e dividiu as partes em dois blocos. O primeiro englo-

23 Está é uma prática internacional adotada, razão de não concordarmos que a conferência realizada no Rio de Janeiro seja chamada no Brasil de ECO 92 e não Conferência Rio de Janeiro.

24 Os gases de efeito estufa estão relacionados no Anexo A do Protocolo de Kyoto. São eles: Dióxido de carbono (CO₂) Metano (CH₄) Óxido nitroso (N₂O) Hidrofluorcarbonos (HFCs) Perfluorcarbonos (PFCs) Hexafluoreto de enxofre (SF₆)

25 UNFCCC, 2016.

26 UNFCCC. 2012.

27 UNFCCC, 1997.

bando países desenvolvidos (Anexo I),²⁸ e os países em desenvolvimento. Os países desenvolvidos historicamente emitiram mais gases e, portanto, devem contribuir de forma mais efetiva na redução de emissões. Há um compromisso diferenciado que inclui a possibilidade de aumento de emissões (ex: Islândia, + 10%), estabilização (ex: Rússia) e redução (maior parte dos países do Anexo I, incluindo União Europeia, Canadá, Japão e outros).²⁹

De acordo com o esse protocolo, os países do Anexo I, devem, de forma individual ou conjunta, assegurar que suas emissões antrópicas agregadas, não excedam suas quantidades atribuídas, calculadas em conformidade com seus compromissos quantificados de limitação e redução de emissões, com vistas à redução de pelo menos 5% abaixo dos níveis de 1990, isso para o período de compromisso de 2008 a 2012 (art. 3º, I). Esse objetivo, no entanto, não foi atingido, ao contrário, conforme consta no 5º Relatório do Painel Intergovernamental de Mudanças Climáticas (IPCC), publicado em 2014, entre 1970 e 2000, as emissões de gases de efeito estufa aumentaram em média, 1,3% por ano e entre 2000 à 2010 o aumento foi de 2,2% por ano, mesmo após a entrada em vigor do Protocolo que ocorreu em 2005.³⁰

Para fins de redução das emissões foram estabelecidos três mecanismos de flexibilização, sendo o primeiro a Implementação Conjunta (IC), art. 6º, que estabelece que qualquer parte incluída no Anexo I “pode transferir para ou adquirir de qualquer outra dessas partes unidades de redução de emissões resultantes de projetos visando a redução de emissões antrópicas”, em qualquer setor da economia. O segundo é o Mecanismo de Desenvolvimento Limpo (MDL) (art. 12), que beneficia os países em desenvolvimento que podem receber financiamentos, de países desenvolvidos, para execução de projetos, que resultem em reduções certificadas de emissões (RCE).³¹ O MDL somente permite a participação voluntária de países não

28 Alemanha, Austrália, Áustria, Bélgica, Bielo-Rússia, Bulgária, Canadá, Comunidade Européia, Croácia, Dinamarca, Eslováquia, Eslovênia, Espanha, Estados Unidos, Estônia, Federação Russa, Finlândia, França, Grécia, Hungria, Irlanda, Islândia, Itália, Japão, Letônia, Liechtenstein, Lituânia, Luxemburgo, Mônaco, Holanda, Nova Zelândia, Noruega, Polônia, Portugal, Reino Unido da Grã-Bretanha e Irlanda do Norte, República Tcheca, Romênia, Suécia, Suíça, Turquia e Ucrânia.

29 BRAGA; MORGADO, 2007, p. 182.

30 INTERGOVERNMENTAL PANEL ON CLIMATE CHANGE. *Climate Change 2014. Synthesis Report*.

31 Cada unidade de RCE equivale a uma tonelada métrica de dióxido de carbono ou equivalente, conforme medida de cálculo apresentada no segundo relatório de avaliação do Painel Intergovernamental de Mudança Climática (IPCC).

inclusos no Anexo I, ou seja, que não assumiram obrigações de redução de emissões. O último mecanismo de redução (art. 17) é o Comércio Internacional de Emissões (CIE) que permite aos países desenvolvidos participar do comércio de emissões, para cumprir as metas pactuadas.

Esses mecanismos ficaram popularmente conhecidos como Mercado de Carbono ou Créditos de Carbono, em que pese não se referirem somente à emissão de Carbono, mas sim de todos os gases de efeito estufa relacionados no anexo A, já citado. Os mecanismos mencionados não lograram atingir as metas programadas. A não ratificação dos Estados Unidos,³² que era, na virada do século, o maior emissor desses gases, contribuiu grandemente para o insucesso pelo péssimo exemplo. Acresce que, não tendo ratificado, deixou de ser um potencial comprador de créditos de carbono.³³

A crise econômica mundial do início do século também contribuiu para o insucesso do bem-intencionado projeto e, levou vários países desenvolvidos a restringirem seus investimentos na redução de emissões. Por outro lado, o comportamento descomprometido dos países desenvolvidos, bem como dos países em desenvolvimento, propiciou o aumento crescente das emissões nesses últimos, visto que não tinham obrigação de reduzir suas emissões.

Durante todo o processo de implantação do Protocolo de Kyoto, ante ao aumento das emissões de GEE pelos países em desenvolvimento, principalmente os considerados “emergentes” como China, Índia e Brasil, os países do Anexo I pressionaram para que também aqueles assumissem obrigações de redução de emissões. Para rebater esse argumento, com fulcro no Princípio das responsabilidades comuns, porém diferenciadas, os países emergentes defendiam que isso influenciaria em seus crescimentos econômicos e ainda, por serem os países desenvolvidos, historicamente, os maiores emissores de gases de efeito estufa, devem assumir mais obrigações.

32 Observe-se que no caso do Acordo de Paris, o então presidente Barak Obama fez questão de cumprir todas as etapas para sua aprovação e ratificação, qual sejam, negociação e aprovação (COP 21), assinatura (abr/2016) e ratificação (set/2016), o que contribuiu bastante para sua célere entrada em vigor. Já no que se refere ao protocolo de Kyoto, quando o governo do então presidente Bill Clinton deixou o poder, havia apenas a assinatura desse documento, ficando a parte da ratificação para seu sucessor, presidente George W. Bush, que logo ao assumir o poder disse que não o faria, o levou à demora na sua entrada em vigor. Isso só ocorreu em 2005, ou seja, oito anos após sua aprovação na COP 3, com a ratificação do Protocolo pela Rússia, que possibilitou alcançar os 55% do total dos países membros da Convenção e responsáveis por, pelo menos, 55% do total de emissões de GEE.

33 MAGALHÃES; BETARELLI JÚNIOR; DOMIGUES, 2012, p. 5.

No caso específico do Brasil, é bom ressaltar que, em 2009, foi editada a Lei 12.187, que instituiu a Política Nacional de Mudança do Clima, onde foi assumido voluntariamente o compromisso de reduzir as emissões de GEE, entre 36,1% e 38,9% das emissões projetadas até 2020 (art. 12). Em que pese esse compromisso, o Brasil tem aumentado essas emissões, não cumprindo assim, seu objetivo legal. Em 2015, por exemplo, houve o aumento de 3,5% das emissões brasileiras,³⁴ já em 2016, o aumento foi de 8,9%, em relação ao ano anterior.³⁵

A verdade é que desde a Conferência de Estocolmo, Suécia, em 1972, ficou patente a dicotomia entre defender o Meio Ambiente e lutar pelos interesses/privilégios econômicos. Aquela conferência foi marcada por posições antagônicas, onde os países em desenvolvimento também defendiam atingir o patamar dos países desenvolvidos, como forma de diminuição da pobreza e não a proteção do meio ambiente.³⁶

O Protocolo de Kyoto findou seu primeiro período (2005-2012) sem ter conseguido atingir as metas nele fixadas. Apesar de alguns países terem reduzido emissões, como a União Européia (incluindo o Reino Unido) e Rússia, outros tantos não cumpriram o pactuado, como Estados Unidos, Nova Zelândia, Canadá e Japão. Os países emergentes, como já dito, contribuíram para o aumento das emissões. A China, por exemplo, entre os anos de 1990 até 2011, aumentou suas emissões em 11mil giga toneladas. O aumento, em termos globais, das emissões no período de 1990-2010³⁷ reforça a preocupação com a forma com que o mundo vem tratando a questão climática.

Mas nem tudo foram fiascos, inegavelmente o Protocolo de Kyoto trouxe a lume mecanismos para redução de GEE, promovendo integração entre os países. Um exemplo é o MDL que se mostrou eficaz para os países, independente de serem desenvolvidos ou em desenvolvimento, trazendo benefícios para ambos. As bases para um mercado global de carbono estão dentro desse documento e serviram de inspiração para várias iniciativas dentro da União Europeia, nos Estados Unidos, Canadá, Nova Zelândia, Austrália, dentre outros.³⁸

34 OBSERVATÓRIO DO CLIMA, 2016.

35 OBSERVATÓRIO DO CLIMA, 2017.

36 ARAUJO, 2008, p.24.

37 DUNCAN, 2012.

38 MAGALHÃES; BETARELLI JÚNIOR; DOMIGUES, 2012, p. 6.

E mais, o Protocolo significou um primeiro passo na diplomacia climática global, sem contar, é claro, sua contribuição para a conscientização mundial sobre a necessidade de mudança de posturas.

Imprescindível uma conscientização coletiva de governos, empresas e da sociedade civil, para tornar efetivo o esforço para redução dos efeitos das mudanças climáticas, evitando, assim, medidas que fiquem apenas no papel.

Também visando conter o aquecimento global, em 2015, oriundo da COP 21, foi aprovado o Acordo de Paris que será tratado em seguida. Espera-se que ele possa realmente atingir seus objetivos e dar novo ânimo ao Protocolo de Kyoto, em seu segundo período.

3. Acordo de Paris

O Acordo de Paris,³⁹ aprovado na COP 21, realizada em dezembro de 2015, em Paris, França, teve sua assinatura iniciada em 22 de abril de 2016, na sede da ONU em Nova Iorque. Em tempo recorde entrou em vigor, visto que em 05 de outubro 2016, ou seja, dez meses após a sua aprovação, conseguiu o número de ratificações necessárias para entrar em vigor, o que aconteceu em 04 de novembro de 2016.⁴⁰ Em 1º dezembro de 2016, 115 países já haviam ratificado o acordo, número que se elevou após a realização da COP 22, em Marrakech, que teve por objetivo reforçar os propósitos do Acordo de Paris, conforme exposto na “Proclamação de Marrakech”.⁴¹ Um ano depois, em dezembro de 2017, após a realização da COP 23 em Bonn, na Alemanha, o número de países que ratificaram o acordo já era de 170. Em 2018, 184 partes haviam ratificado referido acordo.⁴² A COP 24, realizada nesse mesmo ano, teve por objetivo discutir as regras para a implementação do acordo.

O Acordo de Paris traz, em seu preâmbulo, a certeza que as mudanças climáticas representam séria advertência com efeitos irreversíveis às sociedades humanas e ao planeta, impondo a mais ampla cooperação entre os

39 UNFCCC, 2015.

40 De acordo com o art. 21 do Acordo de Paris, sua entrada em vigor ocorre 30 (trinta) dias após a ratificação de 55 partes que sejam responsáveis por 55% das emissões de gases de efeito estufa globais, fato ocorrido com a ratificação da União Europeia em 05 out 2016.

41 UNFCCC, 2016.

42 UNFCCC, 2018.

países para enfrentar a ameaça. Reconhece a necessidade de haver fortes reduções nas emissões de gases de efeito estufa (GEE), sendo um problema comum da humanidade. Sua ambição é mitigar as emissões desses gases para limitar o aumento da temperatura global abaixo de 2° C e perseguir os esforços para limitar a 1,5° C de aumento levando-se em conta os níveis pré-industriais. Propõe a necessidade de acelerar a aplicação do Protocolo de Kyoto, de prestar apoio aos países em desenvolvimento, de adotar medidas de mitigação e adaptação, enfim de promover a cooperação regional e internacional.

O item II do Acordo trata sobre as Contribuições Previstas Determinadas em nível nacional (*Nationally determined contributions* - NDC), que foram apresentadas antes da COP 21 pelos países, onde consta o comprometimento de cada um deles para reduzir as emissões de GEE. O documento lembra que as intenções apresentadas objetivam um aumento de até 2°C, no entanto, o acordo firmado previu a intenção de limitar a um aumento no máximo, 1,5°C. Isso irá requerer um esforço extra dos países, sendo necessário um acompanhamento e balanço das ações de cada uma das partes. Esse fato é de extrema relevância, conforme já asseverado, pois os NDCs apresentados pelos países são insuficientes para atingir as metas de contenção da temperatura global.⁴³

O Programa das Nações Unidas também fez esse mesmo alerta: a implementação dos NDCs da forma apresentada pelos países em 2015, antes da COP 21, não será minimamente suficiente para conter a temperatura média global em 1,5°C até 2100. O que ocorrerá de fato, é o aumento médio da temperatura global de 3-3,5° C. Assim, o primeiro passo para que se possa dar efetividade ao Acordo de Paris é que os países efetuem contribuições mais significativas e com o objetivo de efetivamente reduzir as emissões de gases de efeito estufa.⁴⁴

Tomando como exemplo uma das contribuições apresentadas pelo Brasil em seu NDC,⁴⁵ nota-se que, de fato, temos muito a aprimorar. Uma delas é justamente o fortalecimento de políticas e medidas “com vistas a alcançar, na Amazônia brasileira, o desmatamento ilegal zero até 2030”. Ora, se o desmatamento é ilegal, ele deve ser contido imediatamente e não

43 ROGELJ *et al.* 2016.

44 UNEP, 2015.

45 ITAMARATY, 2015.

somente em 2030, isso em observância à Lei 12.651/12.⁴⁶ Ademais disso, como ficam os outros biomas brasileiros? Contribuição efetiva será o desmatamento ilegal zero em todos os biomas, de forma imediata!

E mais, a Organização Meteorológica Mundial (*World Meteorological Organization – WMO*), em seu relatório “*The Global Climate 2011-2015*” confirma que a temperatura média em 2015 já havia aumentado em mais de 1 grau e 2016 foi ainda mais quente, desde o período pré-industrial. O relatório confirmou que o período de 2011 a 2015 foi o mais quente registrado na história.⁴⁷ Em 2017, a organização afirmou que o aquecimento continuou em 2016, e estabeleceu um novo registro de temperatura de aproximadamente 1,1°C acima do período pré-industrial, e 0,06°C acima do valor mais alto anterior estabelecido em 2015.⁴⁸ Estamos, portanto, próximos do limite de 1,5°C previsto no Acordo de Paris.

Visando dar suporte ao Acordo de Paris, em setembro de 2018, o Painel Intergovernamental de Mudanças Climáticas lançou um relatório especial “*Global Warming of 1.5°C*”, onde discorre sobre os efeitos das mudanças climáticas. Conforme o estudo, em função das emissões de gases de efeito estufa, a temperatura global já subiu aproximadamente 1°C, desde o período pré-industrial e atingirá a marca de 1,5°C entre os anos de 2030 a 2052, portanto, bem antes do acordado em Paris. As projeções de extremos climáticos cada vez mais frequentes e intensos a cada elevação de 0,5°C são preocupantes com tendência a eventos cada vez mais catastróficos e de grande repercussão na redução da biodiversidade global, impactos diretos na saúde humana, na segurança alimentar, no abastecimento de água, o que ocasionará, de consequência, graves reflexos econômicos.⁴⁹

Isso demonstra a necessidade e urgência de que os países revisem seus NDCs, aumentando e melhorando suas contribuições, para adequá-las à meta de contenção da temperatura média global 1,5°C.

Merece destaque também, no texto do Acordo de Paris, o reforço ao Princípio das Responsabilidades Comuns, porém Diferenciadas, destacando a importância da “Justiça climática” e a necessidade de garantir a

46 Conhecida como Lei Florestal, dispõe sobre a proteção da vegetação nativa, dentre outras. Foi a lei que revogou o antigo Código Florestal, de 1965.

47 WMO, 2016.

48 WMO, 2017.

49 IPCC, 2018.

integridade dos ecossistemas, a biodiversidade, reconhecida por algumas culturas como “Mãe Terra”. Traz a lume a relevância da educação, formação, sensibilização e participação popular, o acesso às informações e a cooperação em todos os níveis nos assuntos referentes ao acordo.

O Acordo de Paris reforça que os países desenvolvidos devem encabeçar os esforços e adotar metas absolutas de redução de emissões. Estabelece também que os países em desenvolvimento devem aumentar seus esforços de mitigação. E mais, deve haver apoio das partes aos países menos adiantados e países insulares (art. 4º).

Em boa hora, o Acordo destaca a necessidade de fortalecer a resiliência e a redução da vulnerabilidade às mudanças climáticas contribuindo para o desenvolvimento sustentável reforçando a cooperação para aumentar a capacidade de adaptação (art. 7º). O objetivo é evitar e reduzir perdas e danos referentes aos efeitos adversos, inclusive com a implantação de sistemas de alerta (art. 8º), para emergência,⁵⁰ a gestão dos riscos e o seguro climático.

A cooperação entre os países mais desenvolvidos por meio do aporte de recursos financeiros,⁵¹ transferência de tecnologia para melhorar a resiliência às mudanças climáticas e reduzir os GEEs é devidamente prestigiada nos artigos 9º, 10 e 11. Para tanto, o acordo estabelece como meta o repasse pelos países desenvolvidos, aos países em desenvolvimento, de 100 bilhões de dólares por ano, meta essa reafirmada pela Proclamação de Marrakech, na COP 22.

Reforça ainda a necessidade de a cooperação deve também alcançar a adoção de medidas para melhorar a educação, formação/capacitação, sensibilização e participação e acesso público a informações (art. 12).

A COP 24, realizada em Katowice, Polônia, em 2018 foi marcada pela apresentação do Relatório Especial do IPCC, acima citado, demonstran-

50 Neste sentido, a Lei nº 12.608, de 10 de abril de 2012, que instituiu a Política Nacional de Proteção e Defesa Civil (PNPDEC) prevê, a nível interno, sistemas de alarme.

51 Para facilitar a transferência de recursos financeiros aos países em desenvolvimento, a Convenção estabeleceu mecanismos operacionais como o Fundo Global para o Meio Ambiente (GEF) e O Fundo Verde para o Clima (GFC). O primeiro (GEF) visa prover recursos a fundo perdido para projetos dos países em desenvolvimento que gerem benefícios ambientais globais, não apenas na área da mudança do clima, mas também sobre biodiversidade, proteção da camada de ozônio e recursos hídricos internacionais. Já o GCF apoia os países em desenvolvimento na promoção da mitigação da mudança do clima e da adaptação aos seus efeitos. Dados disponíveis em: < <http://www.mma.gov.br/clima/convencao-das-nacoes-unidas>>. Acesso em 21 set 2016.

do a urgência na implantação das contribuições assumidas por cada país (NDCs) dentro do Acordo de Paris e, mais que isso, que haja uma ambição maior no aumento dessas contribuições, tendo em vista que as assumidas até agora são insuficientes para conter o aumento da temperatura global nos termos do acordo. Ao final foi aprovado o documento denominado “Katowice Climate Package”. Trata-se do livro de regras para implantar e tornar efetivos os mecanismos constantes no Acordo de Paris e que estabelece planos comuns a serem seguidos visando à redução de emissões de gases de efeitos estufa, bem como o estabelecimento de novas metas de financiamento para o período posterior ao ano de 2020. Ficou de fora, no entanto, a regulamentação sobre os mecanismos de mercado, como, por exemplo, o mercado de carbono, que poderá possibilitar a aplicação de instrumentos flexíveis para redução dos custos de redução de emissões.⁵²

Todo esse esforço, no entanto, será em vão se não houver o esforço de todos. Nesse sentido, vale a abordagem sobre a postura do presidente dos Estados Unidos, Donald Trump sobre o Acordo de Paris.

4. A posição dos Estados Unidos na Era Donald Trump

Merece destaque no cenário, a participação do ex-presidente dos Estados Unidos Barak Obama que assinou e ratificou o Acordo de Paris em tempo recorde e contribuiu de forma significativa para sua célere entrada em vigor, menos de onze meses após sua aprovação na COP 21. Ele foi aprovado em 12 de dezembro de 2015 e sua entrada em vigor se deu em 04 de novembro de 2016. Os EUA como uma das grandes potências econômicas mundiais exercem influência no cenário climático também. Ocorre que o sucessor de Barak Obama, Donald Trump, anunciou, em junho de 2017, seis meses após sua posse, que os EUA fariam a denúncia ao Acordo de Paris.⁵³

Pelas regras do Acordo de Paris, a saída dos EUA não ocorre de forma imediata, posto que, conforme preceitua do artigo 28 do tratado em questão, as partes somente poderão denunciar o acordo após 3 (três) anos de sua entrada em vigor, por meio de notificação oficial. Essa formalização somente terá efeito um ano após o termo de recebimento da notificação.

52 UNCC, 2018.

53 G1 NATUREZA, 2017.

Dessa forma, somente a partir de novembro de 2019 é que os Estados Unidos poderão efetuar a notificação com sua intenção de retirada. Nessa hipótese, a saída oficial aconteceria um ano após esse pedido, ou seja, no mínimo em 2020, já no final mandato do presidente Donald Trump.

No entanto, os efeitos reais são imediatos na medida em o presidente Donald Trump afirmou que não aportará mais recursos ao Fundo Verde do Clima. Vários países contam com investimentos internacionais para cumprirem suas metas, inclusive o Brasil. Isso, portanto, poderá alterar o cenário para cumprimento das metas do acordo nesses países.⁵⁴ Além disso, como a política do presidente em comento é fomentar a indústria dos combustíveis fósseis, a tendência é de aumento nas emissões de GEE pelos EUA.

Após a eleição do Donald Trump, cujo anúncio aconteceu logo após a entrada em vigor do Acordo de Paris, durante a realização da COP 22, realizada em novembro de 2016, em Marrakesh, Marrocos, 360 empresas americanas assinaram uma Carta Aberta denominada “Business Backs. Low-carbon USA”. Essa carta foi endereçada ao presidente eleito pedindo que os Estados Unidos continuem no Acordo de Paris, bem como a continuidade dos investimentos e das políticas de baixo carbono.⁵⁵

Logo após o anúncio de uma possível denúncia ao Acordo de Paris, vários seguimentos dos Estados Unidos como prefeitos municipais, governadores, líderes empresariais e universidades, que representam mais de 127 milhões de americanos e 6,2 trilhões de dólares do poderio econômico, lançaram um manifesto denominado “We are still in declaration”,⁵⁶ se comprometendo a permanecer e contribuir para o sucesso na implementação do acordo. Muitos estados americanos, como a Califórnia, têm adotado medidas para o cumprimento do Acordo de Paris.⁵⁷

Vale destacar que antes da COP 24, em dezembro de 2018, foi publicado o “Fourth National Climate Assessment”, relatório elaborado por um

54 Em comemoração aos dois anos da aprovação do Acordo de Paris, em 12 de dezembro de 2017, realizou-se “Conferência Um Planeta”, em Paris, na França, organizado pelo presidente da França, Emmanuel Macron. Referida conferência contou com a presença de vários líderes mundiais, momento em que a União Europeia informou que destinará US\$ 10,5 bilhões para auxílio aos países em desenvolvimento contra as mudanças climáticas.

55 LOW CARBON USA, 2016.

56 WE ARE STILL IN DECLARATION, 2017.

57 THE GUARDIAN, 2018.

grupo de mais de 300 cientistas americanos, em cumprimento ao “The Global Change Research Act of 1990” que determinou que a cada quatro anos os cientistas elaborassem um relatório climático dos EUA para subsidiar o Congresso Nacional e o Presidente da República. Em referida avaliação foi destacada a preocupação com as mudanças climáticas que criam novos riscos e exacerbam as vulnerabilidades existentes nas comunidades em todo o país e apresentam desafios crescentes para a saúde humana, segurança, qualidade de vida e taxa de crescimento econômico, motivo pelo qual é necessário e urgente a adoção de políticas públicas de mitigação e adaptação de seus efeitos.⁵⁸ Apesar do alerta, o presidente Donald Trump ignorou o conteúdo do relatório.

Seguindo a posição do atual presidente dos EUA, o presidente do Brasil, Jair Bolsonaro, também efetuou declarações no sentido também de sair do Acordo de Paris. Houve a imediata reação dos órgãos ambientais estaduais e do Conselho Empresarial Brasileiro para o Desenvolvimento Sustentável⁵⁹ que elaborou uma carta, nos moldes da endereçada em 2017 ao presidente americano, no sentido de que o Brasil permaneça e cumpra o Acordo de Paris.

Em face desse novo quadro, seja no que se refere aos EUA ou ao Brasil, mostra-se de indispensável a atuação dos governos locais, bem como das empresas e da população como um todo para fazer valer o Acordo de Paris.⁶⁰ Para que isso possa de fato acontecer, é imprescindível que haja fomento à educação ambiental, pois deve haver o envolvimento de todos com essa questão para pressionar os governos a cumprir e ampliar as metas do acordo é fundamental. Deve haver, ainda, efetiva cooperação entre os países, ou seja, uma governança climática de fato que possa auxiliar os países a resolução do problema climático que é global.

A educação ambiental e a cooperação entre todos é um ponto fundamental para a efetividade do acordo, conforme se verá a seguir.

58 NATIONAL CLIMATE ASSESSMENT, 2018.

59 AMARAL, 2018.

60 Dois anos após a aprovação do Acordo de Paris, no dia 12 de dezembro de 2017, o presidente da França Emmanuel Macron realizou uma cúpula sobre o clima, visando relançar a mobilização internacional em favor da luta contra o aquecimento global, chamando a atenção não só para dos governos nacionais e subnacionais, bem como da necessidade de atuação dos atores privados.

5. Educação ambiental e cooperação

Como já mencionado, o Acordo de Paris empunhou como instrumentos da redução de danos ambientais os Princípios das Responsabilidades Comuns, porém Diferenciadas e o da Cooperação, utilizando a educação, financiamentos necessários e a formação de uma ampla rede de trabalho conjunto para implantar esse documento.

Assim, mister se faz mencionar o Tratado de Educação Ambiental para Sociedades Sustentáveis e Responsabilidade Global,⁶¹ documento produzido pelo Fórum Global, ocorrido paralelamente à Conferência da ONU sobre Desenvolvimento e Meio Ambiente, no Rio de Janeiro em 1992 (Rio 92). Sua importância foi a produção de um marco político para o projeto pedagógico de Educação Ambiental e está na base da Rede Brasileira de Educação Ambiental, assim como redes estaduais e diversas entidades e pessoas com interesse no fortalecimento da referida educação.⁶² Nele consta, em sua introdução, a seguinte declaração: “Nós, signatários, pessoas de todas as partes do mundo, comprometidos com a proteção da vida na Terra, reconhecemos o papel central da educação na formação de valores e na ação social”. E mais, destaca a importância da educação ambiental e sua ligação com a responsabilidade.

Consideramos que a educação ambiental para uma sustentabilidade equitativa é um processo de aprendizagem permanente, baseado no respeito a todas as formas de vida. Tal educação afirma valores e ações que contribuem para a transformação humana e social e para a preservação ecológica. Ela estimula a formação de sociedades socialmente justas e ecologicamente equilibradas que conservam entre si relação de interdependência e diversidade. Isso requer responsabilidade individual e coletiva em nível local, nacional e planetário.

Dentre vários pontos de interesse, destaca-se a palavra “processo” e a afirmação de valores como fatores que contribuem para a transformação humana e social. Isto é, a educação implica, necessariamente, em processo de transformação de atitude e conduta numa perspectiva de redes de instituições e pessoas.

61 MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO E CULTURA, 1992.

62 CARVALHO, 2006, p. 53-54.

Também a Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, um dos documentos da Conferência Rio 92, em seu Princípio 10 proclama que a melhor maneira de tratar as questões ambientais é assegurar a participação da sociedade, que deve ter acesso adequado às informações e participar dos processos decisórios.⁶³

Nesse contexto, o Brasil, por meio da Lei nº 9.795/1999, instituiu a Política Nacional da Educação Ambiental,⁶⁴ que visa a tomada de consciência da realidade global e das relações do ser humano com o meio ambiente, buscando a mudança de atitudes. Importante frisar que referida lei trata da educação *formal* e *não formal*.⁶⁵ Destaque-se a importância da educação ambiental não formal, em todas as formas de divulgação, com ênfase no poder atual das redes sociais que podem trazer uma maior conscientização e proporcionar a efetiva participação da população, no sentido de pressionar os governos locais e nacionais para alcançar os objetivos do Acordo de Paris.

Nesse mesmo sentido, a Lei 10.650/2003, que dispõe sobre o acesso público aos dados e informações existentes nos órgãos e entidades integrantes do Sistema Nacional do Meio Ambiente. Essa legislação deve ser vista como um desafio da mudança de atitude por parte daqueles que se submetem ao processo educativo, que introjeta valores e resgata cidadania, mudando a percepção de necessidades urgentes.

Conforme já apontado, o Acordo de Paris destaca a importância da educação como instrumento que opera a transformação de pessoas e da coletividade em um nível amplo de produção de consciência ecologicamente orientada.

John Elkington enfatiza que o desenvolvimento sustentável é visto e proposto pelos líderes mundiais como solução para muitos problemas que

63 ONU, 1992.

64 Importante documento internacional que serviu de paradigma para a legislação doméstica, como por exemplo, a própria Lei 9.795/1999 (Lei da Política Nacional da Educação Ambiental e Lei 10.650/2003 (Lei de Acesso público aos dados e informações existentes nos órgãos e entidades integrantes do Sisnama) foi a “Convenção sobre Acesso à Informação, Participação do Público no Processo de Tomada de Decisão e Acesso à Justiça em Matéria de Ambiente”, conhecida como “Convenção de Aarhus” (Dinamarca), de 1998. Em que pese a influência exercida na legislação pátria, o Brasil ainda não ratificou esse documento.

65 De acordo com a lei, *educação ambiental formal* refere-se à educação escolar desenvolvida no âmbito dos currículos das instituições de ensino públicas e privadas (art. 9º), já a *educação ambiental não formal* refere-se às ações e as práticas educativas voltadas à sensibilização da coletividade sobre as questões ambientais e à sua organização e participação na defesa da qualidade do meio ambiente (art. 13).

começam a integrar a pauta internacional. Tais problemas incluem o aquecimento do planeta, o colapso da pesca oceânica e questões sociais como a morte de milhares de crianças por dia com idade inferior a cinco anos, cujos tratamentos seriam relativamente baratos, além da morte, também, de milhares de gestantes a cada ano. E completa que muitos empresários no mundo afirmam não se interessar, “que seu negócio não é salvar o mundo”, porém, “a expectativa de que as empresas vão contribuir para isso cresce em todo o mundo”.⁶⁶ Isto é, com base nas necessidades percebidas e vividas, a questão da educação ambiental tem enormes chances de alcançar status de grande importância nas agendas de empresários. É uma questão de sobrevivência.

Sendo assim, o emprego de estratégias que promovam mudança de opiniões, hábitos e práticas baseadas em valores, princípios e normas será doravante uma constante, garantindo a convivência racional, afetiva e inteligente com os recursos naturais.

A educação ambiental deve ser encarada numa perspectiva ampla que inclua os setores produtivos da sociedade. Segundo Manuel Castells,⁶⁷ o tempo presente testemunha pela primeira vez o surgimento da unidade básica de organização econômica independente de sujeitos individuais e coletivos. Tal unidade é a rede, “formada de vários sujeitos e organizações (que) modificam-se continuamente conforme se adaptam aos ambientes de apoio e às estruturas de mercado”.

É evidente que a estrutura de redes parte dos interesses econômicos e perpassa todas as formas de organização social, no sentido de que todos se comunicam com todos para a realização de ações socialmente orientadas. Nesse contexto a educação ambiental pode incluir o modo de funcionamento em rede, uma vez que a produção da consciência ambiental segue a lógica da comunicação global, geral e irrestrita, sem perder a vocação capitalista. Em outras palavras, educação ambiental nos termos de um acordo internacional de cooperação como estabelece o Acordo de Paris, pode, de forma importante, considerar a estratégia referida por Castells.

Inegável que a economia tem um peso considerável na maneira como o ambiente é tratado, sabe-se que aspectos afetivos presentes no contexto psicossocial ou, de relações entre sujeitos livres e pensantes, também de-

66 ELKINGTON, 2012, pp. 52 -53

67 CASTELLS, 2003, pp.257-8.

terminam a mudança de atitudes e hábitos. No âmbito psicossocial, é decisiva a perspectiva do bom viver. O aumento da qualidade de vida como valor desejável é uma realidade inegável. Ela fundamenta e justifica esforços no sentido da busca de mudanças. Esse processo envolve bons exemplos, acesso aos meios que propiciam transformações, identificações através da formação de laços afetivos e de aprendizagem, inclusão social de comunidades que podem se beneficiar e apoiar decisivamente as ações educativas e, principalmente, o esforço continuado para a manutenção no imaginário social das vantagens, do prazer e das oportunidades abertas e acessíveis do meio ambiente preservado e produtivo.

Há que se destacar, também, entre outras coisas, os referenciais que podem ou não, disparar o processo de transformação: a multideterminação da conduta, a dissonância cognitiva entre princípios e atitudes, isto é, nem tudo o que as pessoas sabem pode influenciar a mudança de atitudes, o fato de que a atitude ecológica ser mais do que a soma de bons comportamentos. Conforme Carvalho,⁶⁸ “a dissonância entre comportamentos observados e as atitudes que se pretendem formar, é um dos maiores desafios da educação de um modo geral e da educação ambiental em particular”. É importante apontar o fato de que em se tratando de educação ambiental, o que se busca é a produção de sujeitos que possam ter opiniões, atitudes e a lógica da preservação e valorização globais em termos de meio ambiente saudável. Portanto, o desafio parte do princípio de uma educação integral, inclusiva e militante o mais globalmente possível. A educação pontual interessa apenas aos grupos do *greenwashing*,⁶⁹ interessados que estão na aparência do politicamente correto. Como afirma Carvalho,⁷⁰ “educar é mover-se no universo cultural, entendendo cultura como os modos materiais e simbólicos de existência”.

A educação, enfim, que se deseja deve seguir o princípio de que sujeitos livres, autodeterminados, motivados e muitíssimo criativos podem, ao longo de um processo de produção de consciência e ação, trabalharem individual e coletivamente por um meio ambiente sustentável, respeitado em suas características e diversidade, sendo para aqueles que dele dependem,

68 CARVALHO, 2006, p. 180.

69 Termo que significa a “lavagem verde”, ou seja, dizer-se ecológico quando não o é. Existe apenas uma maquiagem verde, mas nada de verdadeiro e real.

70 CARVALHO, 2006, p. 185.

sistema de vida solidário, cooperativo e generoso, sob todos os aspectos, inclusive e principalmente os econômico-financeiros. Que os povos tenham o meio ambiente que precisam, através da educação que promovam, pois é essa educação transformadora que possibilitará também a mudança de atitude de cada um.

Isso resulta em uma ativa participação da população, pressionando para que existam políticas públicas efetivas e um maior engajamento dos países nas contribuições assumidas no Acordo de Paris.⁷¹

Existe um antigo provérbio popular que a “união faz a força, mas faz também o açúcar”.⁷² Assim, unidos em prol de uma ideia somos mais fortes e temos mais chances de conseguir atingir a meta a que nos propomos.

Da mesma forma, para que os Estados possam atingir suas finalidades constitucionais, eles precisam utilizar mecanismos, posto que nem sempre é possível realizar sozinho uma empreitada, carecendo de uma operação conjunta, em parceria, numa aliança denominada de cooperação. Quando o tema extrapola as fronteiras do país é imprescindível que essa operação envolva outros países. Quando falamos de Nossa Casa Planetária necessitamos do auxílio de todos os que habitam.

Inez Breves Lopes lembra que a cooperação internacional dos Estados para resolver problemas internacionais foi uma das preocupações desde a construção da Declaração de Direitos Humanos aprovada em 1948.⁷³

Este princípio foi agasalhado no *caput* do art. 225 da CF, no art. 2º, X, da Lei nº 6.938/1981, nos arts. 77 e 78 da Lei 9.605/1998 e no art. 2º, III, da Lei nº 10.257/2001. Deve-se cooperar, pois o ambiente é de responsabilidade coletiva. A cooperação deve ocorrer entre as diversas esferas de governo e a sociedade, para formulação e execução da política ambiental. Este princípio enseja maior cuidado, face aos atuais desvios lobísticos e de interesses setoriais. No plano internacional, a cooperação é defendida como única solução para salvar o Planeta Terra da degradação que o ame-

71 Um exemplo de pressão, já mencionado anteriormente, é a declaração “We are still in” que representa 127 milhões de americanos, de diversos segmentos, tais como representantes de estados americanos, prefeitos municipais, empresas e universidades, que a despeito da postura do presidente dos Estados Unidos Donald Trump de sair do Acordo de Paris, ratifica o interesse e o empenho da comunidade signatária em cumprir as metas de redução de emissões de GEE, bem como de fomentar alternativas econômicas de baixo carbono.

72 Trata-se de alusão a antiga Fábrica União que entre outros produtos beneficiava ensacava açúcar: o açúcar união.

73 LOPES, 2009, pp.4-5

ação, na certeza de que o futuro depende de um grande acordo mundial.⁷⁴

Trata-se não só de uma questão política, mas também econômica e social, que demanda medidas públicas internacionais, “a fim de que se alcance mundialmente uma sociedade mais justa e mais plural, em decorrência de um incisivo comprometimento coletivo e comum para com a dignidade da pessoa humana, onde a cooperação e a solidariedade devem se fazer presentes”.⁷⁵

De acordo com Streck,⁷⁶ o sucesso das redes de políticas públicas globais necessita de várias ferramentas como a diversidade, já que há diversos atores públicos e privados, sociedade civil, organizações não governamentais que devem atuar juntos visando à realização de arranjos institucionais. Também devem estar presentes a abertura ao diálogo, a flexibilidade e a rapidez nas respostas, além de apoio técnico e legitimidade, sendo que a participação das múltiplas redes deve ser facilitada. E mais, uma das funções das redes de políticas públicas é justamente gerar e disseminar de forma rápida o conhecimento, utilizando as capacidades tecnológicas para sua transmissão, sendo essa uma ferramenta eficiente para transmissão do conhecimento gerado, que deve contar com o reforço institucional buscando a efetividade das políticas públicas globais.

Nota-se, pois, a importância da educação ambiental formal e não formal, conscientizando a população dos problemas ambientais que estamos vivenciando. De acordo com Capra e Luisi,⁷⁷ “mudanças estruturais contínuas em resposta ao ambiente – e, conseqüentemente, adaptação, aprendizagem e desenvolvimento contínuos – são características-chave do comportamento de todos os seres vivos.” Merece destaque o papel exercido atualmente pelas redes sociais podem ser utilizadas para disseminar o conhecimento, buscando apoio e cooperação de todos.

A cooperação de todos e de cada um, em termos de educação ambiental, deve considerar o fato de que é necessário que se provoque, cooperativamente, processos de mudanças sociais e culturais, que sejam capazes de influenciarem as pessoas no sentido de perceberem, identificarem, analisarem de forma crítica e agirem de forma conjunta sobre questões ambien-

74 NOGUEIRA NETO, 1992, p. 163.

75 SQUEFF; RODRIGUES, 2016, p. 54.

76 STRECK, 2002, pp. 4-6.

77 CAPRA; LUISI, 2014, p. 318.

tais. Isso sem a ingenuidade de se pensar que informações simples, relatórios complexos ou atitudes extremas, possam levar pessoas e instituições a cooperarem de forma efetiva. Muito mais do que informações, relatórios e atitudes semelhantes, a educação ambiental deve, de forma geral, contribuir para a mudança dos padrões de uso dos bens ambientais, no contexto de um reconhecimento da necessidade e da urgência de transformações das relações das pessoas e instituições com o planeta, produzindo, de fato, novo ponto de equilíbrio, nova relação de reciprocidade, entre as necessidades sociais e ambientais.⁷⁸

6. Considerações finais

O mundo em que vivemos está em permanente transformação. Isso não depende de planos, nem de esforços, sequer de educação. Contudo, quando as transformações tomam uma direção trágica, previsível em seus aspectos visíveis e supostos com razoável certeza nos aspectos invisíveis, onde há riscos para a própria sobrevivência humana, urge que se tomem providências no sentido da constituição de planos e programas que possam efetivamente interferir nas situações não desejadas.

Ao analisar o histórico dos tratados relativos às mudanças climáticas, nota-se que o sucesso do Acordo de Paris, já em vigor, tem direta relação com a questão do acesso à informação, a educação ambiental, a transformação e a participação popular e a cooperação em todos os níveis. Nesse contexto a educação ambiental (formal e não formal) contribui com a compreensão dos problemas socioambientais nas suas múltiplas dimensões: a identificação de situações que comprometem a sustentabilidade dos recursos naturais, humanos e outros; o enfrentamento de situações de grande sensibilidade ética, estética, política e sociais segundo abordagens que minimizem conflitos e embates evitáveis; implicar os sujeitos da educação no encaminhamento inteligente e desejável das questões que impedem a formação de atitudes orientadas para a cidadania ambiental; trabalhar conceitos que possam operar conexões de experiências vivenciadas e informações científicas no conjunto compreensivo das ideias que promovam, protejam e garantam ambientes corretos, além de estimular os educadores como mediadores de relações socioeducativas para a percepção, constru-

78 CARVALHO, 2006, p. 158-159.

ção e sustentação de ambientes desejáveis. Ela é o ponto de partida para que se possa alcançar a participação de todos nos problemas ambientais, bem como que em nível nacional e internacional haja efetiva cooperação.

Nesse contexto, outra questão prioritária é o real envolvimento de cada país para a redução dos efeitos climáticos. Assim, as contribuições assumidas antes da COP 21, NDC (*Nationally determined contributions*), necessitam de urgente revisão, para que haja a efetiva melhora da participação de cada país nesse intento. A população deve cobrar dos governantes um empenho maior nas contribuições dos países como peça fundamental para o sucesso do acordo. Tal cobrança somente ocorrerá se houver uma prévia conscientização de todos por meio da educação ambiental.

Deve-se destacar também a importância do Princípio das Responsabilidades Comuns, porém Diferenciadas e da Cooperação, onde os países podem efetivamente trabalhar em conjunto e também auxiliar os outros países na resolução dos problemas relativos às mudanças climáticas, conforme estabelecido na Convenção Quadro e reforçado pelo Acordo de Paris.

E mais, além da melhoria das contribuições dos países visando conter e limitar o aquecimento global, conforme exposto no Acordo de Paris, é necessária a implantação de mecanismos que possam resolver o problema ambiental em seus territórios e também cooperar para que outros países consigam cumprir suas metas e se adaptar às mudanças climáticas.

No que diz respeito ao possível afastamento formal dos Estados Unidos do Acordo de Paris, mesmo que ele se efetive, que conforme abordado ainda exige o cumprimento de prazos, deve-se elevar a importância da atuação de todos, como proposto na declaração de prefeitos, governadores, universidades e empresas daquele país, no sentido de implementar o acordo nos governos subnacionais, independentemente da postura do governo central americano. Nesse sentido, outros países devem assumir a liderança que antes era dos Estados Unidos, tanto na condução das regras de implantação do acordo, quanto no aumento dos investimentos destinados ao Fundo do Clima.

No tocante ao Brasil, temos um exemplo de sucesso onde a pressão popular, principalmente por meio das redes sociais, levou o governo a refluir quanto à extinção da Reserva Nacional de Cobre e Associados (RENCA).⁷⁹ Os mesmos mecanismos de conscientização e participação popular podem

79 COSTA; ASSIS, 2018.

ser utilizados para que o governo cumpra e aprimore os compromissos assumidos no Acordo de Paris.

Nota-se, pois, que além da participação oficial dos países cumprindo suas metas é necessário o envolvimento dos governos estaduais, municipais e da população em geral. Todos precisam assumir obrigações visando adotar as medidas de mitigação e adaptação às mudanças do clima. Somente com a junção desses elementos, que envolve educação ambiental e a cooperação, pode-se falar em efetividade do Acordo de Paris.

Referências

- AMARAL, Ana Carolina. Secretarias estaduais pressionam Bolsonaro a aceitar Acordo de Paris. *Folha de São Paulo*. 2018. Disponível em: <<https://ambiencia.blogfolha.uol.com.br/2018/12/13/secretarias-estaduais-pressionam-bolsonaro-a-aceitar-acordo-de-paris/>>. Acesso em: 13 dez 2018.
- ARAÚJO, Luciane Martins. *Desenvolvimento Sustentável: estudo de impacto ambiental e estudo de impacto de vizinhança*. Curitiba: Letra da Lei, 2008.
- _____; SEGUIN, Élica. O Princípio do Cuidador Recebedor. In: PRIEUR, Michel; SILVA, José Antônio Tietzmann. *Instrumentos Jurídicos para a implementação do desenvolvimento sustentável*. Goiânia: PUC Goiás, 2012. p. 391-420.
- BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo: Hacia una nueva modernidad*. Barcelona: Piados, 2002.
- BRAGA, Jaime; MORGADO, Eduardo. *Guia do ambiente: empresas competitividade e desenvolvimento sustentável*, 2007.
- CAPRA, Frijof; LUISI, Pier. *A visão sistêmica da vida: uma concepção unificada e suas implicações filosóficas, políticas, sociais e econômicas*. São Paulo: Cutrix, 2014.
- CARVALHO, I. C. M. *Educação Ambiental: a formação do sujeito ecológico*. São Paulo: Cortez, 4. ed. 2006.
- CASTELLS, M. *A Sociedade em Redes*. São Paulo: Paz e Terra, 7a. ed, 2003.
- COMISSÃO MUNDIAL SOBRE MEIO AMBIENTE E DESENVOLVIMENTO (CMMAD). *Nosso futuro comum*. Rio de Janeiro: Editora da Fundação Getúlio Vargas, 1991.

- COSTA, Beatriz Souza; ASSIS, Christiane Costa. A Mineração e a Sustentabilidade em Áreas de Unidades de Conservação: o caso da RENCA na Amazônia. In: *V Congresso Internacional de Direito Ambiental*. 2018.
- DUNCAN, Clark. Has the Kyoto protocol made any difference to carbon emissions? *The Guardian*, ed. 26 nov 2012. Disponível em: < <https://www.theguardian.com/environment/blog/2012/nov/26/kyoto-protocol-carbon-emissions>>. Acesso em: 23 jun 2016.
- ELKINGTON, J. *Canibais com Garfo e Faca*. São Paulo: M. Books, 2012.
- G1 NATUREZA. *Trump anuncia saída dos EUA do Acordo de Paris sobre mudanças climáticas*. Disponível em: <<https://g1.globo.com/natureza/noticia/trump-anuncia-saida-dos-eua-do-acordo-de-paris-sobre-mudancas-climaticas.ghtml>>. Acesso em: 02 jun 2017.
- INTERGOVERNMENTAL PANEL ON CLIMATE CHANGE (IPCC). *Climate Change 2014. Synthesis Report*. Disponível em: < https://www.ipcc.ch/pdf/assessment-report/ar5/syr/SYR_AR5_FINAL_full.pdf> . Acesso em: 24 out 2016.
- _____. *Special Report. Global Warming of 1.5°C*. 2018. Disponível em: < <https://www.ipcc.ch/sr15/>>. Acesso em 10 dez 2018.
- ITAMARATY. *Pretendida Contribuição Nacionalmente Determinada*. 2015. Disponível em: <http://www.itamaraty.gov.br/images/ed_desenvsust/BRASIL-iNDC-portugues.pdf>. Acesso em: 24 out 2015.
- LOPES, Inez. Breves Considerações sobre os Princípios Constitucionais das Relações Internacionais. *Consilium - Revista Eletrônica de Direito*, Brasília/DF, n.3, v.1 jan/abr de 2009.
- LOW CARBON USA. 2016. Disponível em: < <http://www.lowcarbonusa.org/>>. Acesso em 18 nov 2016.
- MAGALHÃES, Aline Souza; BETARELLI JÚNIOR, Admir Antônio; DOMIGUES, Edson Paulo. *Impactos e perspectivas do mercado de carbono pós-2012 no Brasil*. Disponível em: < https://www.anpec.org.br/encontro/2012/inscricao/files_i/i10-5b97c6cc65eab4771945e2a9c5899916.pdf>. Acesso em: 13 maio 2016.
- MARENGO, José A.; DIAS, Pedro L. da Silva. Mudanças climáticas e os seus impactos climáticos e hidrológicos no Brasil. In: BRAGA, Benedito; TUNDISI, José Galizia; TUNDIZI, Takako Matsumura, CIMINELLI, Virgínia S. T. *Águas doces no Brasil*. 4. ed. São Paulo: Escrituras, 2015. p. 63-92.

- MINISTÉRIO DA CIÊNCIA E TECNOLOGIA. *Protocolo de Quioto*. 2005. Disponível em: < http://www.mct.gov.br/upd_blob/0012/12425.pdf>. Acesso em: 13 maio 2016.
- MINISTÉRIO DA CIÊNCIA E TECNOLOGIA. *Convenção sobre Mudança do Clima*. Disponível em: < http://www.mct.gov.br/upd_blob/0005/5390.pdf>. Acesso em 13 maio 2016.
- MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO E CULTURA. *Tratado de Educação Ambiental para Sociedades Sustentáveis e Responsabilidade Global*. 1992. Disponível em: < <http://portal.mec.gov.br/secad/arquivos/pdf/educacaoambiental/tratado.pdf>>. Acesso em 07 set 2016.
- MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE. *Convenção das Nações Unidas sobre mudança do clima*. 1992. Disponível em: < <http://www.mma.gov.br/clima/convencao-das-nacoes-unidas>> . Acesso em: 13 maio 2016.
- NATIONAL CLIMATE ASSESSMENT. *Fourth National Climate Assessment*. 2018. Disponível em < <https://nca2018.globalchange.gov/>>. Acesso em 13 dez 2018.
- NOBRE , Carlos A.; REID, Julia; VEIGA, Ana Paula Soares. *Fundamentos Científicos das Mudanças Climáticas*. São José do Rio Preto: Rede Clima/ INPE, 2012. Disponível em: <http://www.inpe.br/noticias/arquivos/pdf/fundamentos_cientificos_mc_web.pdf>. Acesso em: 15 mai 2016.
- NOGUEIRA NETO, Paulo. Futuro Depende De Um Grande Acordo Mundial. *Anais da Conferência Internacional de Direito Ambiental*. Expressão e Cultura, Rio de Janeiro, 1992.
- OBSERVATÓRIO DO CLIMA. *Emissão do Brasil sobe 3,5% em 2015, mostram dados do SEEG*. 2016. Disponível em: <<http://www.observatoriodoclima.eco.br/emissoes-do-brasil-sobem-35-em-2015-mostra-seeg/>>. Acesso em 30 nov 2016.
- _____. *Emissões do Brasil sobem 9% em 2016*. 2017. Disponível em: < <http://www.observatoriodoclima.eco.br/emissoes-brasil-sobem-9-em-2016/>>. Acesso em 02 nov 2017.
- _____. *Senso de urgência marca a abertura da COP 23*. 2017. Disponível em: < <http://www.observatoriodoclima.eco.br/senso-de-urgencia-marca-discursos-na-abertura-da-cop23/>>. Acesso em: 10 nov 2017.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). *Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento*. 1992. Disponível em: < <http://www.onu.org.br/rio20/img/2012/01/rio92.pdf>>. Acesso em abr 16.
- ROGELJ, Joeri; ELZEN, Michel den; HÖHNE, Niklas; FRANSEN, Taryn;

- FEKETE, Hanna; WINKLER, Harald; SCHAEFFER, Roberto; SHA, Fu; RIAHI, Keywan; MEINSHAUSEN, Malte. Paris agreement climate proposal need a boost to keep warming well below 2° C. *Nature*, nr. 534, jun 2016, p. 631-639. Disponível em: < <http://www.nature.com/nature/journal/v534/n7609/full/nature18307.html>>. Acesso em: 02 jul 2016. DOI: <https://doi.org/10.1038/nature18307>
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.
- SÉGUIN, Elida, *Direito Ambiental: Nossa casa planetária*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- _____. A lei de defesa civil: algumas considerações. In: *Revista Interdisciplinar de Direito da Faculdade de Direito de Valença*. Fundação Educacional D. André Arcoverde. Faculdade de Direito - ano 1, n. 1. (maio 1998). Juiz de Fora: Editar Editora Associada Ltda, 2013, pag. 207 a 230.
- SQUEFF, Tatiana AFR Cardoso; RODRIGUES, Dulcilene Aparecida M. Da sociedade do risco à deflagração do fenômeno dos refugiados do clima: a exclusão da tutela jurídica como uma questão de racismo ambiental. *Revista Videre*, v. 8, n. 16, p. 45-60, 2016.
- STRECK, Charlotte. Global public policy networks as coalitions for change. *Global environmental governance: options and opportunities*, 2002. Disponível em: <https://www.researchgate.net/profile/Charlotte_Streck/publication/228768642_Global_public_policy_networks_as_coalitions_for_change/links/540095b70cf2bba34c1a4859/Global-public-policy-networks-as-coalitions-for-change.pdf> . Acesso em 10 dez 2018.
- THE GUARDIAN. *California plans to show the world how to meet the Paris climate target*. 2018. Disponível em: < <https://www.theguardian.com/environment/climate-consensus-97-per-cent/2018/sep/17/california-plans-to-show-the-world-how-to-meet-the-paris-climate-target>>. Acesso em 28 dez 2018.
- UNITED NATIONS ENVIRONMENT PROGRAMME (UNEP). *The Emissions Gap Report 2015*. Executive Summary < https://uneplive.unep.org/media/docs/theme/13/EGR_2015_ES_English_Embargoed.pdf>. Acesso em 18 nov 2016.
- UNITED NATIONS FRAMEWORK CONVENTION ON CLIMATE CHANGE (UNFCCC). *Kyoto Protocol*. 1997. Disponível em: <http://unfccc.int/kyoto_protocol/items/2830.php>. Acesso em 02 dez 2016.

- _____. *Marrakech Action Proclamation*. 2016. Disponível em: <http://unfccc.int/files/meetings/marrakech_nov_2016/application/pdf/marrakech_action_proclamation.pdf>. Acesso em 18 nov 2016.
- _____. *Paris Agreement*. 2015. Disponível em: < http://unfccc.int/files/essential_background/convention/application/pdf/english_paris_agreement.pdf>. Acesso em: 2 dez 2016.
- _____. *Paris Agreement – Status of ratification*. 2018. Disponível em: < <https://unfccc.int/process/the-paris-agreement/status-of-ratification>>. Acesso em 28 dez 2018.
- _____. *The Doha Amendment*. 2012. Disponível em: <<https://unfccc.int/process/the-kyoto-protocol/the-doha-amendment>>. Acesso em 10 dez 2018.
- _____. *Status of ratification of the Kyoto Protocol*. 2016. Disponível em: < http://unfccc.int/kyoto_protocol/status_of_ratification/items/2613.php >. Acesso em 02 dez 2016.
- UNITED NATIONS CLIMATE CHANGE (UNCC). *New era of global Climate Action to begin under Paris Climate Change Agreement*. 2018. Disponível em: <<https://unfccc.int/news/new-era-of-global-climate-action-to-begin-under-paris-climate-change-agreement-0>>. Acesso em 16 dez 2018.
- WE ARE STILL IN DECLARATION. 2017. Disponível em: <<https://www.wearestillin.com/we-are-still-declaration>>. Acesso em 17 nov 2017.
- WEYERMÜLLER, André Rafael; ROCHA, Leonel Severo. Paradoxo e meio ambiente: Uma perspectiva luhmaniana. *Novos Estudos Jurídicos*, v. 20, n. 3, p. 907-929, 2015.
- WORLD METEOROLOGICAL ORGANIZATION (WMO). *The Global Climate 2011-2015*. 2016. Disponível em: < http://ane4bf-datapl.s3-eu-west-1.amazonaws.com/wmocms/s3fs-public/1179_EN.pdf?WevaJ-8QIS5ntCjcWd7OYyZfhIDKuews9>. Acesso em: 09 nov 2016.
- _____. *WMO Statement on the State of the Global Climate in 2016*. 2017. Disponível em: < https://library.wmo.int/opac/doc_num.php?expl_num_id=3414>. Acesso em: 02 dez 2017.

Recebido em 01 de abril de 2017.

Aprovado em 12 de setembro de 2018.

O desenvolvimentismo de Getúlio Vargas e a positivação de direitos das mulheres no Brasil

Getúlio Vargas' developmentism and the positivization of women's rights in Brazil

Taylisi de Souza Corrêa Leite*

Universidade Presbiteriana Mackenzie (UPM), São Paulo-SP, Brasil

1. Introdução

A gestão de Getúlio Vargas foi marcada, especialmente, por um projeto de desenvolvimentismo, que tinha em vista o desenvolvimento de um capitalismo independente no Brasil. No contexto da Grande Depressão, com a primeira grande crise do capital internacional, Vargas soube oportunizar as condições objetivas para reverter uma política econômica ortodoxa que estava consolidada no Brasil, especialmente, após o descontrole inflacionário causado pelo encilhamento. Desde a gestão de Campos Salles e os diversos empréstimos com nossa produção como garantia, a política econômica brasileira estava rendida ao grande capital internacional, por uma dívida impagável e pela extrema dependência da exportação de insumos agrícolas, cujo preço abismalmente inferior aos dos industrializados produzidos nos países de capitalismo central só adensava o nosso déficit comercial.

O governo e todas as políticas econômicas desenvolvidas eram caudatárias das exigências e necessidades das oligarquias agrárias produtoras das *commodities* de exportação, e o Estado se endividava cada vez mais no

* Doutoranda em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie (UPM) – São Paulo/SP. Professora universitária. Atualmente, Professora Substituta de Direito Constitucional e Direitos Humanos na UFRJ. Mestre e graduada pela Unesp – Campus de Franca/SP. E-mail: leitetaylisi@gmail.com

sistema financeiro internacional para comprar os excedentes de produção, numa política de valorização pela diminuição da oferta, que só fazia destruir as finanças estatais e enriquecer as elites. Com a crise de 1929 e a queda vertiginosa dos preços, atrelada à total ausência de capital internacional para possibilitar a captação de novos empréstimos, Getúlio Vargas reinventou a política econômica brasileira a partir dos anos 1930 e propulsionou um importante processo de industrialização.

De um lado, incentivou a diversificação da produção agrícola para mitigar a dependência econômica brasileira da exportação de *commodities*, rompendo, ao menos, com a lógica da monocultura cafeeira, demonstrando, inclusive, preocupação com a estrutura latifundiária e com uma possível insegurança alimentar. De outro, fomentou a formação de um parque industrial até então inexistente no país, começando pela indústria de base, que possibilitaria o desenvolvimento de todas as demais. Com o fortalecimento do capital produtivo, a dependência perigosa do capital financeiro seria afastada, ainda que Vargas houvesse mantido a captação de recursos internacionais.

O desenvolvimento econômico, para Vargas, dever-se-ia fazer acompanhar pela valorização ufanista de nossas riquezas naturais e pela cultura brasileira, passando pela música, arte, folclore e símbolos nacionais, de modo que seu projeto desenvolvimentista tivesse, obrigatoriamente, uma vinculação nacionalista. Por esse motivo, a preferência do crédito e da formação de nichos de produção era para o capital nacional, além da necessária estatização das maiores indústrias do país. Ademais, para Vargas, o desenvolvimento econômico passava também pela melhoria de condições para os trabalhadores e trabalhadoras, uma vez que o desenvolvimento de um capital produtivo não pode prescindir do trabalho.

No imaginário varguista, se o Estado controlasse o capitalismo selvagem, regulamentando a exploração do trabalho assalariado, toda a sociedade evoluiria em conjunto, eliminando-se as contradições da luta de classes. No desenvolvimentismo de Getúlio Vargas, patrões, empregados e Estado devem crescer juntos e prosperamente. Essa proteção ao trabalhador também possuía o escopo de apaziguar os descontentamentos, afastando as ameaçadoras ideias comunistas e anarquistas que vinham da Europa. E foi imbuído de todos esses propósitos que Getúlio Vargas se tornou o responsável pela positivação de importantíssimos direitos para o reconhecimento da cidadania feminina no Brasil.

Para apresentar seu argumento, este artigo percorre as políticas econômicas varguistas e seu projeto de industrialização, e, em seguida, o modelo político adotado por Getúlio Vargas. A imbricação entre o modelo político e o modelo econômico de Vargas foi profundamente marcada pelo desenvolvimentismo, pelo autoritarismo e pelo sindicalismo de iniciativa estatal, que serão apresentados nos tópicos subseqüentes. Por fim, este trabalho vincula todo este pano de fundo à positivação dos direitos políticos e sociais das mulheres, no Brasil, nas décadas de 1930 e 1940.

2. Política econômica heterodoxa e industrialização na Era Vargas

Por mais superficial que possa parecer essa definição, o que caracteriza uma política econômica heterodoxa é a não ortodoxia. As práticas ortodoxas são orientadas pelos modelos clássicos e neoclássicos, liberais e neoliberais. Amplamente, pode-se dizer que a ortodoxia é a visão do capital financeiro, baseada na política de força do grande capital externo e suportada por seus parceiros capitalistas internos. Nesse sentido, para Florestan Fernandes, constitui-se, na periferia da economia de mercado, um “capitalismo dependente”¹, que está determinado por uma dupla articulação – dependência externa e segregação interna.

Deste modo, embora a ortodoxia se proponha científica, é uma ideologia, que escamoteia as contradições do capitalismo. Pelo método apologético, enaltece as vantagens do sistema e oculta as contradições entre capital e trabalho, apresentando uma visão parcial da realidade, ou reduzindo a realidade econômica à esfera das trocas e da produção. Segundo Fernandes, portanto, um capitalismo dependente é, obrigatoriamente, antissocial, antinacional e antidemocrático, já que estrutura uma sociedade cindida de maneira brutal entre ricos e pobres.²

De outro lado, as visões heterodoxas, críticas à ortodoxia, são aquelas que reconhecem que a demanda não é infinita e que não há uma tendência ao equilíbrio pleno do mercado, de modo que podem se inscrever, entre os heterodoxos, marxistas, keynesianos e kaleckianos. Grosso modo, porque os marxistas diagnosticam os desequilíbrios no mercado de trabalho, os keynesianos porque reconhecem os desequilíbrios constantes entre oferta

1 FERNANDES, 1975, p. 45

2 FERNANDES, 1975, p. 67

e demanda pelas acelerações da demanda, e os kaleckianos porque identificam diferentes demandas entre setores diversos da produção. Também podem ser tratadas como heterodoxas as teorias cepalinas ou políticas expansionistas e de reflexão de preços, assim como o papelismo e o encilhamento de Rui Barbosa.

A Comissão Econômica Para a América Latina (CEPAL) foi organizada em 1948, como um escritório regional das Nações Unidas, com o escopo de se administrar os efeitos da crise econômica de 1929 na América Latina, fortalecendo a economia interna dos países para diminuir sua vulnerabilidade frente às crises econômicas mundiais. O que as chamadas teorias cepalinas possuem em comum é sua crítica militante contrária à dependência dos países periféricos em relação aos de capitalismo central, que relega a Latino-américa à condição permanente de periferia subdesenvolvida e subserviente.³ Por isso, as teorias cepalinas são certamente heterodoxas, na medida em que pensam uma política econômica para cada realidade, considerando as idiosincrasias da periferia.

Desde o Segundo Império, o Brasil sofria com uma política econômica ortodoxa, cujas ações faziam com que a dívida tivesse o efeito “bola de neve”, decorrente dos incessantes refinanciamentos da dívida brasileira, comprada pelo banco inglês *Rothschild & Sons*.⁴ Tanto o império quanto a república velha adotavam a contração da moeda e do crédito, buscando *superávit* fiscal. A economia era absolutamente dependente da exportação de café (e, secundariamente, de cacau, algodão e borracha), e o financiamento do *déficit* das transações correntes dependia do ciclo de exportações de capitais pelos credores, de modo que qualquer oscilação ou alteração no “humor” dos investidores era capaz de gerar recessão.

Mesmo quando o mercado externo para o café era favorável, a economia interna sofria, pois o aumento do preço das *commodities* gerava o aumento da inflação dos ativos, da riqueza e do patrimônio dos cafeicultores e da circulação de moeda, o que trazia *déficits* imensos na balança comercial, decorrentes das grandes remessas financeiras para o exterior e de massivas importações.⁵ Utilizava-se a receita cambial decorrente da exportação de produtos agrícolas para importar a quase totalidade dos pro-

3 MORAES, 1995, p. 119

4 BASTOS, 2012a, p. 190

5 SKIDMORE, 1982, p. 64

duto manufaturados/industrializados consumidos internamente, ou seja, até mesmo quando entrava capital no país pela venda de produtos primários, esse capital era logo realocado nos países de capitalismo central – o que é típico da ortodoxia.

Para agravar, o Brasil foi o primeiro país periférico do mundo a adotar o padrão ouro-libra, em 1846,⁶ que impunha, junto com o compromisso de manutenção de lastro metálico, o de manter taxas de câmbio fixas, além da limitação à expansão da moeda. Embora o padrão ouro tenha gerado crises cambiais e financeiras até nos países de capitalismo central, estes sentiam muito menos seus impactos, devido aos recebíveis externos e ao fato de que o preço dos produtos manufaturados/industrializados era sempre superior aos das *commodities* – os países credores geravam *superávits* drenando recursos líquidos do resto do mundo. Na ortodoxia, a contração do crédito e a deflação sempre são maiores em países endividados.

A adoção do padrão ouro gerou o embate entre metalistas e papelistas, sendo os primeiros ortodoxos e os segundos não. No governo de Marechal Deodoro da Fonseca, o Ministro da Fazenda, Rui Barbosa, implementou a política do “Encilhamento”, que consistia na emissão de papel sem lastro para facilitar o crédito e o crescimento econômico.⁷ Segundo a retórica do Ministério, que propunha uma “democracia do trabalho industrial”, o objetivo primordial era impulsionar a industrialização.⁸ Todavia, foram criadas empresas fantasmas, e o encilhamento sustentou os rentistas, causando uma desvalorização da moeda e uma inflação descontrolada, que atravessou os governos de Floriano Peixoto e Prudente de Moraes, o qual tentou colocar em prática políticas ortodoxas para combater a crise cambial, mas não obteve apoio parlamentar.⁹

Campos Salles, que governou entre 1898 e 1902, sob ameaça de intervenção militar inglesa para conter a crise, nomeou como Ministro da Fazenda Joaquim Murinho, que retomou uma política econômica ortodoxa através do *Funding loan*, o qual consistiu num empréstimo financiado, de dez milhões de libras esterlinas, em bancos estrangeiros, dando em garantia à penhora a Alfândega do Rio de Janeiro. Tomou como medidas o

6 BASTOS, 2012a, p. 187

7 BASTOS, 2012a, p. 192

8 LIMA, 1970, p. 290

9 BASTOS, 2012a, p. 192

controle da emissão de papel moeda, e o controle da inflação por uma política deflacionária, o que gerou enorme recessão, com redução da atividade econômica, e do processo de industrialização, desvalorização cambial, desemprego e falências.¹⁰

Por outro lado, se a intenção era retomar a credibilidade do Brasil num novo ciclo creditício internacional, a austeridade político-econômica de Salles foi bem sucedida, e a expansão do crédito foi convertida em investimentos públicos no processo de urbanização durante a gestão seguinte, de Rodrigues Alves. Com a recuperação das receitas orçamentárias, Alves investiu massivamente na política de valorização do café, baseada na desvalorização cambial da moeda brasileira, política de câmbio fixo, e compra de estoques. Além disso, retomou ao padrão ouro, que seria abandonado novamente em 1929.¹¹

Estava assentada novamente a ortodoxia. Com a crescente superprodução de café e a permanente flutuação dos preços do mercado internacional, o governo brasileiro precisava dispendir um capital de que não dispunha para comprar os estoques, na tentativa de valorizar os produtos agrícolas no mercado internacional.¹² Para tanto, realizaram-se mais empréstimos, aumentando a dívida colossalmente, numa política ortodoxa e subserviente, que se manteve consolidada até os governos de Arthur Bernardes e Washington Luís, de quem Vargas foi ministro.

Quando se adota o pensamento ortodoxo, num sentido diametralmente oposto ao das teorias cepalinas, pensa-se a racionalidade econômica para uma adaptação das economias periféricas às exigências do grande capital internacional. E, então, com a quebra da Bolsa de Nova Iorque em 1929, ficou evidente a dependência do Brasil da exportação de seus poucos produtos agrícolas, pois a tendência de um mercado internacional em crise era a supressão de demanda. Com a perda de divisas, a capacidade brasileira de importação minguou e os preços das utilidades manufaturadas não podiam ser controlados por um produtor isolado de insumos agrícolas, escancarando, de modo dramático, a fragilidade do Brasil frente ao mercado internacional.¹³

10 BASTOS, 2012a, p. 193

11 BASTOS, 2012a, p. 194

12 LIMA, 1970, p. 303

13 SKIDMORE, 1982, p. 66

Diante de um cenário tão nebuloso, ao assumir o governo provisório, em 1930, entre ortodoxia e heterodoxia, Vargas deixou ambas as opções em aberto. Entretanto, a ortodoxia mostrou-se inviável na grande depressão, pois os créditos internacionais tendiam a desaparecer, de modo que uma política pró-cíclica tendia a aprofundar a deflação. Grupos vinculados ao mercado interno reivindicavam heterodoxia, com políticas que defendessem o valor dos ativos e refinanciassem os passivos internos. Porém, para seu descontentamento, inicialmente, Vargas não rompeu com os credores externos, administrando politicamente a crise econômica e as diferentes reivindicações dos setores sociais. De um lado, credores externos e oligarquias cafeeiras pressionavam por uma política ortodoxa; de outro, grupos oligárquicos estaduais, camadas médias e populares clamavam por uma política heterodoxa.

Após a tomada do poder, o governo Vargas criou, em 1931, o “Conselho Nacional do Café”, que reorganizou a política de defesa do café, retomando a compra dos excedentes. Porém, além dos estoques acumulados das safras anteriores, o ano de 1931 produziu uma “supersafra”, o que motivou a decisão governamental de destruir os estoques, queimando todo o produto.¹⁴ Para Celso Furtado, a queima do café teria sido o estopim do abandono de uma política econômica ortodoxa, para uma total heterodoxia na gestão de Getúlio Vargas, o qual teria implementado um keynesianismo *avant la lettre*.¹⁵ Do mesmo modo, Vargas também teria antecipado a implementação das propostas cepalinas antes da criação da CEPAL.

Assim, segundo a análise de Furtado, a intervenção de Vargas para a defesa do café, recorrendo, a contragosto, a *déficits* fiscais e emissões monetárias, teria gerado uma política anticíclica. Uma vez que o desenvolvimento econômico é resultado da produtividade dos fatores de produção, o eixo econômico torna-se dinâmico, enquanto a produtividade dos fatores é elevada. A perda de produtividade do setor cafeeiro teria, portanto, gerado a mudança de eixo na economia brasileira, propulsionando a industrialização. A recuperação econômica brasileira nos anos 1930 teria sido, então, uma consequência imprevista dos impactos sistêmicos da desvalorização cambial, que gerou tamanha escassez de reservas, impossibilitando a continuidade das importações. Por isso, o país teria sido compelido a produzir os bens não primários de que o mercado interno necessitava.¹⁶

14 CANO, 2012, p. 142

15 FURTADO, 1961, p. 216

16 FURTADO, 1959, p. 192

Pedro Bastos discorda parcialmente dessa análise furtadiana, pois não acredita que essa mudança de eixo seja acidental, ou mesmo meramente decorrente de um impacto econômico sistêmico. Para Bastos, Vargas estava plenamente consciente da necessidade de adoção de uma política heterodoxa, argumentando que seria impossível o governo haver proposto iniciativas de mudança institucional e diversificação agrícola e industrial sem possuir um projeto consciente de reorientação da economia.¹⁷ Segundo Pedro Bastos, Vargas era claramente heterodoxo, não apenas porque o cenário internacional impunha políticas anticíclicas, mas porque já havia dado mostras de seu projeto na presidência do Rio Grande do Sul, e fazia cálculos políticos sobre os resultados distributivos das opções tomadas na política econômica, entre os quais, o apaziguamento da luta de classes.¹⁸

De fato, Getúlio Vargas alterou completamente as relações entre Estado e economia, intervindo nas relações de classe via desenvolvimento capitalista. Fortaleceu o mercado interno, promoveu a integração nacional, a industrialização e a constituição de uma sociedade urbana e de massas. O nacionalismo econômico de Vargas era caracterizado por um nacional-desenvolvimentismo, cuja vontade política estava centrada no desenvolvimento de atividades econômicas industriais e diversificação da produção, a fim de superar nossa ultra especialização primário-exportadora no mercado internacional, bem como valorizar, de maneira ufanista, nossa capacidade de desenvolver o mercado interno.¹⁹ É nessa perspectiva de desenvolvimento do capital produtivo que Vargas regulamenta os direitos sociais e a história do Brasil assiste ao reconhecimento da mulher – trabalhadora – enquanto sujeito de direitos.

3. O desenvolvimentismo de Getúlio Vargas

O termo “desenvolvimentismo” costuma ser empregado pelos economistas para se referir aos modelos de governos latino-americanos que foram implementados a partir da década de 1950, após a criação da CEPAL. A percepção cepalina considera o subdesenvolvimento resultante de um processo histórico, que articula desenvolvimento e subdesenvolvimento, evidencian-

17 BASTOS, 2012a, p. 184

18 BASTOS, 2012a, p. 216

19 BASTOS, 2012b, p. 255

do que os países de capitalismo central, historicamente, têm empurrado os demais para a periferia e a dependência, refutando as hipóteses das teorias econômicas neoclássicas, que apontam o subdesenvolvimento como um estágio de uma evolução em direção a um desenvolvimento futuro.

Além disso, segundo Colistete, as teorias cepalinas possuem duas premissas primordiais, quais sejam: primeiro, as economias latino-americanas teriam desenvolvido estruturas pouco diversificadas e pouco integradas, tornando-se dependentes das exportações do setor primário, incapazes de difundir progresso técnico para o resto da economia; segundo, o ritmo de incorporação do progresso técnico e o aumento de produtividade seriam significativamente maiores nas economias industriais centrais do que nas economias periféricas, o que levaria, por si só, a uma diferenciação da renda global abismalmente mais favorável aos países de capitalismo central, uma vez que os preços de exportação dos manufaturados/industrializados produzidos pelos países industrializados aumentam muito mais significativamente do que as *commodities*, o que constitui uma tendência à deterioração dos termos de troca, que afeta negativamente os países latino-americanos.²⁰

Para Pedro Fonseca, porém, o que caracteriza um governo como desenvolvimentista é um “núcleo duro”, que comporta três elementos: industrialização, intervencionismo pró-crescimento e nacionalismo (que pode ser compreendido desde o ufanismo conservador até o radicalismo da ruptura com o capital estrangeiro). Tais elementos necessitam estar conscientemente articulados e integrados em planejamento estratégico e ações governamentais.²¹ Segundo ao autor, o desenvolvimentismo brasileiro deve ser compreendido além da direta vinculação às teorias cepalinas, embora esteja obviamente a elas relacionado, pois se formou de maneira bastante peculiar, a partir de quatro pilares estruturantes: o nacionalismo, o industrialismo, o papelismo e o positivismo. Ademais, a gestão de Vargas já implementava políticas econômicas heterodoxas no sentido que iriam propor os teóricos cepalinos, antes da criação da CEPAL, com fortes contornos nacionalistas.

Sabemos que o nacionalismo brasileiro remonta ao período colonial, desde as primeiras revoltas nativistas contra Portugal, chegando ao século XIX com influências liberais, que seriam abandonadas posteriormente.

20 COLISTETE, 2001, p. 23

21 FONSECA, 2012, p. 22-23

Economicamente, o nacionalismo do início do século XX espalhava-se por um nacionalismo industrial, que preconizava o desenvolvimento da indústria nacional a fim de satisfazer internamente a maior parte das demandas do mercado brasileiro, de modo que os mercados internacionais fossem meros auxiliares do mercado principal nacional; e, de outro lado, por um nacionalismo agrário, que enaltecia o potencial do setor primário nacional, preconizando o investimento estatal e a diminuição da tributação sobre produtos agrícolas.²²

Como o movimento nacionalista agrário se fortalecia pelo ufanismo, pela exaltação romântica do sertão e da vida rural, e, conseqüentemente, depreciava a vida urbana e a indústria, o movimento de defensores da urbanização industrial começou a crescer, originando a corrente industrialista, como dissidência dos nacionalistas. Os defensores da indústria condenavam o que consideravam atrasos no país, como a vida no campo, a escravidão e a própria monarquia, propugnando a modernização e o republicanismo. Ainda, outro movimento heterodoxo da época, o dos papelistas, questionava a política econômica clássica, prisioneira da manutenção neurótica do equilíbrio orçamentário, e também constituiu importante alicerce para o desenvolvimentismo brasileiro.²³

Por fim, temos os positivistas, opositores do liberalismo, que defendiam a “ditadura científica”, inspirados nas ideias de Auguste Comte, muito típicas do século XIX e início do XX. Para eles, a tripartição de poderes liberal conferia ao Legislativo o controle sobre as ações do Executivo, que se tornava um poder engessado pelo princípio da legalidade. O bom funcionamento estatal só seria viável com a autonomia de um Executivo forte, dotado do poder de legislar. O Rio Grande do Sul foi o Estado onde houve maior destaque das ideias positivistas, pela figura de Júlio de Castilhos, chamado “O Patriarca”, que as adotou como a ideologia oficial do Partido Republicano Rio-Grandense (PRR), culminando na sua implementação durante o governo de Borges de Medeiros. Em 1903, após a morte de Júlio de Castilhos, Medeiros assumiu a liderança do PRR. Borges de Medeiros foi Presidente do Rio Grande do Sul (essa era a designação à época), de 1898 a 1928, indicado pelo “patriarca” Júlio de Castilhos.

22 FONSECA, 2012, p. 26-27

23 FONSECA, 2012, p. 36

O positivismo aceitava a intervenção do Estado na economia e advogava a estatização industrial, além de determinar que aquele atuasse positivamente para que a sociedade se encaminhasse em direção à ordem e ao progresso. Imbuído desses ideais, Medeiros estatizou as estradas de ferro do Rio Grande do Sul e rompeu com o que chamava de “funesto sistema orçamentário do Império”.²⁴ Na área trabalhista, acompanhando as formulações de Comte, os positivistas defendiam a integração do proletariado à sociedade moderna, o que significava reconhecer que as condições desumanas de trabalho eram incompatíveis com o verdadeiro progresso. Por isso, Borges de Medeiros recebeu trabalhadores grevistas no Palácio gaúcho em 1917 e considerou justas suas reivindicações. Não é coincidência que esse seja o ano da Revolução Russa, pois o principal intento do positivismo, em suas propostas trabalhistas, era afastar a ameaça do comunismo.

Borges de Medeiros foi impedido de se reeleger, em 1923, devido à emenda constitucional de 1891, abrindo caminho para que Vargas fosse eleito presidente do Rio Grande do Sul em 1928, a fim de conservar a hegemonia política do PRR no estado. Vargas vinha para dar continuidade ao governo positivista, mas sua gestão se caracterizou por um desenvolvimentismo completo, que articulava todos os pilares fundantes: nacionalismo, industrialismo, papelismo e positivismo.

Segundo Pedro Fonseca, como o escopo maior do desenvolvimento era o crescimento econômico via capital produtivo, o positivismo se misturava ao papelismo, abandonando-se o princípio do equilíbrio orçamentário, com uma presença do Estado, cada vez mais acentuada, na organização da produção e dos trabalhadores.²⁵ Enquanto fora Ministro da Fazenda de Washington Luís, de 1926 a 1927, Vargas implementou uma reforma monetária e cambial, na consolidação de uma política econômica ortodoxa; porém, como Presidente do seu estado, levou a cabo uma experiência desenvolvimentista, com grandes feitos, como a criação do Banco do Estado do Rio Grande do Sul (BERGS) e da Viação Aérea Riograndense (VARIG). Esse modelo já experimentado do Rio Grande do Sul seria, então, levado por Vargas ao governo federal.

Assumindo o governo federal através da Revolução de 1930, Vargas implementou seu modelo de desenvolvimentismo, marcado por todas es-

24 FONSECA, 2012, p. 43

25 FONSECA, 2012, p. 46

sas influências e caracterizado por um nacional-estatismo. Segundo Jorge Ferreira, seu projeto era nacional em dois sentidos: intentava superar a dependência internacional, financiando a industrialização interna, ao mesmo tempo em que procurava valorizar os padrões de cultura brasileiros, a fim de criar uma economia moderna com algum grau de autonomia e uma identidade cultural, ambas nacionais.²⁶ De outro lado, era um projeto estatista, porque centrava no Estado os aparatos da modernização econômica, especialmente, com a criação de empresas estatais.

O Estado varguista aumentou o controle sobre as atividades econômicas, com a criação da Coordenação de Mobilização Econômica (CME), que incluía o Serviço de Licenciamento de Despachos de Produtos Importados, bem como incrementou a racionalização dos investimentos públicos, coma criação do Plano Especial de Obras Públicas e de Aparelhamento da Defesa Nacional (Peopadn), substituído, em 1943, pelo Plano de Obras e Equipamentos (POE). Fomentou a criação de indústria de base, estatal, como a Companhia Siderúrgica Nacional, a Companhia Vale do Rio Doce, a Companhia Nacional de Álcalis, a Fábrica Nacional de Motores, a Companhia de Aços Especiais Itabira (Acesita) e a Companhia Hidrelétrica do São Francisco.²⁷

Além disso, fomentava o desenvolvimento do capital produtivo privado através dos créditos especiais do Banco do Brasil. No âmbito estatal, criou as carreiras públicas, tornando o concurso público obrigatório, profissionalizando a administração pública e equipando o Estado com burocracia eficiente, regidas pela meritocracia e fiscalizadas pelo DASP (Departamento Administrativo de Serviço Público), que unificava a gestão de pessoas e os planos das carreiras públicas. No seu segundo governo, Vargas criou, ainda, as três maiores empresas estatais da história do Brasil, a Petrobrás, a Eletrobrás e o Banco Nacional do Desenvolvimento Econômico (BNDE, atualmente, BNDES).²⁸

A prioridade varguista era a indústria de base porque, sem esta, não seria possível a implementação de um vasto parque industrial que envolvesse diversos nichos produtivos, e a industrialização, como um todo, por sua vez, estava inserta num grande projeto de modernização do Brasil.

26 FERREIRA, 2012, p. 308

27 BASTOS, 2012b, p. 366

28 BRESSER-PEREIRA, 2012, p. 107

Essa modernização, na perspectiva de Getúlio Vargas, passava por algumas estratégias indispensáveis, entre as quais, o fortalecimento do capital produtivo nacional em relação ao capital financeiro; o fortalecimento do mercado e da produção internos para a independência brasileira em relação mercado internacional; a mitigação da exploração da classe trabalhadora, através da legislação trabalhista e da fiscalização sindical-estatal de seu cumprimento; o enfraquecimento das ideias comunistas através do aumento da capacidade de consumo da classe trabalhadora no interior do capitalismo nacional, e da cooptação do movimento operário pelo aparato sindical burocratizado e controlado pelo Estado.

Nesse contexto, a positivação de direitos sociais aparece como um dos elementos necessários à consecução dos objetivos de um projeto amplo de desenvolvimento nacional. Pode-se dizer que, no Brasil, muito peculiarmente, muito mais do que o resultado de intensas pressões operadas pelas lutas do movimento operário (ainda incipiente) ou por uma tensão limitrofe da luta de classes ameaçadora ao capital (completamente sufocada), os direitos trabalhistas foram estruturados pelo ideal de nação de um homem – Getúlio Vargas – e seu projeto desenvolvimentista.

No mesmo sentido, diferente do que acontecera no norte do planeta (como no caso das sufragistas), as conquistas de direitos das mulheres chegaram ao Brasil como ecos jurídicos dos países de capitalismo central, para possibilitar a implementação do plano varguista, e não como resultado de intensas e sangrentas lutas feministas. Certamente, para a modernização do Brasil, fazia-se imperioso o reconhecimento jurídico dessa imensa massa da população enquanto sujeitos de direito, na qualidade de cidadãs (eleitoras) e trabalhadoras assalariadas, cuja mão-de-obra era importante para o projeto de desenvolvimento.

4. Autoritarismo e sindicalismo

Durante a primeira República, era preocupação constante dos políticos e intelectuais imprimir novos rumos ao Brasil, especialmente, entre os liberais e positivistas, que desejavam a modernização do país em direção ao progresso. A Constituição de 1891 simbolizava a concretização jurídica de um projeto liberal, desenhando um Estado de Direito impessoal e racional, pautado na legalidade e fundado numa arquitetura institucional de partidos e parlamento, na qual o sujeito de direitos, cidadão, pudesse participar

do poder através do voto. Porém, as dificuldades reais de efetivação desse projeto constitucional foram escancaradas pela resistência das elites, fazendo com que esse modelo liberal de Estado sofresse significativos abalos.²⁹

Após a primeira grande guerra, a retórica liberal que sustentava a Constituição passou a ser profundamente questionada, pela constatação de que a isonomia formal que suportava o princípio republicano (cada cidadão era igual ao outro porque todos tinham direito ao sufrágio) era factualmente desmentida pela desigualdade material entre os indivíduos e as restrições no direito de votar. Por parte da classe política, crescia o descompromisso com os valores liberais, por uma percepção de que era preciso superar o artificialismo republicano, aproximando-se da realidade nacional. Nesse contexto, fortaleceram-se as ideias dos intelectuais positivistas, cuja proposta para superar a dicotomia entre o “Brasil legal” e o “Brasil real” decorrente do liberalismo, desde a década de 1920, fundava-se na centralização política e no nacionalismo.³⁰

Foi com essa perspectiva que Getúlio Vargas se formou politicamente entre os quadros do PRR. Para os positivistas, um Estado moderno e modernizante necessitava abandonar as amarras liberais da estrita legalidade e da separação de poderes. Propunham a substituição do modelo francês pela “harmonização dos poderes” de origem alemã, capaz de superar a falsa dicotomia entre as democracias liberais e as ditaduras, na medida em que aceitava a adoção de um Estado forte por meio de um presidencialismo extremado.³¹ Uma vez que o presidente era conduzido por meio do voto, a supremacia do Executivo e sua plena discricionariedade para governar significavam que quaisquer de suas ações seriam a concretização da vontade do povo – se o ditador fosse eleito, escolhido pelo povo, eliminar-se-ia a diferença entre ditadura e democracia.

A identificação entre Estado e Nação e a emergência dessa nova forma de autoridade centrada na figura personalista do Presidente eliminaria, também, a necessidade de corpos intermediários entre o chefe de Estado e o povo, demandando a estruturação de um Estado corporativo, capaz de separar os indivíduos, paradoxalmente, agrupando-os em determinadas categorias para facilitar o diálogo entre povo e governante. A própria le-

29 GOMES, 2012, p. 72

30 GOMES, 2012, p. 74

31 GOMES, 2012, p. 79

gislação laboral, como vimos, foi ofertada como concessão numa estrutura burocrática e corporativa, possibilitando a convivência da classe trabalhadora com o autoritarismo.

Getúlio Vargas, no Brasil, tornou-se o ícone desse modelo de gestão, no qual o Presidente aparece como liderança natural e autoridade máxima no imaginário político popular. No positivismo varguista, a figura pessoal do chefe de Estado encarna, de maneira fixa e centralizada, todo o poder da República, perfazendo o mito do herói político da nação. Essa mitografia, associada à possibilidade de legislar, faz com que, naturalmente, o Presidente seja um potencial ditador. O autoritarismo é uma característica necessária desse modelo de gestão. Todavia, segundo Ângela Gomes, ao mesmo tempo em que o regime varguista punia pretensões críticas, mostrava alguma tolerância, na busca pela popularização da imagem presidencial.³²

Porém, embora o governo intentasse escamotear a luta de classes e mitigar as tensões sociais de forma permanente, no limite, a estratégia de Vargas para evitar o confronto com a extrema direita ou a extrema esquerda, quando ameaçavam os interesses do governo, era a força. O governo considerava o protesto social e as manifestações populares subversivos, e contava com o apoio das elites para realizar a opressão dos supostos comunistas e dos movimentos sociais.

Adotava, ainda, uma estratégia ideológica de propaganda anticomunista, alardeando uma ameaça que nunca existiu – inclusive, Getúlio serviu-se da farsa do “Plano Cohen” para se manter no governo. As atividades da polícia federal, sob o comando do temido Filinto Müller, empreendiam uma repressão violenta e uma vigilância austera sobre qualquer atividade que pudesse ser considerada subversiva, e nem mesmo ministros de estado e diplomatas escapavam à investigação. Além disso, o governo federal censurava todos os meios de comunicação.³³

Nesse cenário, a instituição de políticas sociais e a criação de uma legislação protetiva, principalmente, no período de 1937 a 1945, foi uma das estratégias de um autoritarismo marcado pela centralização técnico-burocrática, e atrelado à propaganda da figura pessoal de Vargas como um grande benfeitor, o “pai dos pobres”. O populismo e a mitografia paternalista, ao lado

32 GOMES, 2012, p. 91

33 LEVINE, 1980, p. 90-91

da legislação trabalhista, sustentavam, junto com o autoritarismo, o aparato institucional, e estimulavam o corporativismo na classe trabalhadora.³⁴

A separação em categorias profissionais e a formação dos sindicatos representaram o fortalecimento do sistema presidencial nacionalista e a viabilização de uma “democracia autoritária”, inseridos num sofisticado ideal de modernização da política, que altera as fronteiras entre público e privado de maneira ambígua (GOMES, 2012, p. 80). O controle ferrenho da massa trabalhadora dava-se por meio de uma legislação eficazmente centrada na autoridade estatal, e da dependência financeira dos sindicatos. Por exemplo, a legislação de 1939 estabeleceu uma taxa sindical para que o governo interferisse no funcionamento corporativo das entidades, uma vez que controlava a viabilidade financeira dos sindicatos. O direito emanado do Estado é que regulamentava o funcionamento sindical, engessando-o.

A Consolidação das Leis do Trabalho dedicou todo seu Título V à organização sindical, normatizando a forma de associação, o reconhecimento e a investidura, a administração, as eleições, os direitos dos sindicalistas, a gestão financeira, a fiscalização, o enquadramento sindical, a contribuição, o imposto sindical, as convenções coletivas e as comissões de conciliação. Eram prerrogativas dos sindicatos: representar, perante as autoridades administrativas e judiciárias, os interesses gerais da respectiva categoria ou profissão liberal ou interesses individuais dos associados relativos à atividade ou profissão exercida; celebrar contratos coletivos de trabalho; eleger ou designar os representantes da respectiva categoria ou profissão liberal; colaborar com o Estado, como órgão técnico e consultivo, no estudo e solução dos problemas que se relacionassem com a respectiva categoria ou profissão liberal; e impor contribuições a todos aqueles que participassem das categorias econômicas ou profissionais ou das profissões liberais representadas. De outro lado, eram deveres dos sindicatos: colaborar com os poderes públicos no desenvolvimento da solidariedade social; manter serviços de assistência judiciária para os associados; promover a fundação de cooperativas de consumo e de crédito; fundar e manter escolas de alfabetização e pré-vocacionais; promover a conciliação nos dissídios e cumprir as decisões e resoluções da Comissão Nacional de Sindicalização.³⁵

34 COUTO, 2004, p.104

35 BRASIL, 1943

O fortalecimento do trabalhismo e do sindicalismo foi a forma varguista de escamotear a luta de classes, num discurso de que propunha como “caminho do meio”. Ao mesmo tempo em que rejeitava o enriquecimento artificial das elites rentistas e limitava o enriquecimento do capital produtivo à custa de exploração de mais valor, por meio da inversão produtiva do capital e da promulgação limitadora dos direitos trabalhistas, Vargas combatia o que considerava a ameaça do comunismo. Para ele, a melhor estratégia para afastar as ideias comunistas era a constituição de uma democracia lastreada no trabalho e no bem-estar do povo, de modo que a expansão do crédito, o crescimento do emprego e da renda pudessem promover a “paz social”.³⁶

Destarte, a constituição e burocratização dos sindicatos cumpria uma dupla função estratégica: enfraquecia a via revolucionária da luta operária, e colocava o trabalho a serviço do projeto desenvolvimentista de forma administrada pelo Estado. Como o escopo não era fortalecer a luta proletária, o movimento sindical acabou por domesticar a maioria dos trabalhadores comunistas e sufocar as ideias anarquistas no movimento operário. Os sindicatos eram aparelhos burocratizados antirrevolucionários, e totalmente masculinos. Se a própria luta de trabalhadores homens estava sufocada, o espaço possível de desenvolvimento de um movimento operário feminista era inexistente, muito diferente dos países de capitalismo central.

Nos EUA, por exemplo, em 28 de fevereiro de 1909, operárias de uma fábrica de tecidos, situada na cidade norte americana de Nova Iorque, ocuparam a fábrica, a fim de melhores condições de trabalho, como a redução na carga diária de trabalho para dez horas (as fábricas exigiam 16 horas de trabalho diário), equiparação de salários com os homens (as mulheres chegavam a receber até um terço do salário de um homem, para executar o mesmo tipo de trabalho) e tratamento digno dentro do ambiente de trabalho. A greve das tecelãs foi reprimida com violência voraz: as mulheres foram trancadas dentro da fábrica, que foi incendiada, e, aproximadamente, cento e trinta morreram carbonizadas. Em 1910, ocorreu a primeira conferência internacional de mulheres, dirigida pela Internacional Socialista, quando foi aprovada a proposta de instituição de um Dia Internacional da Mulher, embora nenhuma data tivesse sido especificada (o dia 08 de março foi instituído pela ONU em 1975). Em 1927, a revolução russa foi

36 BASTOS, 2012b, p. 387

precipitada pelo movimento de trabalhadoras, que reivindicavam melhores condições de vida e trabalho e contra a entrada da Rússia na Primeira Guerra Mundial.

Esse tipo de mobilização feminina era absolutamente comum nos Estados Unidos e na Europa, e o movimento de mulheres trabalhadoras tinha altíssimo potencial revolucionário. No Brasil, o machismo cultural associou-se à estruturação de uma organização socioeconômica que inviabilizou a organização feminista. Como a Consolidação das Leis laborais, que regulamentava todo o funcionamento sindical, não estipulou cotas obrigatórias de participação feminina nos sindicatos, e não havia a possibilidade de articulação de um movimento social trabalhista feminino por motivos culturais e estruturais, as mulheres não tinham inserção sindical. Não faziam parte do aparato sindical, de modo que não tinham voz alguma na condução das políticas trabalhistas e na luta por efetivação de direitos.

Assim, uma vez que a teleologia precípua da organização sindical pela Era Vargas consistia no enfraquecimento da luta operária revolucionária, e no fortalecimento desenvolvimentista do capital com a exploração de um trabalho conivente, de forma administrada pelo Estado, a inclusão de mulheres era totalmente desnecessária e indesejável. Por isso, o reconhecimento dos direitos das trabalhadoras encontrava seu limite na medida em que pudesse cumprir a finalidade de garantir que mais mão-de-obra pudesse ser explorada de forma regulamentada.

5. Direitos políticos e sociais das mulheres

Como ocorreu no resto do mundo ocidental, a luta por direitos das mulheres coincide com outros movimentos, como o republicano e o abolicionista; porém, aqui, a positivação normativa se deu de maneira bastante atrasada em relação aos países de capitalismo central. No período colonial, a legislação adivinha da metrópole, o que acabou por atrasar o desenvolvimento moderno do direito brasileiro, e, conseqüentemente, a positivação de garantias para as mulheres. Conquanto, mesmo após sua independência, o Brasil permaneceu importando modelos estrangeiros, que não guardavam relação com os aspectos sociais da realidade nacional.³⁷ A primeira constituinte, convocada por D. Pedro I, excluía negros e mulheres da con-

37 PIMENTEL, 1978, p.14

dição de cidadãos. Com a constituição da república, em 1891, essa situação não foi alterada. A nova Assembleia Nacional Constituinte continuava discriminando as mulheres, os analfabetos e os negros, e privilegiando os interesses dos fazendeiros e da nascente burguesia.³⁸

O feminismo ocidental é sociologicamente dividido em três grandes “ondas”: A primeira onda do feminismo refere-se a um período extenso de atividade feminista ocorrido durante o século XIX e início do século XX, no Reino Unido e nos Estados Unidos, que tinha, originalmente, o foco da promoção de igualdade nos direitos contratuais e de propriedade para homens e mulheres, e na oposição de casamentos arranjados. No entanto, no fim do século XIX, o ativismo passou a se focar principalmente na conquista de poder político, especialmente, o direito ao sufrágio por parte das mulheres. As sufragistas iniciaram seu movimento no Reino Unido, com a fundação da “União Nacional pelo Sufrágio Feminino”.

A maioria dos parlamentares britânicos acreditava, ainda respaldados nas ideias de iluministas como John Locke e David Hume, que as mulheres eram incapazes de compreender o funcionamento da política, por não serem agraciadas pela razão como os homens e, por isso, eles relutavam em reconhecer seu direito ao voto. O movimento, então, que começou pacífico, foi às ruas e suas ativistas foram detidas repetidas vezes pela polícia, o que ensejou a adoção da greve de fome como nova estratégia de pressão. O advento da lei britânica motivou mulheres de diversos outros países a lutarem pelo sufrágio em todo o ocidente. Outro movimento de destaque é o de mulheres russas nas mobilizações bolcheviques.

No Brasil, a primeira eleitora do país foi uma potiguar, que invocou a lei eleitoral do Rio Grande do Norte, de 1926, dando entrada numa petição requerendo sua inclusão no rol de eleitores do município. O juiz deu parecer favorável e enviou telegrama ao presidente do Senado Federal, pedindo, em nome da mulher brasileira, a aprovação do projeto que instituía o voto feminino, amparando seus direitos políticos.

O reconhecimento universal da condição de cidadã e o direito ao sufrágio feminino só vieram em 24 de fevereiro de 1932, no governo Vargas, desde que a mulher fosse casada, viúva ou solteira com renda própria. Em 1934, leciona Silvia Pimentel, que essas restrições foram eliminadas e “pela primeira vez, o constituinte brasileiro demonstra sua preocupação pela si-

38 CARDOSO; CARDOZO, 1986, p.78

tuação jurídica da mulher proibindo expressamente privilégios ou distinções por motivo de sexo”.³⁹ A Constituição totalitária de 1937 (conhecida como “Polaca”) silenciou sobre o tema, mas, em 1946, a obrigatoriedade de votar foi estendida às mulheres.

Conforme vimos argumentando, esse reconhecimento dos direitos políticos das mulheres no Brasil foi menos uma conquista de intensas lutas dos movimentos sociais do que uma etapa de um projeto maior de modernização nacional, que intentava equiparar o Brasil aos países de capitalismo desenvolvido. O reconhecimento legal e, posteriormente, constitucional da cidadania da mulher, pela gestão de Vargas, fazia parte de seu projeto modernizante e possibilitava que um novo imenso eleitorado se constituísse para legitimar seu “autoritarismo democrático” positivista através do voto. A Constituição de 1934 emulava as constituições europeias, e replicou o direito ao sufrágio feminino, considerado moderno por Getúlio. A “Polaca” silenciou sobre o tema para, num regime declaradamente autoritário, permitir a discricionariedade ao Presidente para decidir, no meio do jogo político, se as mulheres poderiam votar ou não, conforme seus interesses. A Constituição de 1946, finalmente, tornou o voto feminino obrigatório, pois ficou constatado que as mulheres eram um eleitorado favorável à situação.

No mesmo sentido, o reconhecimento formal dos direitos laborais não decorria de uma conquista advinda de sangrentas lutas sociais, mas fazia parte do pacote nacional-desenvolvimentista de Vargas. O ordenamento jurídico destinado à proteção dos trabalhadores urbanos também foi proclamado na Constituição de 1934, que assegurava e definia direitos sociais, com ênfase nos direitos trabalhistas. A partir da norma constitucional, Vargas editou toda a legislação social infraconstitucional, promovendo a regulamentação do trabalho feminino e dos menores no âmbito industrial, o salário mínimo, o repouso remunerado, a fixação da jornada de trabalho de oito horas, férias anuais remuneradas, regulamentação específica para o trabalho agrícola, normas de amparo aos pobres, e proteção especial à maternidade e à infância, além direito à educação primária integral e gratuita.

Para o estabelecimento de uma Previdência Social sólida, Vargas estimulou a expansão das Caixas de Aposentadoria e Pensão (CAPs), que garantiam aos trabalhadores ferroviários a aposentadoria por idade ou invali-

39 PIMENTEL, 1978, p. 17

dez, assistência médica, compra de medicamentos a preços mais baixos do que os praticados pelo mercado e pensão. As CAPs eram administradas por um Conselho composto por representantes da empresa e dos empregados; o poder público só intervinha se surgissem conflitos entre a administração e os segurados; o financiamento advinha da contribuição dos trabalhadores, além dos consumidores dos serviços.

Em 1933, Vargas instituiu os Institutos de Aposentadoria e Pensão (IAPs), que beneficiavam outras categorias de trabalhadores, como os marítimos (IAPM), os bancários (IAPB), os industriários (IAPI) e os servidores do Estado (IPASE). Cada Instituto possuía benefícios específicos da categoria, com características diferentes das Caixas, as quais subsistiram até 1953 para as categorias de menor força organizacional e financeira. O Estado indicava representantes do governo para a presidência dos IAPs, constituindo, assim, um espaço altamente privilegiado para a manutenção do controle dos trabalhadores, embora ainda fossem geridos por representantes dos empregados e dos empregadores paritariamente. O modelo de contribuição previdenciária era tripartite, isto é, empregadores, segurados e Estado dividiam a responsabilidade da contribuição. Assim, conforme aumentasse o número dos segurados, aumentava o valor de contribuição que o Estado deveria prestar, o que gerou uma crise previdenciária. O governo não prestava suas cotas e taxas devidas ou o fazia de forma irregular e imparcial.⁴⁰

O modelo previdenciário vigente era caracterizado por uma forte acumulação de recursos, que, contraditoriamente, não eram repassados efetivamente aos segurados na forma de serviços. A assistência médico-hospitalar, por exemplo, precisava ser contratada paralelamente. A principal aplicação do capital amealhado pelos IAPs dava-se no programa de financiamento habitacional, que beneficiava os segurados ativos, facilitando a aquisição de imóveis através da compra direta ou de empréstimos.

O governo Vargas direcionava do montante de reservas acumuladas pelos institutos de previdência, em regime de capitalização, a áreas estratégicas da economia brasileira para fomentar a industrialização e o desenvolvimentismo.⁴¹ Assim como ocorria nos sindicatos, as mulheres não participavam da gestão dos Institutos de aposentadoria e pensão, e tinham

40 COUTO, 2004, p.97

41 COUTO, 2004, p.99

seu direito assegurado com diferença temporal no período de contribuição e na idade mínima para o benefício, como funciona até hoje.

A proteção aos direitos sociais, principalmente laborais, fazia parte do projeto desenvolvimentista de Getúlio, que passava por um Estado corporativo, um projeto social de caráter autoritário, e pela modernização do capitalismo brasileiro. Não se tratava, portanto, de um compromisso humanístico e democrático, razão pela qual a Constituição autoritária de 1937 repetiu o texto de 1934 no que concerne aos direitos sociais, além de proclamar o amparo à infância e adolescência e estabelecer a instituição de programas educacionais especiais para as classes pobres. Como os direitos sociais não representavam uma conquista democrática que pudesse obstar o autoritarismo, não fazia diferença alguma para a Constituição autoritária de 1937 seu reconhecimento. Ao contrário: a formalização do direito do trabalho era crucial para a estruturação do capitalismo nacionalista de Vargas.

A industrialização impulsionou o surgimento dos direitos laborais, com o escopo de dirimir a desumanização das condições de trabalho, afastando as ideias comunistas e anarquistas do movimento operário, além de promover aproximação do governo Vargas da grande massa e de fomentar o desenvolvimento do capital produtivo de forma sustentável. Já nos primórdios da industrialização, iniciou-se uma divisão sexual do trabalho, tal qual aquela que já existia no espaço doméstico; por isso, os setores que ofereciam postos de trabalhos para mulheres eram comumente voltados a atividades tachadas como femininas, como a indústria de vestuário. Nesse sentido, a normatização do trabalho forjada pelo governo contribuiu ainda mais para a formação de nichos de trabalho feminino. Com o início da regulamentação do trabalho, à medida que a industrialização avançava, cada vez mais, era absorvida a mão-de-obra masculina, de forma que às mulheres restavam os piores postos de trabalho, sem regulamentação e fiscalização.

A Constituição de 1934 havia inovado ao assegurar a isonomia salarial entre homens e mulheres. Porém, a “Polaca” não repetiu essa garantia em seu texto, possibilitando novamente que as mulheres viessem a receber salários inferiores àqueles pagos aos homens. O salário mínimo estava tutelado em ambos os textos constitucionais, e foi regulamentado via decreto em 1940. Em 30 de agosto de 1940, foi promulgado o Decreto-lei n.º 2.548, que permitia que à mulher empregada fosse pago dez por cento menos do valor fixado para o salário mínimo. Para justificar o decreto, o Ministro Waldemar Falcão alegou que a imposição legal de medidas de hi-

giene e proteção diferenciadas quando se empregavam mulheres, por si só, onerava em demasia o empregador do trabalho feminino, de modo que tais encargos deveriam ser absorvidos na fixação do salário mínimo. Segundo o governo, esse decreto tinha a finalidade de impedir que os empregadores deixassem de contratar mulheres pela onerosidade legal do custo de sua mão-de-obra.⁴²

A verdade é que o trabalho feminino, explorado em larga escala, era considerado de menor valor dada a condição de inferioridade feminina para o pensamento sexista. Na realidade, os salários menores propiciavam maior exploração, já que a produtividade das trabalhadoras não era materialmente menor. E, além de ser tratada como mão-de-obra barata, a mulher trabalhadora era tratada com desprezo social, já que o lugar da mulher honesta deveria ser o lar, e que o espaço público pertencia aos homens, o que se evidencia, por exemplo, na regulamentação varguista especial para o trabalho feminino noturno.

As convenções 3 e 4 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), de 1919, ano de criação da organização, haviam feito, pela primeira vez, menção à mulher trabalhadora. A convenção número 3 garantia à mulher trabalhadora uma licença remunerada compulsória de seis semanas antes e depois do parto e previa dois intervalos de trinta minutos, durante a jornada de trabalho, para amamentação, considerando ilegal a dispensa da empregada durante o período da gravidez ou da licença compulsória. Ainda, assegurava que a lactante recebesse dos cofres públicos uma remuneração suficiente para garantir a própria subsistência e de seu filho, mediante a comprovação do parto por atestado médico, durante seu afastamento do trabalho. O Brasil ratificou essa convenção em 26 de abril de 1934, promulgada pelo Decreto n.º 423, de 12 de novembro de 1935.

A convenção da OIT de número 4 proibia o trabalho noturno das mulheres nas indústrias públicas ou privadas, compreendido como aquele realizado no período entre 22h de um dia até às 5h do dia subsequente, exceto se a mulher fosse considerada obreira (aquela que realizava seus trabalhos em estabelecimento onde labutavam apenas membros de uma mesma família) ou em casos de força maior ou perigo iminente de perda de matéria-prima que não fosse manipulada. Esta convenção também foi ratificada por Vargas, e promulgada através do Decreto n.º 1.396, de 19 de janeiro de 1937.

42 COUTO, 2004, p.101

Em 1943, foi editada a Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT), um agrupamento de toda a legislação protetiva infraconstitucional editada desde o início governo provisório, instituindo, ainda, a carteira de trabalho, a segurança do trabalho, a medicina do trabalho, o salário maternidade e as férias obrigatórias remuneradas. Cristalinamente, todo esse aparato, na realidade, tinha por escopo dar sustentação ao desenvolvimento do setor industrial. Em seu Capítulo III, Título III, intitulado “*Da proteção do trabalho da mulher*”, a CLT abordou diretamente o trabalho feminino, regulamentando a duração e condições do trabalho, o trabalho noturno, os períodos de descanso, os métodos e locais de trabalho e a proteção à maternidade. Proibiu a redução de salário da mulher empregada em qualquer hipótese e estabeleceu que os preceitos que regulam o trabalho masculino são aplicáveis ao trabalho feminino apenas naquilo em que não colidirem com a proteção especial à mulher.⁴³

Estipulou jornada normal de trabalho de oito horas diárias para a mulher, exceto nos casos para os quais for fixada duração inferior, com duas horas extras diárias no máximo, mediante acordo coletivo homologado por autoridade competente, desde que observado o limite de quarenta e oito horas semanais. As mulheres não poderiam ter o seu horário de trabalho prorrogado, sem que tivessem autorização de médico oficial, constante de sua carteira profissional, sendo que, nas localidades em que não houvesse serviço médico oficial, o atestado firmado por médicos particulares em documento em separado valeria para os efeitos legais. Somente em casos excepcionais, por motivo de força maior, com comunicação por escrito à autoridade competente dentro do prazo de quarenta e oito horas, a duração do trabalho diurno feminino poderia elevar-se além do limite legal ou convencional, até o máximo de doze horas, e o salário-hora deveria ser, no mínimo, vinte e cinco por cento superior ao da hora normal.⁴⁴

Vedou o trabalho feminino noturno, ou seja, aquele executado entre as vinte e duas e cinco horas do dia seguinte, exceto para as mulheres maiores de dezoito anos, empregadas em empresas de telefonia, radiotelefonia ou radiotelegrafia, empregadas em serviços de enfermagem, ou empregadas em casas de diversões, hotéis, restaurantes, bares e estabelecimentos congêneres. Nestes casos, o trabalho noturno das mulheres deveria ter salário, no mínimo, vinte por cento superior ao do trabalho diurno.⁴⁵

43 BRASIL, 1943

44 BRASIL, 1943

45 BRASIL, 1943

Obrigou o descanso de onze horas consecutivas entre jornadas, e de uma hora intrajornada, além de descanso semanal remunerado de vinte e quatro horas consecutivas, no todo ou em parte com o domingo, salvo motivo de conveniência pública ou necessidade imperiosa do serviço. Proibiu qualquer tomador de empregar a mulher em serviço que demandasse emprego de força muscular superior a vinte quilos para o trabalho habitual ou vinte e cinco quilos para o trabalho ocasional – para os homens, o limite era de sessenta quilos.⁴⁶

Obstou o trabalho em locais subterrâneos, nas minerações em subsolo, nas pedreiras, obras de construção pública ou particular, e nas atividades perigosas ou insalubres, especificadas nos quadros para este fim aprovados. E obrigou todo empregador a prover os estabelecimentos de medidas concernentes à higienização dos métodos e locais de trabalho, tais como ventilação e iluminação e outros que se fizerem necessários à segurança e ao conforto das mulheres, a critério da autoridade competente; instalar bebedouros, lavatórios, aparelhos sanitários e um vestiário, com armários individuais privativos das mulheres; dispor cadeiras ou bancos em número suficiente, que permitam às mulheres trabalhar sem grande esgotamento físico; e fornecer gratuitamente, a juízo da autoridade competente, os recursos de proteção individual, tais como óculos, máscaras, luvas e roupas especiais, para a defesa dos olhos, de aparelho respiratório e da pele, de acordo com a natureza do trabalho.⁴⁷

Ainda, quando não houvesse creches públicas para atender convenientemente a proteção à maternidade, os estabelecimentos em que trabalhassem, pelo menos, trinta mulheres com mais de 16 anos de idade, estavam obrigados a manter local apropriado onde fosse permitido às empregadas guardar, sob vigilância e assistência, os seus filhos no período de amamentação. Se as condições trabalhistas tendiam a ser precárias para os homens, no caso das mulheres, o sexismo, pautado em discursos pseudocientíficos de inferioridade biológica, sustentava (e sustenta) relações de exploração ainda mais drásticas; por isso, os direitos laborais da mulher constituíram-se à margem do direito do trabalho.⁴⁸

46 BRASIL, 1943

47 BRASIL, 1943

48 BRASIL, 1943

Proibiu a rescisão do contrato de trabalho da mulher pelo fato de se casar ou de engravidar, facultando à empregada romper o compromisso resultante de qualquer contrato de trabalho, desde que este fosse prejudicial à gestação, e garantiu a licença maternidade pelo período de seis semanas antes e seis semanas depois do parto. Em casos excepcionais, os períodos de repouso antes e depois do parto poderiam ser aumentados de mais duas semanas cada um, mediante atestado médico. Em caso de aborto não criminoso, comprovado por atestado médico oficial, a mulher teria também um repouso remunerado de duas semanas, assegurado o direito de retornar à função que ocupava antes de seu afastamento. As lactantes teriam direito, durante a jornada de trabalho, a dois descansos especiais, de meia hora cada um, até que o filho completasse seis meses de idade, e os locais destinados à guarda dos filhos das operárias durante o período da amamentação deveriam possuir, no mínimo, um berçário, uma saleta de amamentação, uma cozinha dietética e uma instalação sanitária.⁴⁹

6. Considerações Finais

Não se pode negar, que a edificação de uma previdência sólida foi uma contribuição inexpugnável da Era Vargas aos direitos sociais no Brasil; do mesmo modo, a positivação de direitos trabalhistas, inclusive, para a mulher. A grande questão é a lucidez que se deve ter ao observar esse fenômeno, inserto em um projeto maior de heterodoxia econômica e desenvolvimentismo.

O reconhecimento formal de direitos era uma decorrência ou uma etapa necessária ao cumprimento do projeto desenvolvimentista. A adoção de uma política econômica heterodoxa e do fomento ao desenvolvimento do capital produtivo, com a diversificação da produção agrícola e a formação de um vasto parque industrial, a começar pela indústria de base, além da estruturação da burocracia de um estado corporativo pela normatização das carreiras públicas não poderia prescindir da imensa oferta de mão-de-obra que as mulheres representavam. O projeto modernizante e desenvolvimentista de Vargas não seria possível sem a exploração do trabalho feminino.

49 BRASIL, 1943

Por isso, tornava-se imperiosa a regulamentação e proteção do trabalho da mulher de forma especial. O capitalismo brasileiro em desenvolvimento objetivado por Vargas buscava incluir todo e qualquer trabalhador (inclusive mulheres e crianças) na gama da proteção jurídica para possibilitar a eliminação das tensões classistas e o progresso social de forma pacífica, convertendo todas as pessoas em trabalhadoras assalariadas e consumidoras. Isso era a modernidade. Desta feita, a constituição de direitos sociais para as mulheres foi levada a cabo.

De outro lado, a viabilidade do modelo de gestão positivista de Vargas, marcado pelo democratismo autoritário cuja legitimação se dá pelo voto popular, e a mescla entre repressão e paternalismo populista centrados na figura presidencial para o fortalecimento do Executivo e do presidencialismo, necessitavam alargar os direitos civis e políticos. Assim, as mulheres precisavam se converter em eleitoras, como já havia ocorrido no resto do mundo. O atraso não combinava com os projetos de modernização desenvolvimentista e o eleitorado feminino era altamente oportuno para Vargas.

Portanto, a formalização de direitos sociais no governo Vargas, tanto trabalhistas como previdenciários, inclusive, para as mulheres, não foi nem o resultado de conquistas históricas da ferrenha luta de classes, nem a benevolência complacente de um gestor paternal, mas uma etapa necessária ao desenvolvimento de um capitalismo que privilegiasse a produção e o fortalecimento do mercado interno.

Certamente, nesse contexto, a normatização de direitos para as mulheres estava atravessada pelo sexismo, haja vista a regulamentação especial do trabalho noturno, e não possui o condão de incluir as vozes femininas na gestão dos aparatos burocráticos trabalhistas ou na condução dos destinos dos trabalhadores e trabalhadoras, através da participação política que escapasse da representatividade eleitoral formal. Os direitos das mulheres na Era Vargas foram apenas um detalhe necessário à edificação de um projeto muito maior, que não passava por sua valorização humana, embora os avanços jurídicos sejam inegáveis.

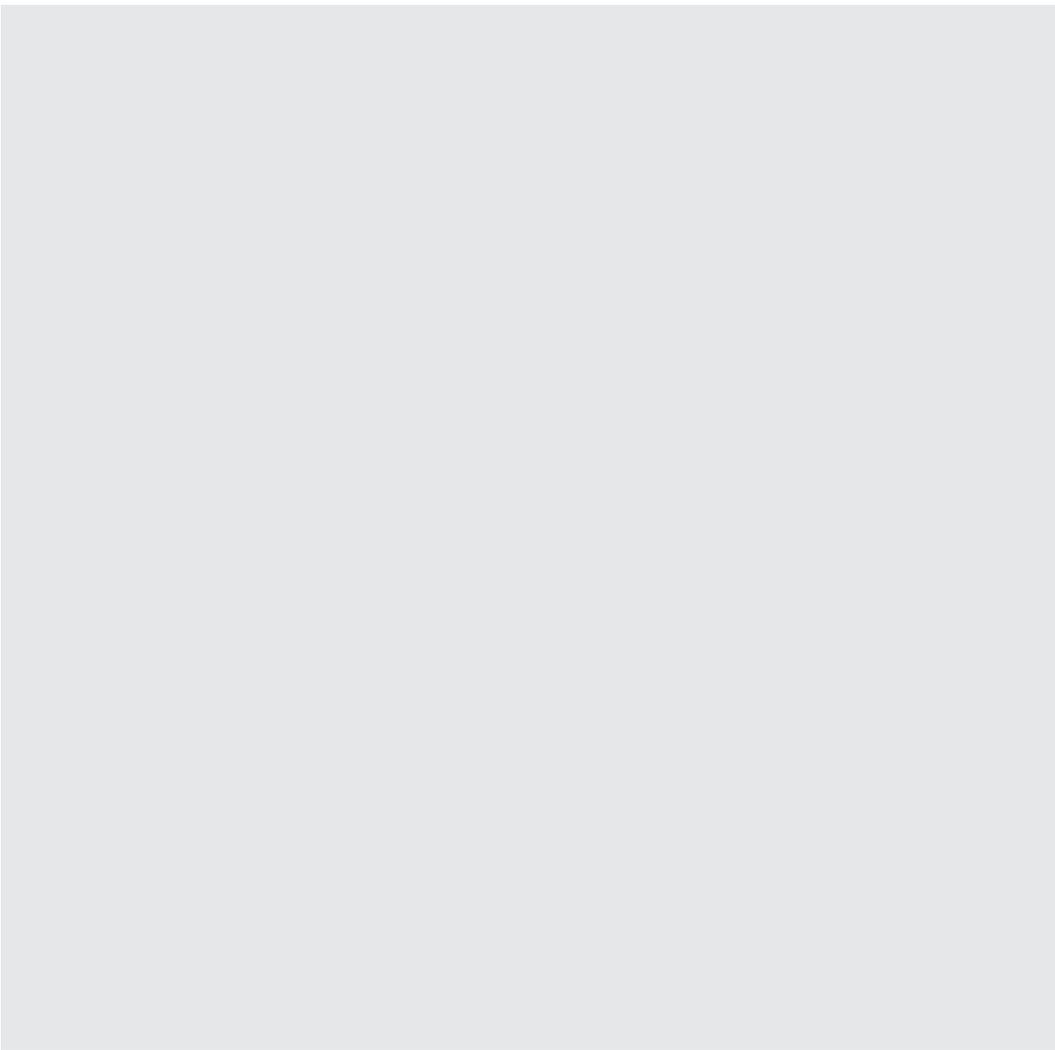
Referências

- BASTOS, Pedro P. Z. Ortodoxia e Heterodoxia econômica antes e durante a Era Vargas (pp. 179-218). In: BASTOS, Pedro Paulo Z; FONSECA, Pedro Cezar D. (org.). *Era Vargas: desenvolvimentismo, economia e sociedade*. São Paulo: Unesp, 2012a.
- _____. A construção do nacionalismo econômico de Vargas (pp. 253-294). In: BASTOS, Pedro Paulo Z; FONSECA, Pedro Cezar D. (org.). *Era Vargas: desenvolvimentismo, economia e sociedade*. São Paulo: Unesp, 2012b.
- BRASIL. Decreto-Lei n. 5452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Diário Oficial [dos] Estados Unidos do Brasil, Poder Executivo, Rio de Janeiro, DF, 9 ago. 1943. Secção 1, p. 11937-11985.
- BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. Getúlio Vargas: o Estadista, a Nação e a Democracia (pp. 93-120). In: BASTOS, Pedro Paulo Z; FONSECA, Pedro Cezar D. (org.). *Era Vargas: desenvolvimentismo, economia e sociedade*. São Paulo: Unesp, 2012.
- CANO, Wilson. Crise de 1929, Soberania na Política Econômica e Industrialização (pp. 121-158). In: BASTOS, Pedro Paulo Z; FONSECA, Pedro Cezar D. (org.). *Era Vargas: desenvolvimentismo, economia e sociedade*. São Paulo: Unesp, 2012.
- CARDOSO, Irede; CARDOZO, José Eduardo Martins. *Caminhos da constituinte: o direito da mulher na nova constituição*. São Paulo: Global, 1986.
- COLISTETE, Renato Perim. O desenvolvimentismo cepalino: problemas teóricos e influências no Brasil. In: *Estudos Avançados* [online]. 2001, vol.15, n.41, pp.21-34. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/S0103-40142001000100004>>. Acesso em 29.04.2016.
- COUTO, Berenice Rojas. *O Direito Social e a Assistência Social na Sociedade Brasileira: uma equação possível?* São Paulo: Cortez, 2004.
- FERNANDES, Florestan. *Capitalismo dependente e as classes sociais na América Latina*. 2 ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1975.
- FERREIRA, Jorge. Os conceitos e seus lugares: Trabalhismo, Nacional-estatismo e Populismo (pp. 295-322). In: BASTOS, Pedro Paulo Z; FONSECA, Pedro Cezar D. (org.). *Era Vargas: desenvolvimentismo, economia e sociedade*. São Paulo: Unesp, 2012.

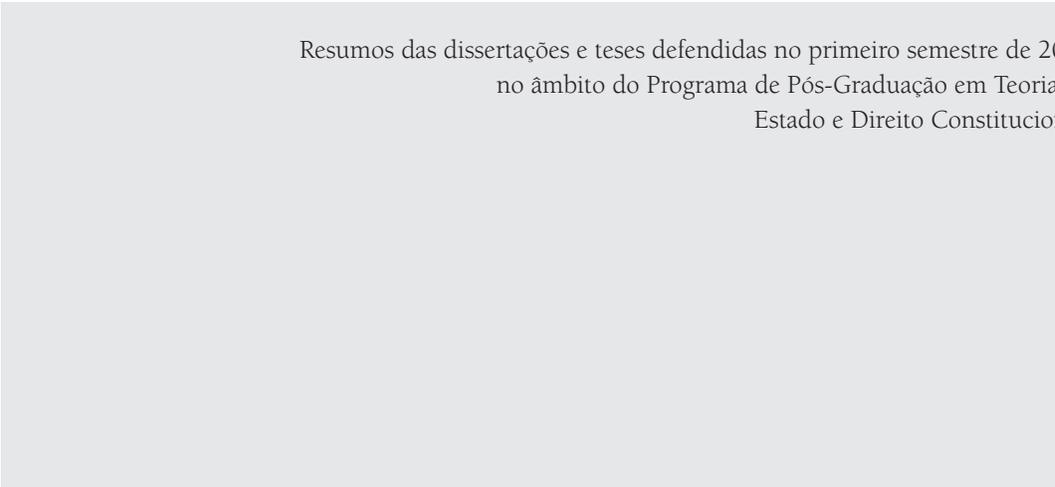
- FONSECA, Pedro C. D. Gênese e Precursores do Desenvolvimentismo no Brasil (pp 21-50). In: BASTOS, Pedro Paulo Z; FONSECA, Pedro Cezar D. (org.). *Era Vargas: desenvolvimentismo, economia e sociedade*. São Paulo: Unesp, 2012.
- FURTADO, Celso. *Formação econômica do Brasil*. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, 1959.
- _____. *Desenvolvimento e Subdesenvolvimento*. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, 1961.
- GOMES, Ângela de Castro. Autoritarismo e Corporativismo no Brasil: O Legado de Vargas (pp.69-92). In: BASTOS, Pedro Paulo Z; FONSECA, Pedro Cezar D. (org.). *Era Vargas: desenvolvimentismo, economia e sociedade*. São Paulo: Unesp, 2012.
- LEVINE, Robert M. *O Regime Vargas, 1934-1938: os anos críticos*. Tradução Raul de Sá Barbosa. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1980.
- LIMA, Heitor Ferreira. *História Político-Econômica e Industrial do Brasil*. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1970.
- MORAES, Reginaldo C. *Celso Furtado: O subdesenvolvimento e as idéias da CEPAL*. São Paulo: Ática, 1995.
- PIMENTEL, Sílvia. *Evolução dos direitos da mulher: norma, fato, valor*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 1978.
- SKIDMORE, Thomas. *Brasil: de Getúlio Vargas a Castelo Branco*. Tradução coordenada por Ismênia Tunes Dantas. 7 ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1982.

Recebido em 19 de janeiro de 2017.

Aprovado em 07 de agosto de 2018.



Notícias e informações



Resumos das dissertações e teses defendidas no primeiro semestre de 2019
no âmbito do Programa de Pós-Graduação em Teoria do
Estado e Direito Constitucional.

Aluno: Dorival Fagundes Cotrim Júnior (**Mestrado**)

Título do Trabalho: Resistências Institucionalizadas: Do Movimento Sanitário Brasileiro à Constitucionalização do Sistema Único de Saúde

Data da defesa: 25/04/2019

Banca: Francisco de Guimaraens (presidente), Mariana Trotta Dallalana Quintans e Maurício de Albuquerque Rocha

Resumo: O trabalho dissertativo aborda a constitucionalização do Sistema Único de Saúde (SUS) como um exercício de Resistência na ótica de Baruch de Spinoza, a partir de uma análise histórica, ao longo das décadas de 1970 e 1980, dos atores coletivos do Movimento Sanitário Brasileiro (MSB), cujo objetivo era implementar a Reforma Sanitária no Brasil (RSB), tendo como expoentes o “Movimento Estudantil”; o CEBES; o “Movimento Médico”, subdividido em “Movimento dos Médicos Residentes” e o “Movimento de Renovação Médica (REME); e a “Academia”, especificamente a Escola Nacional de Saúde Pública (ENSP/FIOCRUZ), os Programas PESES, PEPPE, e PPREPS; o Instituto de Medicina Social da UERJ (IMS/UERJ) e a ABRASCO. Feito isto, passa-se à segunda parte, “As lutas institucionais do Movimento”, quando se investiga as Conferências Nacionais de Saúde (CNS), especialmente a Oitava Conferência, cuja substância serviu de base às ações constituintes conjugadas na Assembleia Nacional Constituinte (ANC), passando pela Comissão Nacional da Reforma Sanitária (CNRS) até alcançar a sua efetiva constitucionalização na Carta Cidadã de 1988, que não absorveu todas as proposições do Movimento, mas possibilitou a gênese do SUS.

Aluno: Igor Bernardo Souza Da Silva (**Mestrado**)

Título do Trabalho: As Grades do Condomínio: um estudo sobre aspectos da relação entre polícia e segurança privada no estado Rio de Janeiro

Data da defesa: 16/04/2019

Direito, Estado e Sociedade ■ n. 54 jan/jun 2019

Banca: Renato de Andrade Lessa (Presidente e orientador), Adriano Pilatti e Francisco de Guimaraens

Resumo: O presente trabalho objetiva explorar formas, existentes ou possíveis, de interação entre agentes de segurança pública e agentes de segurança privada no âmbito do estado do Rio de Janeiro, sendo compreendido como agente a pessoa, o grupo ou a empresa que se dedica à atividade. O objeto de pesquisa está atrelado às relações oriundas de agentes que exercem legalmente a atividade, embora não exclua atividades ilegais eventualmente praticadas por eles sempre que trouxerem reflexões relevantes. Embora relações de cooperação sejam o tema mais recorrente em tal âmbito, enfatiza-se aqui aspectos jurídica e politicamente contraditórios dessa relação com as suas consequências nas respectivas searas. Não se pretende esgotar os padrões de relação entre os agentes aludidos, mas, para empreender o seu exame, é necessário passar pela análise de aspectos institucionais, que deixarão o leitor propenso a obter novas conclusões. Por isso, é feita uma breve análise da estrutura jurídica dos agentes em jogo, bem como de sua atuação política, dando ênfase – no que concerne à polícia – ao seu ramo militarizado, devido às semelhanças que guarda com a segurança privada e ao seu papel ostensivo. O trabalho também recorre a entrevistas e a pesquisas processuais e estatísticas para corroborarem (ou não) as ideias apresentadas. A hipótese principal é que a dinâmica de atuação da polícia militar tenha sido alterada com a expansão dos serviços de segurança privada, sem pretensões fatalistas. Diante disso, o trabalho expõe padrões que podem ocasionar a inconstitucionalidade de alguns programas de policiamento.

Aluna: Gabriela Teixeira Cunha (**Mestrado**)

Título do Trabalho: Relatar o outro: Notas sobre violência e ética no pensamento de Michel Foucault e Judith Butler

Data da defesa: 01/04/2019

Banca: Bethânia de Albuquerque Assy (presidente e orientador), Marcia Nina Bernardes e Francisco Javier Ortega Guerrero

Direito, Estado e Sociedade ■ n. 54 jan/jun 2019

Resumo: A pesquisa tem por objetivo refletir acerca da violência exercida em nome da ética a partir de uma perspectiva crítica baseada no pensamento de Michel Foucault e Judith Butler. De início, pontua-se os enquadramentos normativo-sociais que definem quais vidas importam e quais vidas sequer são passíveis de luto. Em seguida, recuperando as problematizações éticas dos autores de referência, defende-se que os processos de subjetivação são um meio de abertura para a alteridade. O conceito grego de *ascese* — práticas de si — investigado por Foucault é o conceito chave através do qual se procura pensar formas de resistência aos poderes subjetivantes e uma maneira de encontrar o outro no exercício de si mesmo, de reconhecê-lo na sua proximidade e na sua absoluta estranheza. A teoria de Butler é fundamental nesse ponto, uma vez que propõe explicitamente a pergunta pelo “tu” no diálogo com diversos pensadores, dentre os quais, o trabalho põe em relevo as questões da filosofia de Emmanuel Lévinas. Por fim, a proposta de uma ética de não violência é sustentada na concepção foucaultiana de ética da amizade e no ponto de vista da responsabilidade em Butler. Ambos podem funcionar na rubrica de um “programa vazio”, no sentido de não prescreverem regras de conduta. Sem abrir mão completamente da normatividade, indicam possibilidades éticas que não se baseiam em juízos.

Aluno: Isaac Porto Dos Santos (**Mestrado**)

Título do Trabalho: Punição e estigma: a criminalização das pessoas que vivem com HIV

Data da defesa: 10/04/2019

Banca: Thula Rafaela de Oliveira Pires (Presidente e orientador), Evandro Charles Piza Duarte e Luanna Tomaz de Souza

Resumo: O presente trabalho tem como objeto de estudo os projetos de lei que visam a criminalização da transmissão do HIV no Brasil, com destaque para a tramitação do PL 198/2015, que tentou transformar a transmissão intencional do HIV em crime hediondo. Quer-se investigar em que medida

Direito, Estado e Sociedade ■ n. 54 jan/jun 2019

tais propostas contribuem para uma maior estigmatização das pessoas que vivem com o HIV. Acredita-se que, diante de um Estado que deveria se preocupar com qual a raça, a classe, o gênero e a sexualidade das pessoas que morrem de aids no Brasil e implementar políticas públicas para o aumento do acesso à prevenção, a aposta na criminalização apenas evidencia, em primeiro lugar, um processo de hierarquização de vidas. Desse modo, o estigma, aqui, mais do que uma marca que um indivíduo possui, é entendido como uma relação, como um processo que assegura relações de poder, dominação e hierarquização. Em segundo, tais projetos evidenciam a influência da mídia tanto na estigmatização das pessoas que vivem com o HIV, quanto na produção legislativa criminal. Em terceiro, que a heterossexualidade e a cristandade são constitutivas dessa produção legislativa. A heterossexualidade e a cristandade são enxergadas a partir de uma leitura decolonial, de modo que são entendidas não como meras orientações pessoais (sexual e religiosa), mas sim como dois regimes políticos hegemônicos que moldam comportamentos e instituições, sendo entrelaçadas com as dominações de raça, classe, gênero e colonialidade.

Aluna: Livia Miranda Muller D Casseres (**Mestrado**)

Título do Trabalho: Kizomba: a Constituição-potência da Defensoria Pública brasileira

Data da defesa: 03/04/2019

Banca: Adriano Pilatti (presidente e orientador), Thula Rafaela de Oliveira Pires, Alexandre Fabiano Mendes e Élide de Oliveira Lauris dos Santos

Resumo: A Defensoria Pública ocupa atualmente destacado papel na ordem constitucional brasileira. Depois de sua constitucionalização em 1988, a instituição foi objeto de diversas reformas constitucionais que acabaram por dotá-la de autonomia funcional e administrativa, instituir um sistema de garantias aos membros da carreira, ampliar suas competências e elevá-la ao patamar de instrumento do regime democrático. Por meio da metodologia de pesquisa documental e da revisão bibliográfica, o trabalho investiga

as discussões em torno do tema da assistência jurídica durante o processo constituinte de 1987-1988. Além de identificar os atores e grupos de interesse responsáveis pela inserção da Defensoria Pública na carta política, busca resgatar nas entrelinhas da dinâmica de elaboração constitucional as demandas e expectativas da sociedade brasileira em torno dos serviços jurídicos estatais. A seguir, tomada como ponto de partida a análise da deliberação constituinte, lançam-se reflexões sobre os modos de ser e fazer da Defensoria Pública no sistema de justiça do Brasil. Por fim, com apoio nos pensamento decolonial, sustenta a autora que o conceito-chave de “diferença colonial” explica adequadamente a forma como se construiu a identidade institucional, assim como as relações entre a Defensoria Pública e os destinatários dos seus serviços e, por último, o modo pelo qual se estrutura a política pública de assistência jurídica.

Aluno: Luiz Felipe Waitz (**Mestrado**)

Título do Trabalho: Um estudo sobre a educação neoliberal na Igreja Universal do Reino de Deus

Data da defesa: 12/04/2019

Banca: Adriano Pilatti (Presidente e Orientador), Francisco de Guimaraens e Ronaldo Romulo Machado de Almeida

Resumo: Este trabalho tem por objetivo promover o estudo das estruturas do Neoliberalismo enquanto nova razão do mundo, conforme estudado por Pierre Dardot e Christian Laval, e também o estudo do Neopentecostalismo, utilizando a Igreja Universal do Reino de Deus como paradigma, para investigar a hipótese de um processo de educação neoliberal por meio da prática religiosa neopentecostal. Nesse cenário, pretende-se analisar o Neopentecostalismo e o Neoliberalismo como estruturas e práticas que são produtos de experiências históricas que lhes determinaram a forma que têm hoje. Busca-se demonstrar que tanto o Neoliberalismo quanto o Neopentecostalismo são entidades normativas criadoras de subjetividades e de mundos, contrariando algumas interpretações calcificadas de que o

Neoliberalismo é um mecanismo interno do capitalismo para aumentar ou preservar a sua existência enquanto o Neopentecostalismo é uma forma de ideologia religiosa que se alimenta da ignorância de fiéis pauperizados. Nesse trabalho, Neoliberalismo e Neopentecostalismo são abordados como experiência e estrutura, analisando ao mesmo tempo, como o universo simbólico de cada um deles emerge de uma estrutura (A Igreja de um lado, o Estado, o Mercado de outro) para constituir o sujeito neopentecostalneo-liberal que também se orienta por uma estrutura: a empresarialconcorrencial. O trabalho explora como o catecismo da IURD incute uma ética empresarial nos seus fiéis e em que medida essa construção de sujeito guarda relação com o processo de educação do sujeito neoliberal preconizada por Lippmann, von Mises e Hayek.

Aluna: Maila de Oliveira Bianor (**Mestrado**)

Título do Trabalho: O Não-Sujeito Em Direitos Humanos: Aproximações Entre Teoria Crítica e Teoria Queer na Órbita da Heterocisnormatividade

Data da defesa: 05/04/2019

Banca: Florian Fabian Hoffmann (Presidente e orientador), João Ricardo Wanderley Dornelles e Marcos Vinícius Torres Pereira

Resumo: A partir da década de 1960, consolidou-se um “movimento de crítica” que passou a informar investigações que se propunham a desmitificar a legalidade dogmática tradicional a partir da aproximação entre Direito e Estado das práticas sociais e da crítica interdisciplinar, propondo uma nova racionalidade para desvelar os processos de dominação e de construção de verdades que sustentam as diversas formas de opressão social. Quanto aos direitos humanos, esse movimento se colocou a analisar primordialmente as teorias que assumiam um caráter universal desses direitos e de seus sujeitos, ignorando os contextos socioculturais nos quais se inseriam e eram produzidos. Contudo, teorias de direitos humanos localizadas como críticas – a exemplo de Costas Douzinas, Richard Rorty e Paul Ricoeur –, quando analisadas em seus pressupostos de fundamentação,

parecem não dar conta da pluralidade de sujeitos e modos de vida que a realidade prática comporta e exige numa perspectiva pragmática dos direitos humanos. Isso parece observável quanto aos sujeitos que “desviam” da heterocisnormatividade compulsória, imposta por um esquema de verdades sobre a sexualidade e os gêneros ao qual a Teoria Queer – especialmente trabalhada por Judith Butler – impõe resistência, deslocando a potência da mudança social para os (não) sujeitos com sua agência política. Dessa forma, este trabalho aborda as teorias críticas de direitos humanos e sua produção de sujeitos e não sujeitos, contrapondo-as à proposta de agência política e produção dialética dos sujeitos, objetivando responder à questão da utilidade dessas teorias à construção de uma sociedade que reconheça a pluralidade humana, sem (pré)definições do “que” ou “de quem” será considerado digno de direitos humanos.

Aluna: Maira Miranda Fattorelli (**Mestrado**)

Título do Trabalho: Notas sobre a precariedade e a invisibilidade da morte materna

Data da defesa: 01/04/2019

Banca: Bethânia de Albuquerque Assy (presidente e orientador), Marcia Nina Bernardes e Carmen Hein de Campos

Resumo: Partindo da lente dos direitos humanos para compreender a temática dos direitos sexuais e reprodutivos, o presente trabalho se debruça sobre os limites das normas abstratas de direitos humanos e o alcance de suas diretrizes diante das mulheres vítimas de violência e morte no âmbito do sistema de saúde. Para tanto, tem as contribuições de Costas Douzinas e de Judith Butler como chaves para suscitar os paradoxos dos direitos humanos e a insuficiência destes frente a vidas que parecem não alcançar o status normativo de vida humana. Por meio de uma abordagem interseccional, que busca conceder luz aos diversos eixos de opressão presentes na abordagem, o ensaio tem como foco principal o tema da mortalidade materna, identificada como importante indicador das condições de vida

e saúde das mulheres e suscitada enquanto grave violação de direitos humanos. Com a constatação de que mais de noventa por cento das mortes maternas são evitáveis, bem como com a convivência de altos índices de morte materna anuais no país, o trabalho aborda o tema enquanto parte de um projeto político firmado a partir da imposição de sofrimento, da precarização de vidas e da estigmatização de corpos, articulando a teoria de Butler para atentar à mortalidade materna a partir da perspectiva do luto e de sua expressão e afirmação política.

Aluno: Marcos Aragao Couto de Oliveira (**Mestrado**)

Título do Trabalho: Lesões extrapatrimoniais na reforma trabalhista: uma análise interseccional

Data da defesa: 16/04/2019

Banca: Márcia Nina Bernardes (Presidente e Orientadora), Maria Celeste Simões Marques e Sayonara Grillo Coutinho Leonardo da Silva

Resumo: A dissertação tem como objeto o direito do trabalho brasileiro, especificamente o recém-criado “Título II-A / Do dano extrapatrimonial” pela reforma trabalhista (Lei 13.467/17), que positivou a responsabilidade trabalhista relacionada às reparações dos danos morais. Também analisarei outros dispositivos da reforma trabalhista que afetam diretamente a incidência e apreciação pelo Poder Judiciário dessas demandas, além da lei de prestação de serviços (Lei 13.429/17), conhecida como “lei das terceirizações”, e a extinção do Ministério do Trabalho, ocorrida em 2019. O primeiro capítulo será uma análise crítica do direito do trabalho e da obra de Alain Supiot, adicionando questionamentos sobre o trabalho da mulher e da colonialidade do poder, nos termos decoloniais de Aníbal Quijano e Maria Lugones. O segundo capítulo apresentará o método proposto para a dissertação: a interseccionalidade. Iniciando pelos textos de Kimberlé Crenshaw e resgatando todo um histórico de luta por justiça social por mulheres negras, como Angela Davis, Audre Lorde e Lélia Gonzalez, explicarei os conceitos básicos propostos por Patricia Hill Collins e Sirma Bilge sobre a interseccionalidade.

de, que serão utilizados para a discussão sobre as reformas trabalhistas. Por fim, no último capítulo farei essa análise interseccional do texto da reforma trabalhista, principalmente no que toca as lesões extrapatrimoniais, como a taxatividade do dano extrapatrimonial e os obstáculos ao acesso à justiça. Também serão objetos de discussão o contexto neoliberal e os processos legislativos que levaram ao texto atual dessas leis.

Aluna: Maria Izabel G. B. da C. Varella (**Mestrado**)

Título do Trabalho: Ver a menor luz: memória e irrupção do novo na história a partir de Walter Benjamin

Data da defesa: 10/04/2019

Banca: Bethânia de Albuquerque Assy (Presidente e Orientadora), José Maria Gómez e Rafael de Barros Vieira

Resumo: O presente trabalho buscará compreender em que medida a abordagem de Walter Benjamin sobre o tempo, a memória e a experiência histórica permite que se coloque em crítica o presente. Trata-se de ensaiar uma aproximação com a obra do autor, procurando acompanhar algumas ressonâncias do conceito de memória naquilo que diz respeito à liberação da experiência histórica para a criação do futuro, a partir da articulação entre o passado e o presente que rememora. Esse movimento implica remontar a crítica do autor à percepção moderna hegemônica sobre o tempo histórico e seus efeitos sobre a experiência. A concepção temporal colocada em crise por Benjamin tem por base a crença em um suposto progresso universal, necessário e positivo da humanidade. Nesses termos, a história é confundida com o contínuo desenrolar de um destino ascendente e irreversível da humanidade, em que a experiência histórica como ação criativa perde espaço e valor. Em Benjamin, a visada crítica sobre a realidade tem na concepção do tempo histórico um elemento fundamental. A hipótese central deste trabalho é que a memória, tal como trabalhada por Walter Benjamin, permite alcançar uma perspectiva crítica sobre o presente, afirmando a história como construção permanente, em sua abertura e descontinuidade.

Aluna: Mariana Imbelloni Braga Albuquerque (**Mestrado**)

Título do Trabalho: De quantos caminhos se faz um direito? - mobilidade e gênero nos quadros de cidade

Data da defesa: 20/03/2019

Banca: Marcia Nina Bernardes (presidente e orientadora), Virgínia Totti Guimarães, Liana de Andrade Biar, Rosangela Marina Luft e Adriana Vidal de Oliveira

Resumo: A discussão sobre mobilidade urbana foi crescentemente alargada frente às necessidades populacionais e econômicas das metrópoles, sendo um tema essencial quando se discute direito à cidade. Considerando o aspecto constitutivo e inescapável dos deslocamentos diários e as múltiplas experiências deste trânsito, a mobilidade não se confunde com o direito social ao transporte, mas se configura como um direito em si. Contudo, não é a mesma para todos os corpos que transitam pelas vias urbanas, sendo indissociável dos marcadores que atravessam e constituem estes corpos. Quem chega, onde chega e como chega são questões fundamentais na alocação diferenciada das condições de precariedade tanto espacial quanto subjetivamente. A mobilidade de mulheres, subconsiderada no planejamento urbano patriarcal, permite entrever outros percursos e desenhos de cidade. Ainda, perceber como estas mulheres são igualmente atravessadas por estruturas de poder – tais quais raça e classe- que tanto as forjam quanto delineiam qual enquadramento de cidade se configurará nos seus movimentos, torna visíveis as fronteiras e fraturas que desenham a urbe. Este trabalho insere-se, assim, nas propostas de um feminismo interseccional corporificado para delinear o que seria um direito fundamental à mobilidade. Construído com uma pesquisa etnográfica do/em movimento, o direito à mobilidade tem como espectros incontornáveis a mobilidade como um lugar, a gestão do tempo, a eleição de modais e o reconhecimento dos níveis de mobilidade, constituindo continuamente formas de ser e estar nos quadros de cidade.

Aluno: Pedro Renno Marinho (**Mestrado**)

Título do Trabalho: Ocupações Performativas: Moradia, Direito e Corpos em Aliança

Data da defesa: 11/04/2019

Banca: Marcia Nina Bernardes (presidente e orientador), Bethânia de Albuquerque Assy, Virgínia Totti Guimarães e James Casas Klausen

Resumo: O direito à moradia é vivenciado em ocupações, para além do direito à propriedade, de contratos de aluguel, e do acesso a programas de financiamento. Além do estado de ilegalidade que lhes é dispensado pelo Estado, a vivência de moradoras e moradores de ocupações pode ser percebida pelo paradigma do direito internacional dos direitos humanos, pelo direito à moradia adequada e pela vedação ao despejo, e pela lente da performatividade dos corpos em aliança. Partindo dessas perspectivas e tendo por contexto Manaus, Amazonas, analisam-se a ação de reintegração de posse movida pela União em face das moradoras da Ocupação Alcir de Matos, os depoimentos de suas moradoras que foram despejadas anteriormente da ocupação Cidade das Luzes, a atuação das lideranças da União Nacional por Moradia Popular, e da Defensoria Pública da União junto às moradoras e moradores. A performatividade dos corpos em luta afirma um direito à moradia que compreende as condições gerais de distribuição de precariedade, e parte necessariamente do direito a ocupar para morar e para reivindicar politicamente condições de uma vida vivível, livre de despejos, retiradas forçadas, perseguição política, violência policial, criminalização e encarceramento.

Aluna: Priscila Carvalho de Andrade (**Mestrado**)

Título do Trabalho: O argumento baseado em precedente

Data da defesa: 05/014/2019

Banca: Noel Struchiner (presidente e orientador), Fábio Perin Shecaira e Ivar Allan Rodriguez Hannikainen

Resumo: O precedente determina que decisão anterior deve ser repetida em um caso atual porque ambos os casos são similares. Trata-se de argumento independente do conteúdo: a anterioridade de decisão em caso similar é importante, e não a qualidade. O precedente implica a valorização de se decidir, preferível, pelo que se supõe com o argumento, que se decidir corretamente ou conforme as melhores consequências. Se os casos são similares, devem receber o mesmo tratamento – ótimo ou subótimo. Mas quando casos são similares? Num sentido possível, casos são similares quando se pode garantir justificação interna num silogismo em que a prescrição extraída da decisão anterior é premissa maior, os fatos do caso atual são premissa menor e a conclusão é o resultado determinado no precedente. O precedente é uma regra. Noutro sentido possível, casos são similares quando se mapeiam categorias fáticas relevantes de ambos e conclui-se que são análogas. O precedente configura analogia. Uma teoria assegura a vinculação do juiz ao precedente, mas não acomoda a prática do distinguishing; a outra se ajusta ao distinguishing, mas não oferece vinculação – trata-se de um problema de alocação entre estabilidade e flexibilidade. Essas possibilidades teóricas ensejam questões empíricas: existe um conceito ordinário, dedutivo ou analógico, para precedentes? Se o precedente é uma regra, a sua extração de decisão anterior é enviesada pela escolha de seu grau de generalidade? Se o precedente corresponde à analogia, há manipulação da relevância dos fatos do caso precedente para que se atinja um resultado desejável no caso atual?

Aluno: Thiago De Freitas Pereira (**Mestrado**)

Título do Trabalho: A vedação à discriminação genética sob a ótica civil-constitucional

Data da defesa: 05/04/2019

Banca: Maria Celina Bodin de Moraes (presidente e orientadora), Thamis

Direito, Estado e Sociedade ■ n. 54 jan/jun 2019

Ávila Dalsenter Viveiros de Castro, Renata Vilela Multedo e Guilherme Magalhães Martins

Resumo: Cuida-se de dissertação de mestrado sobre a proibição da discriminação genética à luz do ordenamento jurídico brasileiro, com base na metodologia civil-constitucional. Esclarece-se que tal recorte é analisado não apenas em conjugações interdisciplinares, mas também em sua relevância teórica e nas polêmicas trazidas pelo tema face a ordenamentos jurídicos e ao seio social.

Como justificativa, afirma-se a necessidade de estabelecer novo padrão de conduta para análises acerca do direito à privacidade, no feixe da genética, para que fenômenos de preocupação científica, como discriminação genética, sejam enxergados de maneiras oxigenadas e humanizadas à luz do direito.

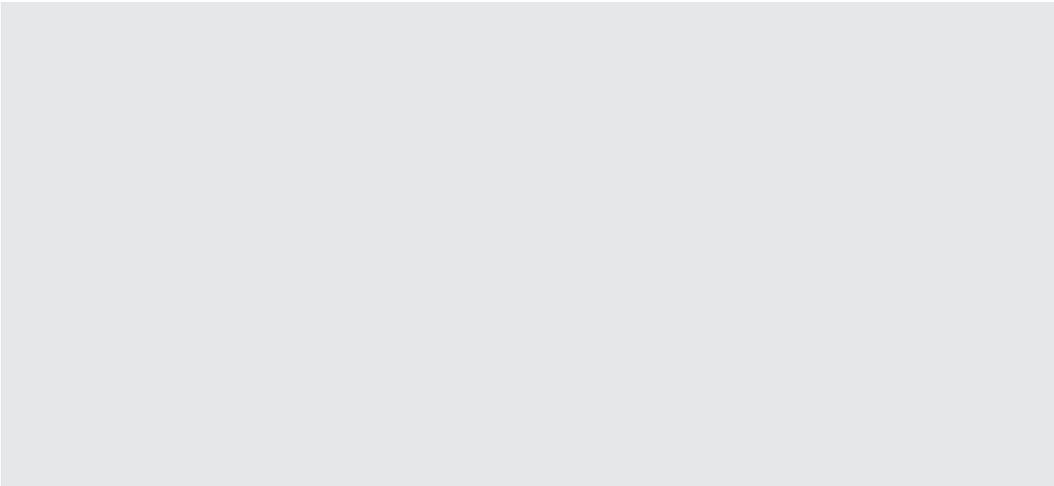
O fenômeno se dá em diversas searas. Na esfera cível, que mais nos interessa, algumas empresas do ramo dos seguros começam a exigir a realização de exames genéticos ao contratante, tornando-se comum a rejeição de sua adesão quando tais testes apontam predisposição a doenças. Além disso, há relatos de pessoas impedidas de adotar crianças devido a tendências genéticas, e empregadores que não contratam indivíduos em razão de tal discriminação.

Buscou-se promover um panorama acerca da privacidade genética, voltado a avaliar criticamente a discriminação genética. Especificamente, procurou-se: i) traçar histórico da genética - mormente no que se refere à sua ligação com o direito à privacidade; ii) analisar doutrina, nacional e estrangeira, acerca do tema; iii) averiguar a origem, o conceito, os motivos, o impacto e o nível de gravidade da discriminação genética nas diversas instâncias sociais – especialmente a visão coletiva da sociedade brasileira -, iv) propor soluções viáveis, visando conciliar interesses conflitantes, de modo a reforçar a proibição de mais essa forma odiosa de discriminação.

Como resultado, chegou-se à conclusão de que a discriminação genética é uma forma de violação severa a diversos direitos da personalidade, devendo ser coibida de maneira incisiva pelos mecanismos do Poder Público e igualmente combatida nos setores privados da sociedade.



Resumos/*Abstracts*



Souza, Amanda Alves e Santos, Tháís Lemos dos *Justiça e Política: Considerações sobre a Autonomia do Judiciário e a Problemática do Aumento do Poder de Juízes na Itália, na França e no Brasil*

Resumo: Este artigo tem por objetivo discutir o processo de autonomização do judiciário na Itália, na França e no Brasil a fim de traçar considerações comparativas e compreender como este processo influi no aumento de poder dos juízes e sua relação com o campo político. Ao refletir sobre o contexto brasileiro, em contraste com o da França principalmente, este trabalho problematiza a autonomia do judiciário e constrói como hipótese ou tese central o fato de que esta autonomia se desenvolveu mais em função do juiz singular do que de um sistema de justiça. Para chegar a esta hipótese central, foi adotada como metodologia a revisão bibliográfica de literatura que versava sobre as condições que possibilitaram a diferenciação do campo jurídico e consequente autonomia do judiciário, além de literatura sobre a diversificação da composição social da magistratura e como isto influiu em autonomia política frente ao executivo ou no fenômeno da judicialização da política. Todo este processo de reflexão teve por base teórica principalmente os ensinamentos de Werneck Vianna e Garapon para quem a valorização da figura do juiz constitui uma resposta a desqualificação da política e, no Brasil, mais do que provocar a sua judicialização, levou a corrosão do judiciário como “nova arena pública” capaz de mobilizar intérpretes plurais da constituição e resguardar direitos de minorias políticas e sociais.

Palavras chave: Justiça, política, magistratura, judicialização da política

Justice and politics: some appointments about judicial autonomy and the problematic of the growing power of judges in Italy, France and Brazil

Abstract: This article aims to discuss the process of judicial autonomy in Italy, France and Brazil in order to draw comparative considerations and to understand how this process influences the increase in the power of judges and their relationship with the political field. The reflection about the Brazilian context, in contrast to the French context, this work problematizes the autonomy of the judiciary and constructs as hypothesis or central thesis the fact that this autonomy has developed more in function of the sin-

gular judge, than of the system of justice. In order to arrive at this central hypothesis, it was adopted as a methodology the bibliographical revision of literature that dealt with the conditions that allowed the differentiation of the legal field and consequent autonomy of the judiciary, besides literature on the diversification of the social composition of the judiciary and how this influenced in political autonomy in contrast with the executive or in the phenomenon of the judicialization of politics. This whole process of reflection was mainly based on the teachings of Werneck Vianna and Garapon for whom the valorization of the judge's figure constitutes a response to the disqualification of politics and, in Brazil, rather than provoking its judicialization, led to the corrosion of the judiciary as a "new public arena" capable of mobilizing plural interpreters of the constitution and safeguarding rights of political and social minorities.

Keywords: Justice, politics, magistrates, political trials

Astobiza, Añibal Monasterio. Bases neuronales de la moralidad humana: un estado de la cuestión y propuesta teórica para el Derecho.

Resumen: La neurociencia cognitiva moderna es un campo de investigación que se centra en estudiar las bases neuronales de rasgos humanos únicos como la moralidad y la habilidad para tomar decisiones morales. La investigación reciente muestra que un grupo consistente de redes neuronales están implicadas en la cognición moral. En este escrito, realizo una revisión del estado de la cuestión sobre lo que sabemos de las principales áreas cerebrales asociadas con la moralidad. Tras revisar las principales áreas asociadas con la moralidad propongo un modelo de los requisitos necesarios de la conducta moral para ser juzgada como propiamente moral con la introducción de un aparato notacional formal y un protocolo experimental para futuras investigaciones. Finalmente, hablo de las aplicaciones de lo discutido en el Derecho.

Palabras clave: revisión, neurociencia de la moral, normas, constructivismo jurídico complejo.

Neural basis of human morality: state of the art and a theoretical proposal for Law

Abstract: Modern cognitive neuroscience is a field of research that focuses on studying the neural bases of uniquely human traits such as morality and the ability to make moral decisions. Recent research shows that a remarkably consistent set of neural networks are involved in moral cognition. Here, I review what we know about the main brain areas associated with morality. After the review of the core brain areas associated with morality I propose a theoretical model of the necessary requirements of moral behavior to be judged as properly moral with the introduction of notational formalism and an experimental protocol for further research. Finally, I discuss the applications of all of this in Law.

Keywords: review, neuroscience of morality, norms, complex legal constructivism.

Schumann, Berta e Berwig, Juliane Altmann. O desastre radiológico do Césio 137: lições após 30 anos da sua ocorrência

Resumo: Em 13 de setembro de 2017, o desastre de Goiânia/GO, completou 30 anos. O fato foi considerado fora de usinas nucleares, o maior desastre radioativo do mundo. O evento foi consequência da falta de informações sobre os riscos da cápsula de Césio 137 presente no interior de um aparelho de radioterapia, bem como do descarte inconsequente do aparelho em desuso. O objetivo deste artigo é apresentar as informações sobre a causa do acontecimento, bem como suas consequências atualizadas, dado o andamento dos processos judiciais e os possíveis caminhos para a gestão de seus riscos. Como metodologia de pesquisa, utiliza-se a pesquisa bibliográfica (livros, artigos, notícias dentre outros) e na abordagem a matriz sistêmico-constitutiva para fins de explorar as interferências geradas pelos riscos nos demais sistemas em nível de proteção. Ao final, concluir-se-ão os pontos que são de importante análise para uma gestão dos riscos de desastres.

Palavras-chave: Césio 137, desastre, gestão de riscos.

The radiological disaster of the Ciesy 137: lessons after 30 years of their occurrence

Abstract: On September 13, 2017, the Goiania / GO disaster turned 30 years old. The disaster was considered outside of nuclear power plants, the world's largest radioactive disaster. The event was a consequence of the lack of information on the risks of the Cesium 137 capsule present inside a radiotherapy device, as well as the inconsequent disposal of the disused device. The objective of this article is to present the information about the cause of the disaster, as well as its updated consequences, given the progress of the judicial processes and possible ways to manage their risks. As a research methodology, bibliographical research (books, articles, news and others) and the systemic-constructivist matrix approach are used to explore the interferences generated by the risks in the other systems at the protection level. At the end, the points that are of important analysis for disaster risk management will be concluded.

Keywords: Cesium 137, disaster, risk management

Bastos, Elísio Augusto Velloso e Soares, João Gabriel Conceição. América Latina e grupos historicamente excluídos: repensando a soberania popular

Resumo: Este artigo analisa a insurgência de um novo constitucionalismo na América Latina, visando a inclusão de sujeitos historicamente excluídos pelo “viejo constitucionalismo” e conformando uma nova titularidade ao Poder Constituinte, mais multicultural, pluricultural e plurinacional. Com base nos referenciais teóricos da sociologia das ausências e emergências, filosofia da libertação e corpo dos oprimidos, estrutura-se o pensamento racional cosmopolita hábil a manifestar a incorporação destes sujeitos e, desta forma, há uma manifestação plurinacional presente em alguns dos diplomas constitucionais latino-americanos compatíveis com esta reinserção de alguns grupos dominados, ignorados e vulnerabilizados, inclusive constitucionalmente. Por fim, o trabalho alcançou uma nova formação de soberania popular e, conseqüentemente, nova titularidade do Poder Constituinte através do reconhecimento jurídico de “novos” sujeitos.

Palavras-chave: Novo Constitucionalismo Latino-Americano, corpo de oprimidos, vulnerabilização histórico-constitucional, Poder Constituinte.

Latin America and historically excluded groups: rethinking popular sovereignty

Abstract: This article analyzes the insurgency of a new constitutionalism in Latin America, aiming to include subjects historically excluded by the “viejo constitucionalismo” and conforming a new ownership to the most multicultural, pluricultural e plurinacional Constituent Power. Based on the theoretical references of the sociology of absences and emergencies, dusselian liberation philosophy and the body of the oppressed, the cosmopolitan rational thought is structured to manifest the incorporation of these subjects and, in this way, there is a plurinational manifestation present in some of the latin constitutional documents compatible with this reintegration of some groups dominated, ignored and vulnerable, including constitutionally. Finally, the work achieved a new formation of popular sovereignty and, consequently, new ownership of the Constituent Power through the legal recognition of “new” subjects.

Keywords: New Latin American Constitutionalism, body of the oppressed, historical-constitutional vulnerability, Constituent Power.

Araújo, Luciane Martins de. Neto, Miguel dos Reis Cordeiro. Séguin, Elida. A busca da efetividade do Acordo de Paris.

Resumo: Esse artigo objetiva analisar o Acordo de Paris, firmado na COP 21, realizada em 2015 em Paris, França, com vistas à busca de sua efetividade. O estudo parte análise da Convenção Quadro de Mudanças Climáticas, 1992 e do Protocolo de Kyoto, 1995. Destaca o Acordo de Paris que tem por objetivo conter a o aumento da temperatura global abaixo de 2° C e visa limitar a 1,5° C, com enfoque nos principais pontos para torna-lo efetivo, como cooperação entre os países e a importância da educação e participação, bem como das contribuições de cada país, conhecida como NDC (*Nationally Determined Contributions*). Abordou-se ainda, a implementação do Acordo na perspectiva da retirada dos Estados Unidos. Foi utilizada bibliografia sobre a questão climática, relativa à educação ambiental, bem como análise dos documentos internacionais. O estudo conclui que o Acordo de Paris necessita tornar-se efetivo para possibilitar a própria continuidade de vida na Terra. Para tanto, é necessário reforçar a

educação ambiental para promover a transformação dos atores, bem como possibilitar a participação de todos. A cooperação e o princípio das responsabilidades comuns, porém diferenciadas entre os países também é ponto de extrema importância. Deve haver também um maior envolvimento dos governos subnacionais, bem como das empresas visando a efetividade do acordo. A revisão dos NDC dos países é medida que se faz necessária para tornar possível a limitação da temperatura global nos moldes estabelecidos no acordo.

Palavras-chave: direito ambiental internacional, mudanças climáticas, Convenção Quadro de Mudanças Climáticas, Protocolo de Kyoto, Acordo de Paris

The search for effectiveness of the Paris agreement

Abstract: The aim of this study is to analyze the Paris Agreement, which was established at COP 21 that took place in December 2015 in Paris, France, aiming its effectiveness. The starting point of this study is the Framework Convention on Climate Change signed in 1992 and the Kyoto Protocol, signed in 1995. Moreover it highlights the Paris Agreement which aims to contain the increase in global temperature below 2°C and to limit it to 1.5°C, its main approaches for the effectiveness, such as the cooperation among the countries, the importance of education and participation and the contributions of each country known as Nationally Determined Contributions (NDC). It was also approached the matter of the implementation of the Agreement in the perspective of the United States withdrawal. We used a bibliography related on the climate issue, environmental education, as well as the analysis of international documents. Based on analysis we concluded that the document must be effective to provide the life's continuity in the Earth. Therefore it must reinforce the environmental education to promote the actors transformation and to allow the participation of all. The cooperation among countries is a crucial issue based in the principle of common but differentiated responsibilities. There should also be a greater involvement of subnational governments, as well as corporations, targeting the effectiveness of the agreement. The countries must review their NDC to promote the global temperature limitation as proposed in the agreement.

Keywords: International Environmental Law, Climate Change, Framework Convention on Climate Change, Kyoto Protocol, Paris Agreement.

Spengler, Fabiana Marion. Wrasse, Helena Pacheco. A ressignificação do paradigma estatal em tempos de globalização.

Resumo: Este artigo pretende explorar alguns pontos referentes à globalização e como esta vem interferindo nas fronteiras estatais, para além da visão geográfica clássica de território. Questiona-se se existem possibilidades sociais que, nesse contexto de reconfiguração estatal, apresentem-se viáveis. Trabalha-se, com a ideia de transformação e adaptação estatal, a partir de uma desregulação em diversos setores (econômico, cultural, político e social). Assim, o texto está dividido em três partes. Primeiramente, aborda-se a questão do Estado como detentor da soberania nacional e algumas de suas crises. Em seguida, investiga-se acerca da globalização. Por fim, pondera-se acerca das possibilidades sociais, considerando a relativização das fronteiras estatais como consequência da ordem global. Utiliza-se o método dedutivo, o método de procedimento monográfico e a técnica de pesquisa da documentação indireta.

Palavras-chave: Estado, globalização e soberania.

The redefinition of the state paradigm in times of globalization.

Abstract: This article aims to explore some points related to globalization and its interference in the state frontiers, beyond the classic geographical view of territory. It is questioned if there are social possibilities that, in this context of state reconfiguration, are feasible. The idea of transformation and state adaptation, based on a deregulation in several sectors (economic, cultural, political and social), is considered. The text is divided into three parts. Firstly, the issue of the State as the holder of national sovereignty and some of its crises is addressed. Then, the investigation about globalization is investigated. Finally, the social possibilities, considering the relativization of state borders as a consequence of the global order is portrayed. The deductive method, the monographic procedural method and the indirect documentation research technique are used.

Keywords: State, globalization and sovereignty.

Elias, Fernando Lopes Ferraz. Os Mecanismos De Indução Ao Cumprimento Do Direito Internacional No Contexto Da Internacionalização Do Direito.

Resumo: A finalidade do presente artigo é perquirir os mecanismos de indução ao cumprimento das normas e decisões internacionais num ambiente de internacionalização do direito. Inicialmente, discutem-se as influências recíprocas entre o sistema jurídico e os demais sistemas sociais num cenário de governança global. A seguir, investiga-se a efetividade das normas jurídicas decorrentes dessas transformações da sociedade e do direito internacional. Adiante, debruça-se sobre os mecanismos tradicionais de imposição do direito internacional e os novos mecanismos utilizados na busca da efetividade das normas internacionais, a fim de se entender o papel das cortes internacionais, da incorporação das normas internacionais às estruturas político-jurídicas domésticas e, por fim, dos incentivos políticos, econômicos e reputacionais como instrumentos de aplicação normativa num contexto de internacionalização do direito. Assim, a partir da interdisciplinaridade entre o Direito e as Relações Internacionais, como método de pesquisa, busca-se investigar os elementos coercitivos e não coercitivos, que determinam a eficácia desse novo direito internacional.

Palavras-chave: Internacionalização do direito, efetividade do direito internacional, mecanismos de indução ao cumprimento

International Legal Compliance in The Context Of Internationalization Of Law

Abstract: The purpose of this article is to assert the international legal compliance of the norms and decisions in the environment of the internationalization of law. Initially, discusses the reciprocal influences between the legal system and other social systems in a global governance landscape. Next, investigates the effectiveness of legal norms arising from these changes of society and international law. Forward, focuses on the traditional mechanisms of enforcement of international law and the new mechanisms used in the pursuit of effectiveness of international norms, in order to understand the role of international courts, the incorporation of international norms to domestic political and legal structures and finally, the political, economic and reputational incentives as tools of legal enforcement in the context of the internationalization of law. Thus, from the interdisciplinarity

between Law and International Relations, as a research method, we seek to investigate the coercive and non-coercive elements that determine the effectiveness of this new international law.

Keywords: Internationalization of law, effectiveness of international law, international legal compliance

Amorim, Fernando Sérgio Tenório de, e Rodrigues, Ricardo Schneider. A resolução online de litígios (ODR) na administração pública: o uso da tecnologia como estímulo à transparência

Resumo: Neste trabalho é analisada a possibilidade de se utilizar a Resolução *Online* de Litígios (ODR) como meio de fomentar a transparência pública e solucionar eventuais conflitos surgidos entre a administração e o cidadão, bem como a viabilidade de sua integração ao processo judicial, naqueles casos em que não se alcançar uma solução. O trabalho é desenvolvido a partir de pesquisa bibliográfica, abordada qualitativamente e da metodologia dedutiva. O ordenamento jurídico brasileiro permite o uso da ODR pela administração pública, evitando a judicialização de questões de baixa complexidade e oportunizando ao gestor a correção de falhas de transparência. É possível acoplar uma plataforma ODR aos Serviços de Informação ao Cidadão ou aos Portais da Transparência, mantidos pelo poder público, de modo a alcançar uma rápida resolução de eventuais litígios relacionados à transparência pública, sem sobrecarregar o judiciário. Nos casos em que não se alcançar uma solução via ODR, é cabível a sua integração a um processo judicial eletrônico subsequente, adaptando-se o procedimento comum, de modo a aproveitar-se as etapas já desenvolvidas anteriormente, com fundamento na cláusula geral de negociação processual do artigo 190 do CPC. Cumpre avaliar a conveniência de celebrar protocolos ou acordos institucionais com a finalidade de ajustar uma política pública de justiça, voltada ao estímulo da consensualidade e à rápida solução dos conflitos.

Palavras-chave: Resolução *Online* de Litígios (ODR), Administração Pública, Transparência, Controle, Negócios Jurídicos Processuais.

The online dispute resolution (ODR) in the public administration: the use of technology as an impulse to transparency

Abstract: This paper analyzes the possibility of using Online Dispute Resolution (ODR) as a means to promote public transparency and solve possible conflicts between the administration and the citizen, as well as the feasibility of ODR integration into the judicial process, introduced in those cases in which a solution is not reached. The work is developed from bibliographical research approached qualitatively and from deductive methodology. The Brazilian legal system allows the use of ODR by the public administration, in order to avoid the judicialization of low complexity issues giving to public officials the opportunity to correct transparency failures. It is possible to link an ODR platform to the Citizen Information Services or Transparency Portals which are maintained by the government in order to achieve a quick resolution of any disputes related to public transparency, preventing an overload of the judiciary system. In cases in which a solution is not reached through ODR, it is possible to integrate it into a subsequent electronic judicial process, adapting the common procedure, in order to take advantage of the steps already developed previously, based on the general clause of procedural negotiation provided for in article 190 of the CPC. It is necessary to evaluate the convenience of entering into protocols or institutional agreements aiming to adjust a public policy of justice, focused at stimulating consensus-building and the swift resolution of conflicts.

Keywords: Online Dispute Resolution (ODR), Public Administration, Transparency, Control, Judicial Procedure Negotiation.

Zatarain, Jesús Manuel Niebla. Smart cities and personal data: balancing innovation, technology and the law

Abstract: Smart cities are delivering new channels of communication between governments and its citizens. Through this, new and more efficient operational approaches have emerged, improving the quality of public services and even increasing transparency levels. Nonetheless, this digital platform gathers and processes considerable volumes of personal data, which presents a potential threat to their legal holders. Throughout an extensive research on legal literature, legislation and technological sources, this paper delivers the impact of this technological platform in three relevant regions Europe, North America and Latin America, from an interdisciplinary

nary perspective. Finally, this works delivers the necessity to develop smart cities based on a method of collaboration that legal compliance through technical efficiency.

Keywords: Smart cities; Legal informatics; Data protection

Ximenes, Julia Maurmann. A judicialização da política pública assistencial sob uma análise tridimensional – social, jurídica e de gestão

Resumo: O fenômeno da judicialização das políticas públicas assistenciais, especialmente o Benefício de Prestação Continuada (BPC), acarreta uma série de possibilidades de análise. O presente artigo tem como problema de pesquisa discutir a tensão entre o controle judicial de políticas públicas e a gestão administrativa a partir de uma análise tridimensional: social, jurídica e de gestão. A metodologia é de caráter empírico: utilizando a técnica da análise de conteúdo de caráter qualitativo, o discurso da jurisprudência da Turma Nacional de Uniformização da Justiça Federal na judicialização do BPC entre 2009 e 2016 foi interpretado. Apesar da relevância na efetivação dos direitos sociais, o objetivo da pesquisa é provocar uma ampliação interpretativa que inclua o diálogo entre Administração e Judiciário para que este último compreenda o papel da política pública na efetivação dos direitos sociais.

Palavras-chave: judicialização das políticas públicas, assistência social, Benefício de Prestação Continuada, comunitarismo, análise de conteúdo

The judicialization of welfare public policies under a tridimensional analysis – social, legal and management

Abstract: The phenomenon of judicialization of public welfare policies, especially the Continuous Benefit Benefit (BPC), entails a series of possibilities for analysis. The present article has as a research problem to discuss the tension between judicial control of public policies and administrative management from a three – dimensional analysis: social, legal and management. The methodology is empirical: using the technique of content analysis of a qualitative nature, the discourse of the jurisprudence of the National Class of Uniformization of Federal Justice in the judicialization of BPC between 2009 and 2016 was interpreted. Despite the relevance of

social rights, the objective of the research is to bring about an interpretative expansion that includes the dialogue between the Administration and the Judiciary so that the latter understands the role of public policy in the realization of social rights.

Keywords: judicialization of public policies, welfare policy, Continuous Cash Benefit, political communitarism, content analysis

Sales, Lilia Maia de Moraes e Lima, Gabriela Vasconcelos. Mediação Comunitária: Uma Contribuição na Busca pelos Objetivos do Desenvolvimento Sustentável no Estado do Ceará.

Resumo: Pode-se perceber empiricamente uma transformação na forma como os Estados se relacionam, a partir da globalização. Necessitou-se adotar uma postura mais colaborativa, a fim de que os países apresentem evolução em questões sociais, econômicas e culturais. Adotou-se, assim, os Objetivos do Desenvolvimento Sustentável (ODS) propostos pela ONU, que objetivam erradicar a pobreza por meio de diversas ações. Percebeu-se, que a Mediação Comunitária poderia representar papel importante na concretização destes Objetivos. Portanto, o presente artigo tem como objetivo geral verificar de que forma as ações de Mediação Comunitária podem contribuir na busca pelos ODS. Mais especificamente, objetiva-se compreender os próprios ODS, sua origem e motivação; para, então, estudar ações de Mediação Comunitária, a fim de entender como elas se inserem na realidade; por fim, traçar o papel da Mediação Comunitária na busca pelos ODS. O artigo além de explicar ações de Mediação Comunitária e expor a experiência do Ceará, estabeleceu a correlação entre os ODS e a Mediação Comunitária em dois níveis: enquanto procedimento e enquanto política pública. Concluiu-se que a Mediação Comunitária demonstra potencial de mudança de cultura e empoderamento social. Sua adoção representa evolução em direção dos Objetivos, para que se possa transformar esta realidade em uma realidade onde haja respeito universal aos direitos humanos, à dignidade humana e à igualdade.

Palavras-Chave: mediação comunitária, métodos adequados de solução de conflitos, objetivos do desenvolvimento sustentável, Organização das Nações Unidas, políticas públicas

Community Mediation: A Contribution on the path to the Sustainable

Development Goals in the State of Ceará

Abstract: The way States build relationships amongst them has been transformed by globalization. The adoption of a more collaborative posture was necessary in order to evolve in social, economic and cultural aspects. Considering that, the UN proposed the Sustainable Development Goals (SDGs), which aim to alleviate poverty through a series of action. Through research it was noticed that Community Mediation could play an important role on the achievement of these Goals. Therefore, this article aims verifying in what level and how actions of Community Mediation can contribute on the search for SDGs. More specifically, it aimed to understand the SDGs, its origins and motivation; studying actions of Community Mediation, in order to understand how they fit on the society; at last, mapping the role of Community Mediation on the path to achieve SDGs. The article besides of explaining actions of Community Mediation and explored Ceará's experience, also establishes the correlation between SDGs and Community Mediation in two levels: as a procedure and as a public policy implemented by the State. We could conclude, then, that Community Mediation shows strong potential to be a vector of cultural shift and social empowerment for those who seek consensual conflict resolution. Its adoption represents an evolution towards the SDGs chosen and wanted by so many countries, in order to transform the reality we live in into a reality where there's university respect to human rights, to dignity and to equality. *Keywords:* Community Mediation, Alternative Dispute Resolution, United Nations, Sustainable Development Goals, Public Policies

Leite, Taylisi de Souza Corrêa. O desenvolvimentismo de Getúlio Vargas e a positivação de direitos das mulheres no Brasil

Resumo: Este trabalho retrata a vinculação da política econômica heterodoxa da Era Vargas ao seu modelo positivista de gestão estatal, a fim de demonstrar que a positivação de direitos para as mulheres estava inserida no projeto desenvolvimentista de Getúlio Vargas, marcado, primordialmente, pela busca do desenvolvimento de um capitalismo independente no Brasil. Para apresentar seu argumento, este artigo percorre as políticas econômicas varguistas e seu projeto de industrialização, para afirmar que Vargas adotou

uma política econômica heterodoxa e, em seguida, o texto vincula essa tese ao modelo político adotado por Getúlio Vargas. A imbricação entre o modelo político e o modelo econômico de Vargas foram profundamente marcados pelo desenvolvimentismo, pelo autoritarismo e pelo sindicalismo de iniciativa estatal, que serão apresentados nos tópicos subsequentes. Por fim, este trabalho vincula todo este estofa à positivação dos direitos políticos e sociais das mulheres, no Brasil, especialmente, nas décadas de 1930 e 1940.

Palavras-chave: Vargas, desenvolvimentismo, industrialização, direitos sociais, direitos das mulheres, autoritarismo.

Getúlio Vargas' developmentism and the positivation of women's rights in Brazil

Abstract: The present work aims the bond between the heterodox economic policy of Vargas Era and the positivist model of state management, in order to demonstrate that women's rights positivation was part of the development project of Getúlio Vargas – wich main objective was the implementation of an independent capitalism system in Brazil. This article explains the economic and industrialization project of Vargas to prove it's argument, based on a hetedorox economic policy linked to a political State model. Vargas' political and economic model was deeply marked by State development, authoritarianism and state work unions, wich will be, each one, discussed later in this article. Lastly, this work attaches the entire theory to women's political and social rights positivation in Brazil, especially between 1930 and 1950.

Keywords: Vargas, development, industrialization, social rights, women's rights, authoritarianism.

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; GUERRA, Isabella Franco; NASCIMENTO FILHO, Firly. (Org.). Os princípios da Constituição de 1988. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001, pp. 167-190.

Artigo de periódico:

SGARBI, Adrian. Textos normativos e alguns problemas de adscrição de sentido. *Direito, Estado e Sociedade*, Rio de Janeiro, n. 26, pp. 6-31, jan./jun. 2005.

CITTADINO, Gisele; DUTRA, Deo Campos. *Direito Internacional Privado: o diálogo como instrumento de efetivação dos Direitos Humanos*. Seqüência: estudos jurídicos e políticos. vol. 33, n. 64, 2012 <http://dx.doi.org/10.5007/2177-7055.2012v-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.