



PUC
RIO

Direito, Estado e Sociedade

Jan | Jun 2023
ISSN 1516-6104

62

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 em língua portuguesa ou outros idiomas. 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 Brasileiro 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-Chefe); Ramon Silva Costa (Editor-Assistente); Lucas de Souza Oliveira (Editor-Assistente); Leonardo Laurindo (Editor-Assistente); Bruna Diniz Franqueira (Editora-Assistente); Heloisa Pacheco (Editora-Assistente); Luísa Vanessa Carneiro da Costa (Editora-Assistente); Isabel Nolding Maia (Editora-Assistente); José da Silva Raimundo (Editor-Assistente); Eduardo Castelo Branco e Silva (Editor-Assistente); Luiz Felipe Waitz (Editor-Assistente); Leticia da Silveira Lobo (Editora-Assistente); Luísa Paciullo (Editora-Assistente).

Apoio gráfico-editorial

Editora PUC-Rio.

Indexação e Distribuição

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

Responsabilidade, Conflito de Interesses e Copyright

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

Notas aos Colaboradores

Os artigos a serem submetidos ao Conselho Editorial deverão ser enviados preferencialmente pelo endereço eletrônico <https://revistades.jur.puc-rio.br/>. As normas de publicação e diretrizes de avaliação podem ser encontradas na última página e no sítio eletrônico da Revista.

DIREITO, ESTADO E SOCIEDADE

nº 62 Jan-Jun 2023

ISSN 1516-6104

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

1. Direito – Periódicos. I – PUC-Rio.

Sumário

5 | Carta dos editores/*Editorial*

Artigos/*Papers*

- 10 | A tipologia jurídica da integração ambiental como elemento normativo para o uso sustentável dos recursos marinhos
The legal typology of environmental integration as a normative element for the sustainable use of marine resources
André Augusto Giuriatto Ferraço e Naomy Christina Takara
- 49 | Pesquisa empírica em direito: novos horizontes a partir da teoria dos sistemas
Empirical research in Law: new horizons based on system theory
Gabriel Ferreira da Fonseca e Marco Antonio Loschiavo Leme de Barros
- 74 | Teorias feministas pós-estruturalistas: contribuições para a investigação do discurso jurídico
Post structuralist feminist theories: contributions to legal discourse research study in Brazil
Grazielly Alessandra Baggenstoss; Maria Juracy Filgueiras Toneli e João Manuel Calhau de Oliveira
- 97 | Cartografia contemporânea do comum e sua vertente no direito romano: um contraponto jurídico
Contemporary cartography of the common and its strand in Roman Law: a legal agreement
Gustavo Silveira Borges e Maurício da Cunha Savino Filó
- 127 | Construção retórica da argumentação jurídica
Rhetorical construction of legal argumentation
João Mauricio Adeodato
- 154 | Sobre a proteção de bens jurídico-criminais nas sociedades capital
On the protection of legal-criminal interest in capitalist societies
José Mário Chaves

- 178 | Brazilian Supreme Court, judicial self-restraint, and educational policy: the homeschooling case (RE 888815)
Supremo Tribunal Federal, autorrestricção judicial e política educacional: o caso do homeschooling (RE 888815)
José Mário Wanderley Gomes; Luis Felipe Andrade Barbosa e Luís Henrique Gonçalves de Azevedo Pinto
- 206 | O "trabalho decente": do conceito à prática
The "decent work": from concept to practice
Márcia Regina Castro Barroso
- 227 | Direito ao meio ambiente saudável: implicações do uso e acesso aos recursos naturais na perspectiva das políticas para mulheres no Brasil
The Right to the healthy environment: implications of the use and access to natural resources from the policy perspective for women in Brazil
Maria Eliane Alves Sousa
- 253 | Democracia e sistema de proteção do patrimônio cultural no Brasil
Democracy and cultural heritage protection system in Brazil
Renata Ovenhausen Albernaz
- 280 | No rastro do "indiferente jurídico": ensaio de antropologia do direito a propósito de um movimento grevista de professores
On the track of the "juridical indifferent": legal anthropology essay concerning a striking professor movement
Ricardo Prestes Pazello
- 311 | Coragem cívica e resistência: o que têm a ver com a responsabilidade pessoal?
Civic courage and resilience: what do they have to do with personal responsibility?
Wolfgang Heuer

Notícias e Informações/News and information

Resumos das dissertações e teses defendidas no 1º semestre de 2023 no âmbito dos Programas de Pós-Graduação (Mestrado e Doutorado) em Teoria do Estado e Direito Constitucional do Departamento de Direito da PUC-Rio.

Carta dos editores

É com grande satisfação que o Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro vem apresentar o número 62 da Revista Direito, Estado e Sociedade, referente ao primeiro semestre de 2023. 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 (<https://revistades.jur.puc-rio.br/>).

O primeiro artigo, “A tipologia jurídica da integração ambiental como elemento normativo para o uso sustentável dos recursos marinhos” propõe uma discussão acerca da integração ambiental, bem como sobre o alcance, elaboração, implementação e execução de políticas públicas voltadas aos recursos marinhos, a partir de uma análise de decisões. O trabalho investiga quais são os elementos normativos necessários para delimitação da natureza jurídica da integração no âmbito dos recursos marinhos, identificando a ausência de assimilação da integração enquanto princípio ou obrigação pelos tribunais federais.

Em seguida, o artigo “Pesquisa empírica em Direito: novos horizontes a partir da teoria dos sistemas” aborda questões sobre a possibilidade de articular a teoria e empiria na produção científica e do conhecimento no âmbito do Direito, a partir da Teoria dos Sistemas, de Niklas Luhmann. O trabalho propõe pensar a ideia de controle de abstração como maneira de aplicar a Teoria dos Sistemas para fundamentar pesquisas que analisem dados empíricos, de modo a observar e descrever o direito como um sistema de sociedade moderna.

Em “Teorias feministas pós-estruturalistas: contribuições para a investigação do discurso jurídico no Brasil” há uma discussão sobre as teorias feministas, abordando o feminismo pós-estruturalista como uma vertente epistemológica para estudar o discurso jurídico e refletir qual sujeito está sendo produzido, afunilando essa perspectiva para se pensar as mulheres. O artigo reúne matrizes epistemológicas idealistas e materialistas em contraponto com a pós-estruturalista e traz alguns exemplos do discurso jurídico brasileiro.

O artigo “Cartografia contemporânea do comum e sua vertente no Direito Romano: um contraponto jurídico” tem como foco uma análise sobre propriedade pública e privada, a partir do método do contraponto jurídico entre os distintos paradigmas, baseado nas produções de Lobrano e Pilati.

Já o artigo “Construção retórica da argumentação jurídica” tem como objetivo principal compreender o conceito de argumentação de forma empírica, indo além das perspectivas normativas tradicionais. O trabalho ressalta a dificuldade de definir e classificar silogismos devido à natureza porosa das palavras e propõe uma abordagem analítica descritiva, em contraste com as abordagens normativas dominantes no estudo da argumentação.

Em “Sobre a proteção de bens jurídico-criminais nas sociedades capital”, o autor José Mário Chaves analisa como os bens jurídicos são escolhidos em sociedades capitalistas, questionando a suposta neutralidade do Direito Criminal. A hipótese central é que, em ambientes capitalistas, os bens jurídicos protegidos não representam os interesses gerais da sociedade, mas sim os interesses de classes sociais hegemônicas. A pesquisa busca uma abordagem interdisciplinar, combinando métodos de diversas disciplinas para uma análise crítica do problema proposto.

Em “*Brazilian Supreme Court, constitutional avoidance, and educational policy: the homeschooling case (RE 88815)*”, o trabalho explora o contexto vivenciado em 2018, quando o Supremo Tribunal Federal (STF) do Brasil

enfrentou uma disputa constitucional relacionada ao ensino doméstico. O estudo analisou qualitativamente o caso, revelando como essa estratégia foi usada em uma decisão significativa de política educacional.

O artigo “O trabalho decente e os desafios da contemporaneidade” analisa o conceito de trabalho decente pela Organização Internacional do Trabalho (OIT) no Brasil. Explora seu papel global na criação de normas por meio de convenções ratificadas entre países. A OIT redefiniu seu papel, emitindo documentos como a Declaração de 1998 e o Pacto Mundial de 2009, reafirmando a justiça social. O estudo aborda a história da OIT, tripartismo, globalização e foca na temática do trabalho decente no Brasil.

O artigo “Direito ao meio ambiente saudável: implicações do uso e acesso aos recursos naturais na perspectiva das políticas para mulheres no Brasil” nos apresenta uma abordagem com foco em gênero para a discussão sobre o meio ambiente no Brasil. O artigo problematiza o fato de que as mulheres são um dos grupos mais afetados pela violação de direitos civis e que precisam de especial proteção no contexto de grandes obras que incitam a prostituição e violência na sociedade.

Em “Democracia e sistema de proteção do patrimônio cultural no Brasil” de Renata Ovenhausen Albernaz faz uma análise dos principais instrumentos e políticas estatais de proteção do patrimônio cultural no Brasil. O artigo tem como objetivo verificar como o Estado Brasileiro está tratando a cultura e seu acesso e se isto leva a uma real proliferação da cultura ou uma delimitação de quem terá acesso.

O autor Ricardo Prestes Pazello em seu artigo “No rastro do ‘indiferente jurídico’: ensaio de antropologia do direito a propósito de um movimento grevista de professores” toma como ponto de partida de sua análise o campo da antropologia jurídica. Aliado à uma perspectiva crítica do direito, ele demonstra uma ambiguidade no campo do direito entre o normativismo e as relações sociais analisando a greve dos professores universitários de 2012.

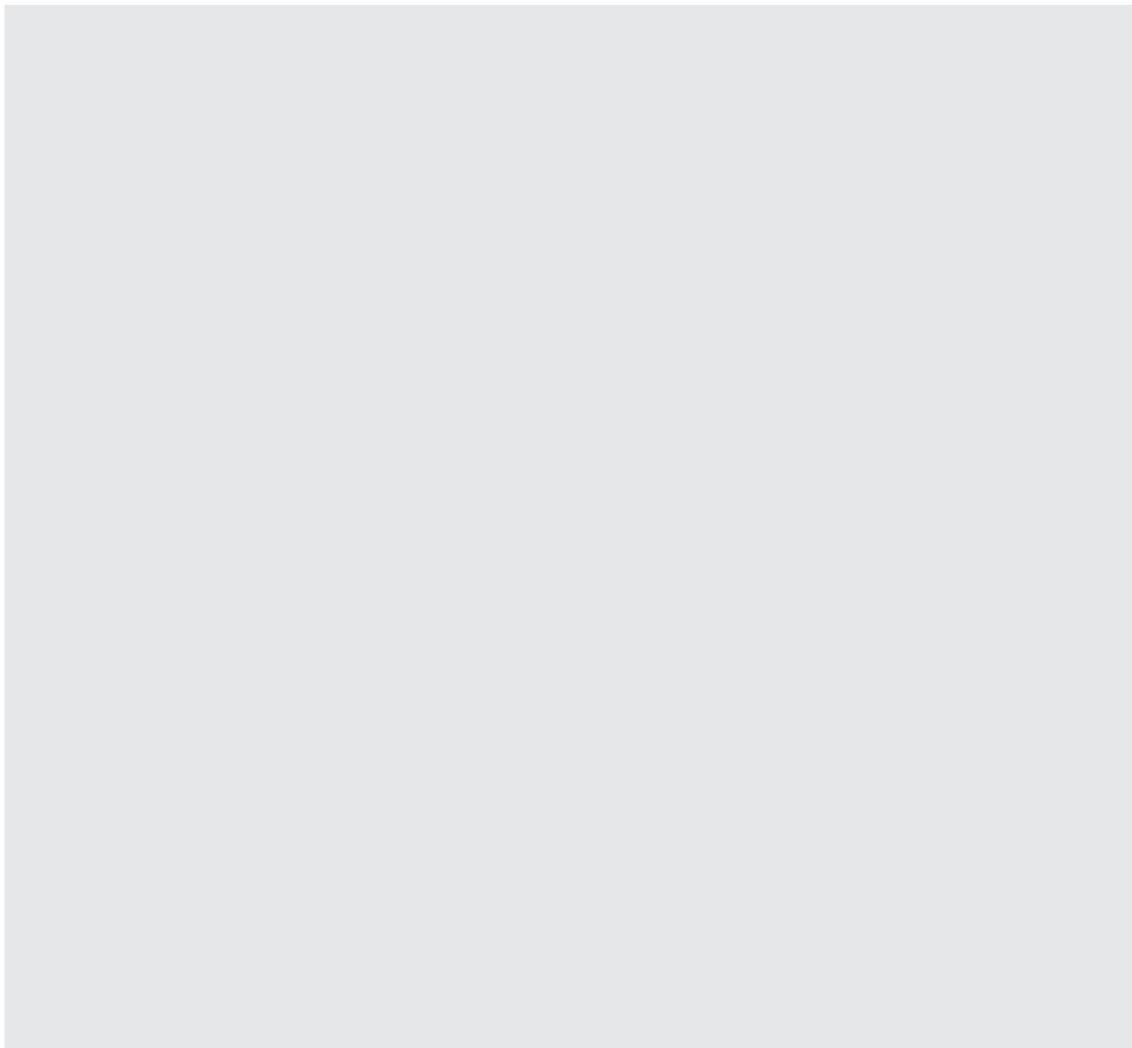
No artigo “Coragem cívica e resiliência: o que têm a ver com a responsabilidade pessoal?” o autor convidado Wolfgang Heuer traz uma reflexão sobre a Guerra da Ucrânia. Utilizando como base os escritos de Hannah Arendt e Jürgen Habermas, o autor passa por perguntas importantíssimas sobre o conflito europeu que se arrasta desde 2022. Como a responsabilidade pessoal e os movimentos sociais contra fascismos inundam as discussões sobre o conflito. E, ainda, como nos portamos em face a esse conflito como expectadores e comentaristas.

Por fim, na última seção da Revista, apresentamos os Resumos das Dissertações e Teses já defendidas no primeiro semestre de 2023, no âmbito do Programa de Pós-Graduação em Teoria do Estado e Direito Constitucional.

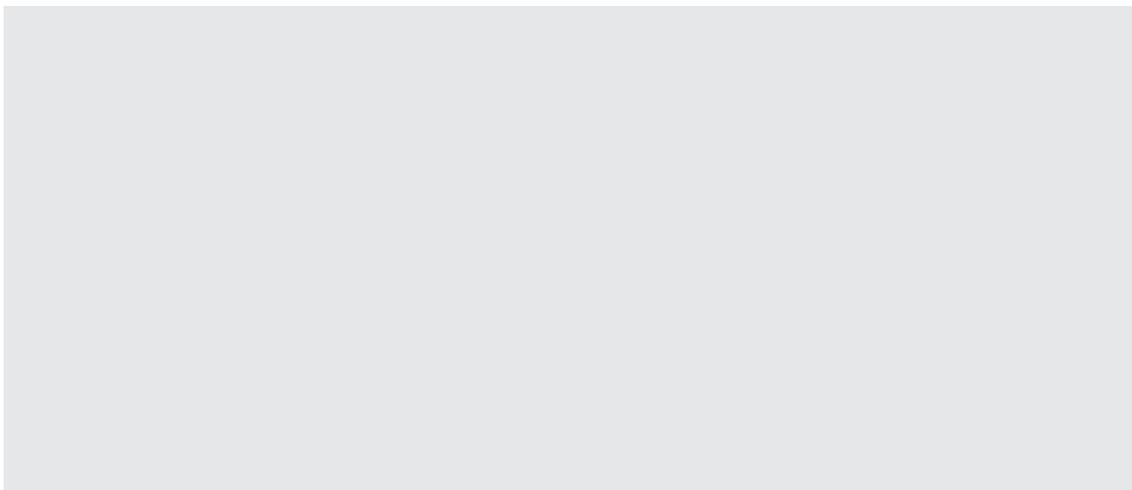
Desejamos a todos uma excelente leitura.

Noel Struchiner
Editor Responsável

Antonio Pele
Editor Responsável



Artigos



A tipologia jurídica da integração ambiental como elemento normativo para o uso sustentável dos recursos marinhos

The legal typology of environmental integration as a normative element for the sustainable use of marine resources

André Augusto Giuriatto Ferrazo*
Universidade de Brasília, Brasília – DF, Brasil

Naomy Christiani Takara**
Universidade de Brasília, Brasília – DF, Brasil

1. Introdução

A natureza jurídica da integração no direito nacional brasileiro é permeada de incertezas que conduzem à má utilização do seu potencial normativo ambiental. Como decorrência dessa lacuna, pode-se afirmar que a compreensão do alcance e a utilização desse conceito¹ se apresentam de modo

* Professor voluntário de Direito Internacional Público e Direito dos Desastres Ambientais na Universidade de Brasília - UnB. Doutorando e Mestre em Direito pela Universidade de Brasília (UnB) na Linha Internacionalização, Trabalho e Sustentabilidade, com ênfase em Sustentabilidade, Meio Ambiente e Direitos Humanos. Assessor jurídico no Tribunal Regional Federal da 1ª Região - TRF1. Membro do Grupo de Estudos em Direito, Recursos Naturais e Sustentabilidade, da Universidade de Brasília - GERN/UnB. Pesquisador institucional do Instituto Brasiliense de Direito Público - IDP. E-mail: andreaugusto.gf@gmail.com.

** Mestre em Direito, Estado e Constituição na Universidade de Brasília (UnB). Pós-graduada em Ordem Jurídica e Ministério Público pela Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Graduada em Direito pela Universidade São Francisco. Atualmente é advogada, pesquisadora do Grupo de Direito, Recursos Naturais e Sustentabilidade (GERN) da Universidade de Brasília e integrante do Painel Mar e da Liga das Mulheres pelo Oceano. E-mail: naomy.christiani.takara@gmail.com.

1 Inicialmente, deve-se destacar que a integração é apontada como um conceito. A partir da teoria de Dworkin, as normas podem ser classificadas como diretrizes, princípios e regras, em razão do seu grau de generalidade. Em síntese, regras indicam obrigações específicas, enquanto os princípios visam orientar condutas gerais. Em paralelo, os conceitos são compreendidos como aqueles que direcionam as normas que são implementadas por princípios, os quais, por

insuficiente, o que obsta uma melhor apropriação da integração no campo jurídico e repercute negativamente na forma como os recursos naturais são geridos.

No âmbito dos recursos marinhos não é diferente, embora a integração seja ampla e indistintamente mencionada nos instrumentos de regulação direcionados a este âmbito², grande imprecisão quanto à natureza jurídica e quanto à determinação do alcance normativo desse conceito ainda são verificados. Desse modo, a investigação quanto à tipologia jurídica da integração, a fim de que seja elucidado o seu caráter normativo e jurídico-instrumental aplicado à gestão dos recursos marinhos, apresenta-se necessária. Isso se deve ao fato de que a indeterminação quanto à tipologia jurídica da integração obsta a sua utilização de modo mais técnico, tanto por uma perspectiva jurisprudencial, quanto por uma perspectiva de gestão³, razão pela qual uma melhor compreensão sobre o seu alcance e caráter normativo pode contribuir para o uso sustentável dos recursos marinhos, na medida em que se opõe à lógica de fragmentação e de setorização da gestão⁴.

O cenário de imprecisão quanto à integração, revela um paradoxo no que se refere ao uso do termo. Se por um lado, como pretende-se demonstrar neste estudo, há uma ampla utilização da integração nos instrumentos de gestão dos recursos marinhos, por outro lado, essa utilização não apresenta uma delimitação clara quanto ao que se refere à integração, tampouco sobre

sua vez, são realizados por regras. Neste momento da pesquisa, considerando o caráter geral do objeto de estudo, adota-se a noção de conceito para se referir à integração, uma vez que a hipótese deste estudo é a de que o conceito é uma matriz para o princípio e a obrigação de integrar (Dworkin, 1977, p.22); (Dupuy; Viñuales, 2015, p. 51-53).

2 Na primeira parte deste artigo serão demonstrados os aspectos de integração constantes na Política Nacional de Recursos do Mar (PNRM), o Plano Setorial de Recursos do Mar (PSRM), e o Plano Nacional de Gerenciamento Costeiro (PNGC). Sem prejuízo, a integração também é verificada em outras normas, como na Política Nacional de Recursos Hídricos, Lei n. 9433/17, inciso VI, do artigo 3º, ao preceituar como diretriz de ação a integração da gestão das bacias hidrográficas com a dos sistemas estuarinos e zonas costeiras; na Política Nacional de Resíduos Sólidos, Lei n. 12305/10, no inciso XI do artigo 3º, que define a gestão integrada de ações voltadas para solucionar as questões dos resíduos sólidos e na Política Marítima Nacional, Lei n. 1.265/94, que tem por finalidade orientar o desenvolvimento das atividades marítimas brasileiras de forma integrada e harmônica, bem como na Lei Complementar 140/2011, em seu art. 7º.

3 A gestão pode ser entendida como o meio de organização das variáveis sobre um problema, a fim de gerir cenários conexos de controle, antecipação e decisão sobre soluções e prevenções em torno de uma questão proposta (Lira; Cândico, 2013).

4 Sobre integração ambiental ver: Viñuales, *et al.*, 2015, p. 157-179; Dernbach, 2003, p. 247-248; Sands, 1995, p. 53-61. Sobre a força normativa da integração na tomada de decisões: Medina; Tarlockt, 2010; Ashford; Hall, 2011; e Dernbach; Mintz, 2011.

qual é o caráter normativo da integração naquele contexto: se princípio, se obrigação ou se orienta uma perspectiva de gestão.

Garantir sustentabilidade no uso dos recursos requer integração⁵. Se a integração não é compreendida em termos práticos, a realização das atividades de modo sustentável resta prejudicada. Nesse contexto, torna-se necessário investigar a seguinte questão: quais são os elementos normativos que colaboram para uma delimitação da natureza jurídica da integração no âmbito dos recursos marinhos? A partir de uma melhor compreensão desse problema, reforça-se o caráter normativo da integração, de modo que se torna possível reafirmar que o uso dos recursos marinhos deve ocorrer de maneira sustentável.

O estudo jurídico mais aprofundado sobre a integração, objeto deste artigo, pode ser útil para auxiliar a compreensão e aplicação das disposições constantes em planos e políticas utilizados na gestão ambiental, os quais são operacionalizados por instrumentos jurídicos⁶. A integração é um termo geral aplicado à gestão ambiental e não raro, é utilizado como elemento de convencimento no campo jurídico. Isso se deve ao fato de que a integração apresenta alguma ligação com a ideia de desenvolvimento sustentável, mas não se confunde com este.

Embora a sistematização da integração realizada neste estudo possa ser utilizada de modo análogo para a aferição da integração em outros âmbitos do direito ambiental, a análise apresentada nesta oportunidade é restringida à integração aplicada aos recursos marinhos. Nesse sentido, investiga-se como a integração pode ser identificada no âmbito da gestão ambiental dos recursos marinhos, sistematizando as suas possíveis manifestações, bem assim qual é a sua natureza jurídica.

A partir da revisão bibliográfica⁷, pode-se afirmar que a integração se manifesta a partir de quatro dimensões principais: política, institucional, procedimental e geográfica. A análise da integração realizada neste estudo parte da investigação dessas dimensões nos principais planos e políticas que orientam o uso sustentável dos recursos marinhos.

Em suma, a dimensão política é manifestada na fase pré-normativa e diz respeito à consideração clássica da integração, ao propor que a elabo-

5 Dupuy; Viñuales, 2015, p. 51-53.

6 Carvalho, 2014, p. 45-74.

7 Bührs, 2009, p. 7-38; Eggenberger; Partidário, 2000.

ração de planos e políticas tenham em consideração a integração entre os componentes ambiental, social e econômico. A dimensão institucional se refere à articulação entre os atores competentes para a gestão dos recursos e para a execução dos planos e políticas voltados para um recurso comum, sob o qual se desempenham atividades de diferentes setores. A dimensão procedimental se relaciona a aplicação dos instrumentos jurídicos de gestão que comportem uma perspectiva integrada ou, ainda, ecossistêmica⁸. Já a dimensão geográfica volta-se para o aspecto espacial da execução dos planos e políticas, bem como para a realização das atividades por diferentes atores, na medida em que as interações do espaço físico do recurso devem ser consideradas.

No âmbito dos recursos marinhos, a análise da integração realizada neste estudo é amparada pelas fontes normativas, a partir das quais são verificados os instrumentos jurídicos de gestão aplicados aos recursos marinhos, dentre os quais se destacou a Política Nacional de Recursos Marinhos (PNRM), o Plano Nacional de Gerenciamento Costeiro (PNGC) e o Plano Setorial para os Recursos do Mar (PSRM). De modo complementar, realiza-se uma pesquisa jurisprudencial da Justiça Federal em grau recursal, uma vez que se trata de matéria essencialmente de direito e de competência federal⁹. Com base nos resultados dessas análises, torna-se possível pensar nos limites e nas possibilidades de melhoria da integração no âmbito dos recursos marinhos.

Diante disso, uma tipologia jurídica voltada para o caráter normativo da integração pode ser apontada como um elemento normativo para direcionar as atividades marinhas no uso sustentável dos recursos. Isso se deve ao fato de que a integração ambiental em sentido amplo é um pressuposto normativo para que se assegure o desenvolvimento sustentável.

8 A abordagem ecossistêmica é uma estratégia para a gestão integrada, sem impedir o uso sustentável dos recursos, intimamente relacionada com a aplicação do Princípio da Integração como um dos pilares para sua implementação. A abordagem ecossistêmica requer uma governança que enfoque a estrutura e o funcionamento do ecossistema dentro de suas próprias fronteiras ecológicas, com os objetivos de uso sustentável e a manutenção da integridade do ecossistema (Araujo, 2018, p. 69-84); (Platjouw, 2016, p. 14).

9 Constituição Federal Brasileira - Art. 20. São bens da União: IV - as ilhas fluviais e lacustres nas zonas limítrofes com outros países; as praias marítimas; as ilhas oceânicas e as costeiras, excluídas, destas, as áreas referidas no art. 26, II; V - os recursos naturais da plataforma continental e da zona econômica exclusiva; VI - o mar territorial; VII - os terrenos de marinha e seus acrescidos e Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar: I - as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, exceto as de falência, as de acidentes de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho (Constituição Federal, 1988).

A análise da natureza jurídica da integração ganha relevância a partir da percepção de que a compreensão do potencial normativo desse termo pode implicar em ganhos de eficácia jurídica ambiental¹⁰. Para tanto, num primeiro momento se faz necessário destacar o que a integração, por uma perspectiva de direito ambiental aplicada aos recursos marinhos, tem o condão de evitar.

A integração ganha fundamental relevância no âmbito dos recursos marinhos a partir da constatação de dois fenômenos decorrentes da forma como o uso dos recursos ocorre e que podem implicar impactos ambientalmente indesejáveis, são eles, a setorização e a fragmentação. Por essa ótica, a gestão dos recursos naturais demanda a integração de múltiplos atores no desenvolvimento de políticas setoriais, mas que apresentam elementos comuns no desempenho de suas atividades, sob pena de que tal lacuna tolha a eficácia jurídica ambiental.

Em síntese, tanto a setorização quanto a fragmentação conduzem à gestão dos recursos de modo distinto à forma como os recursos se apresentam no meio ambiente. Os dois fenômenos se relacionam ao modo de gerenciamento do recurso e ignoram a interconexão existente entre as atividades decorrentes do uso e o meio em que elas são desempenhadas. Isso ocorre tanto pela organização dos atores responsáveis pela gestão do recurso em domínios compartimentados de competência administrativa, no caso da setorização, quanto pela segmentação do espaço geográfico em que realizam suas atividades, no caso da fragmentação¹¹.

Sem integração não há como garantir que o uso dos recursos marinhos ocorra de modo sustentável. A sustentabilidade é entendida aqui como um objetivo que requer a atuação positiva estatal para a sua promoção nas atividades econômicas¹², a qual pode ser alcançada por uma abordagem que considere as interações entre os usos da terra, da água e dos recursos vivos, que seja capaz de assegurar a conservação e o uso sustentável desses bens, tal como propõe a integração em sentido amplo.

10 Para o presente estudo, a eficácia consiste na análise da existência de elementos normativos suficientes para cumprir com os objetivos para os quais ela foi criada. Já a eficiência relaciona-se com a medida normativa positiva de utilização dos recursos de meio para o alcance de tais objetivos a partir de aspectos organizacionais. Difere-se dos dois conceitos a análise de efetividade, que diz respeito ao benefício, à necessidade e a oportunidade oriundos do alcance dos objetivos e meios visados pelas medidas. Sobre eficácia jurídica (Varella, 2009, p. 34-35).

11 Ferrazo, 2019.

12 Diniz, 2015.

Diante disso, o percurso investigatório utilizado neste estudo, com base no método hipotético-dedutivo, amparado pela pesquisa bibliográfica, normativa e jurisprudencial, busca compreender os elementos normativos e jurídicos conceituais que possibilitam confirmar o alcance normativo da integração ambiental enquanto princípio geral de direito ambiental, do qual decorre a obrigação de integrar, que determina a gestão integrada tendo em vista a sustentabilidade dos recursos marinhos. Para tanto, a proposta de uma tipologia jurídica da integração ambiental aplicada aos recursos marinhos passa por dois momentos. Na primeira parte (cap. 1), destaca-se a insuficiência de integração no uso dos recursos marinhos, caracterizada pelos fenômenos da setorização e da fragmentação, os quais obstam que as atividades sejam realizadas de modo integrado e sustentável. Diante da insuficiência da integração observada no uso dos recursos, a segunda parte do artigo (cap. 2) apresenta uma proposta de tipologia jurídica da integração, com ênfase nos instrumentos jurídicos nacionais, especialmente na análise da Política Nacional de Recurso Marinhos, no Plano Setorial para os Recursos do Mar e no Plano Nacional de Gerenciamento Costeiro, uma vez que esses instrumentos jurídicos de gestão são aplicados, de modo geral, a todos os atores que desempenhem atividades na área de jurisdição nacional¹³.

2. A insuficiência de integração no uso dos recursos marinhos como óbice ao uso sustentável

Compreender a integração e a sua importância no âmbito dos recursos marinhos requer compreender ao que ela se opõe e quais os ganhos que essa medida representa em termos ambientais. Diante dessa compreensão, torna-se possível avaliar se a integração se faz realmente necessária para a gestão dos recursos, a partir de uma perspectiva jurídica-ambiental conexas à de regulação¹⁴.

A importância de se pensar nos caminhos jurídicos para a integração reside no fato de que este conceito é capaz de fazer frente à setorização e a

13 A PNRM tem por finalidade orientar o desenvolvimento das atividades que visem à efetiva utilização, exploração e aproveitamento dos recursos vivos, minerais e energéticos do Mar Territorial, da Zona Econômica Exclusiva e da Plataforma Continental, de acordo com os interesses nacionais, de forma racional e sustentável para o desenvolvimento socioeconômico do País, gerando emprego e renda e contribuindo para a inserção social (Pnrm, 2005).

14 Aranha, 2015; Fensterseifer; Sarlet, 2013, p. 58.

fragmentação, elementos impeditivos ao uso sustentável dos recursos marinhos. Em suma, a setorização é verificada diante da configuração de estruturas e domínios normativos isolados por setores, o que conduz à insuficiência de integração na gestão dos recursos marinhos entre os setores que realizam as suas atividades a partir da disponibilidade deste recurso. Já a fragmentação ocorre pela descon sideração geográfica da unidade de gestão, a partir do planejamento realizado de acordo com limites político-administrativos ou de interesses seccionais de cada ator competente¹⁵.

Tanto a setorização quanto a fragmentação observada no uso dos recursos marinhos decorrem de modos de gestão amparados por uma lógica administrativa pautada no Princípio da Especialização. Este princípio consagra a ideia de descentralização e especialização no desempenho da administração, como uma forma de organização para a execução das atribuições estabelecida por lei e encontra respaldo na indisponibilidade do interesse público¹⁶, uma vez que a esse formato possibilita uma gestão mais eficiente do bem público, pela lógica de celeridade e independência¹⁷.

Para que seja possível entender como a integração pode propor a conciliação destes fenômenos com o uso sustentável dos recursos marinhos, num primeiro momento, deve-se caracterizar a insuficiência de integração verificada neste meio, diante da ocorrência da setorização (1.1) e da fragmentação (1.2).

2.1 A setorização como impeditivo ao uso sustentável dos recursos marinhos

O uso dos recursos marinhos por uma lógica setorial e compartimentada apresenta disparidade com a forma que os recursos se manifestam no meio ambiente¹⁸. A insuficiência de integração verificada na setorização ampara uma atuação administrativa que se opõe à abordagem ecossistêmica, uma vez que a autonomia entre os setores especializados pode ensejar na ausência de consideração quanto aos impactos e conexões que as atividades

15 Ferraço, 2019, p. 12.

16 Art. 37 da Constituição da República Federativa do Brasil – CRFB/ 1988: “A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte (Constituição Federal, 1988).

17 Ferraço, 2019, p. 16.

18 Mercure, 2017.

desempenhadas por um setor acarretam aos demais setores a ele relacionados pelo espaço marinho.

No entanto, havendo um equilíbrio entre a eficiência proposta pela especialização e a consideração ambiental recomendada pela integração, as chances de incompatibilidade capazes de gerar danos e conflitos ambientais se reduzem. Para que o equacionamento entre a especialização e a integração ganhe relevo, torna-se necessário destacar a ocorrência de fenômenos relacionados à forma como o recurso é gerido e que apresentam prejuízos potenciais ao alcance de uma gestão sustentável.

Nesse sentido, torna-se necessário demonstrar como a setorização se configura no âmbito marinho, a partir de uma perspectiva institucional de gestão entre os atores responsáveis pelo uso sustentável dos recursos (1.1.1). Diante deste cenário, investiga-se como os instrumentos de planejamento e gestão marinha manifestam a integração em suas diferentes dimensões em oposição à lógica setorial de gerenciamento dos recursos (1.1.2).

2.1.1 A setorização diante da insuficiência de integração entre os atores responsáveis pelo uso sustentável dos recursos marinhos

A configuração da Administração Pública brasileira voltada para a regulação das atividades desempenhadas no âmbito dos recursos marinhos é setorizada. Cada setor, relativo a um nicho de atividade específico é regulado por suas próprias normas e desempenha suas atividades a partir de uma lógica segmentada de gestão, sem que haja a obrigação de considerar as implicações entre os setores que atuam sob os recursos marinhos por uma perspectiva integrada.

No caso brasileiro, os principais setores relacionados aos recursos marinhos são os da pesca, de petróleo e gás, de mineração, de geração de energia, de turismo, de navegação e portos e o de proteção ambiental¹⁹. A setorização entre os atores públicos responsáveis pela regulação das atividades desempenhadas sob os recursos marinhos se atrela aos ministérios federais. As atividades de pesca e aquicultura competem ao Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento²⁰; já a atividade de turismo fica a encargo

19 Mont'Alverne; Cavalcante, 2018 p.731.

20 Conforme o Decreto n. 9.667, de 02 de janeiro de 2019, as atividades de pesca e aquicultura não dispõem de uma agência reguladora, mas são coordenadas pela Secretaria de Aquicultura e Pesca.

do Ministério do Turismo²¹; as atividades portuárias e de navegação são de competência do Ministério da Infraestrutura²² e as atividades de petróleo, gás, mineração e energia eólica offshore são de competência do Ministério de Minas e Energia²³. Por fim, as atividades de segurança e controle de navegação mercante são de competência do Ministério da Defesa, atribuídas ao Comando da Marinha e exercidas pela Autoridade Marítima²⁴.

Dentro de cada ministério, a atividade específica do setor pode ser ainda mais particularizada, de modo que a regulação passa a ocorrer por meio de agências segmentadas de forma individualizada por assunto²⁵. No Ministério de Minas e Energia, por exemplo, a atividade de petróleo e gás está relacionado à Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e B combustíveis (ANP); a atividade de mineração à Agência Nacional de Mineração (ANM)²⁶, já as atividades de energia eólica offshore são relacionadas à Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL).

De modo a blindar que a atuação desses setores ocorra com alguma consideração ambiental, tem-se a atuação do Ministério do Meio Ambiente²⁷, visando assegurar a proteção e a conservação do meio ambiente e da biodiversidade marinha²⁸. A proteção do ecossistema marinho ocorre tanto pela atuação do Instituto Brasileiro de Meio Ambiente (IBAMA)²⁹, por meio

21 Conforme o Anexo I, artigo 1º que dispõe sobre a competência do Ministério no Decreto nº 9.664, de 02 de janeiro de 2019.

22 Conforme o Decreto n. 9.676, de 02 de janeiro de 2019 e a Lei no 10.233, de 05 de junho de 2001 a atividade de navegação é regulada pela Agência Nacional de Transportes Aquaviários (ANTAQ).

23 Conforme o Anexo I, artigo 1º que dispõe sobre a competência do Ministério no Decreto nº 9.675, de 02 de janeiro de 2019.

24 Conforme o Decreto nº 5.417 de 13 de abril de 2005, que aprova a Estrutura do Comando da Marinha, do Ministério da Defesa, e dá outras providências, e a Lei n. 9.537, de 11 de dezembro de 1997, que dispõe sobre a segurança do tráfego aquaviário em águas sob jurisdição nacional e dá outras providências.

25 Sundfeld, 2002, p. 15-38; Marques, 2005, p. 45-79.

26 Conforme o Decreto nº 9.587, de 27 de novembro 2018 que instala a Agência Nacional de Mineração.

27 Conforme o Decreto n. 9.672, 02 de janeiro de 2019 que aprova a Estrutura do Ministério do Meio Ambiente.

28 Artigo 11, PNGC.

29 As principais atribuições do Ibama são definidas no artigo 5º da Lei nº 11.516, de 28 de agosto de 2007. Que dispõe sobre a criação do Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade e dá outras providências.

da concessão de licenças ambientais para empreendimentos efetiva ou potencialmente poluidoras no meio ambiente marinho³⁰, quanto pela atuação do Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade (ICMBio), diante das unidades de conservação marinha da União³¹.

Em observância ao princípio constitucional da legalidade³², as atividades dos atores acima ressaltados ocorrem dentro dos limites estabelecidos pelas respectivas leis de criação. Cada ministério, agência de regulação ou órgão executivo têm atribuições e diretrizes de funcionamento em áreas específicas, podendo fazer pouco, ou nada, para além dessas atribuições, sob pena de violar referido princípio. Como as leis de criação e organização dos atores acima delineados não estabelecem diretrizes para a integração, ela não se torna passível de ocorrer por razões de conveniência ou oportunidade.

A organização setorial dos recursos marinhos não seria diferente da dos demais âmbitos de gestão de recursos naturais³³, posto que essa dinâmica é um reflexo da cultura organizacional administrativa no Brasil, amparada pelo Princípio da Especialização como pressuposto jurídico para a eficiência da Administração Pública. O princípio da Eficiência da Administração Pública³⁴ materializa a lógica de que se gerencia melhor quando especializado, o que encontra respaldo na supremacia do interesse público³⁵, uma vez que, esse

30 Conforme a Resolução nº 237, de 19 de dezembro de 1997 e a Resolução nº 001, de 23 de janeiro de 1986 do Conselho Nacional de Meio Ambiente e a Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981, que institui a Política Nacional do Meio Ambiente.

31 Conforme a Lei nº 11.516, de 28 de agosto de 2007.

32 Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte (Constituição Federal, 1988).

33 Ferrazo, 2019.

34 De modo geral, a eficiência pode ser considerada como a utilização mais produtiva dos recursos econômicos, de modo a produzir os melhores resultados. Veda-se o desperdício ou a má utilização dos recursos destinados à satisfação de necessidades coletivas. É necessário obter o máximo de resultados com a menor quantidade possível de desembolsos. Quanto ao princípio da administração pública, a eficiência apresenta dois aspectos: pode ser considerado em relação ao modo de atuação do agente público, do qual se opera o melhor desempenho possível de suas atribuições, para lograr os melhores resultados; e em relação ao modo de organizar, estruturar, disciplinar a Administração Pública, também com o mesmo objetivo de alcançar resultados na prestação do serviço público (Justen Filho, 2016, p. 67); (Di Pietro, 2003, p.83).

35 Em síntese, o princípio propõe a prevalência dos interesses coletivos sobre os interesses individuais na elaboração e execução das normas administrativas. Devido à imprecisão do conceito, algumas críticas são tecidas ao princípio, ao passo que a abertura semântica no princípio pode legitimar arbitrariedades ofensivas à democracia e aos valores fundamentais (Di Pietro, 2010, p. 95-97); (Meirelles, 2000, p. 95); (Mello, 1994, p. 20).

modelo *prima* pela celeridade e independência, elementos que possibilitam uma gestão mais eficiente do bem público. Se, por um lado, é uma forma legítima de se procurar melhorar a administração pública, por outro, a consequência é uma gestão setorial que, por vezes, pode ser insuficiente se o objeto gerido demanda uma abordagem multisetorial.

A setorização é verificada diante da configuração de estruturas e domínios normativos segmentados em diferentes setores, elemento este fundamental para se assegurar a imparcialidade e técnica para a atuação dos órgãos, os quais são indispensáveis para a eficiência da regulação³⁶. Embora essa organização administrativa seja capaz de conferir uma maior autonomia e celeridade na atuação de cada ator, a gestão dos recursos passa a se manifestar por uma perspectiva linear e compartimentada, a qual apresenta disparidade com a forma que os recursos se manifestam no meio ambiente.

A setorização é um impeditivo para o desenvolvimento sustentável, na medida em que a observância à integração é um pressuposto para que se garanta a sustentabilidade. A setorização ampara uma atuação administrativa que se opõe à abordagem ecossistêmica no uso sustentável dos recursos marinhos, uma vez que a autonomia entre os setores especializados pode ensejar na ausência de consideração quanto à atuação das atividades de um setor em detrimento aos demais a ele relacionados³⁷.

2.1.2 Os instrumentos de planejamento e gestão marinha frente à setorização

Os instrumentos jurídicos de gestão dos recursos marinhos reconhecem a ocorrência da setorização e propõem medidas de integração frente a este fenômeno. Essa afirmação é demonstrada a partir da análise da Política Nacional de Recursos do Mar (PNRM), do Plano Nacional de Gerenciamento Costeiro (PNGC) e do Plano Setorial de Recursos do Mar (PSRM), nos quais é possível destacar prescrições de integração em suas dimensões política, institucional, procedimental e geográfica.

A Política Nacional de Recursos Marinhos faz frente à setorização na medida em que expressa a integração em suas dimensões política e institucional. A PNRM elenca como um de seus princípios básicos que a execução

36 Montini, 2016, p. 9.

37 Ferrazo, 2019.

da política ocorra de forma harmônica com as demais políticas nacionais, bem como destaca o modo descentralizado e participativo de sua execução, incentivando a articulação interinstitucional³⁸.

Não é demasiado ressaltar que a PNRM também menciona a necessidade de que os compromissos assumidos internacionalmente pelo governo nacional sejam observados. Nesse sentido, a política confere abertura para que a Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar (CNUDM) e outros documentos internacionais sejam invocados na sua execução, a exemplo da Convenção das Nações Unidas sobre a Diversidade Biológica, a Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (Agenda 21), as Convenções da Organização Marítima Internacional sobre a Prevenção da Poluição Marinha e a Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, que cristaliza a integração ambiental em sua concepção clássica no Princípio nº4³⁹.

Dentre as estratégias propostas para a execução da PNRM, o legislador estabelece que a Comissão Interministerial para os Recursos do Mar, no que concerne à Exploração e Aproveitamento Sustentável dos Recursos do Mar, deve incorporar a sustentabilidade, sob o ponto de vista social, econômico, ambiental e cultural, em todos os programas, projetos e iniciativas para pesquisa, avaliação, exploração e aproveitamento dos recursos do mar⁴⁰.

Da análise da PNRM é possível afirmar que o legislador buscou manifestar a integração em suas dimensões política e institucional, mas não apresentou medidas procedimentais para a integração. Essa afirmação encontra respaldo diante da proposta de que a execução da política ocorra de modo integrado entre as instituições e entes federativos, bem como comporte considerações quanto ao equilíbrio dos componentes ambientais, sociais e econômicos nas suas próprias políticas e planos de execução, e entre esta e as demais políticas nacionais. Merece destaque o fato de que o legislador invoca a integração em seu aspecto político e institucional tanto na fase pré-normativa, quanto na execução das normas.

38 4. PRINCÍPIOS BÁSICOS: - a harmonização com as demais políticas nacionais e com o plano plurianual; - a execução descentralizada e participativa, incentivando as parcerias da União, dos Estados, dos Municípios, do setor privado e da sociedade; - a observância dos compromissos internacionais assumidos pelo Governo brasileiro (Pntm, 2005).

39 Princípio 4: Para alcançar o desenvolvimento sustentável, a proteção ambiental constituirá parte integrante do processo de desenvolvimento e não pode ser considerada isoladamente deste (Rio 92).

40 Item 7.1, parágrafo 15 (Pnrm, 2005).

O Plano Setorial para os Recursos do Mar (PSRM)⁴¹, embora constitua um desdobramento que confere maior especificidade às disposições da PNRM⁴², também não apresenta um aspecto procedimental para a integração. O PSRM se organiza em razão de alguns setores que desenvolvem atividades sobre os recursos marinhos, destacando metas, objetivos e ações para ações de pesquisa científica, conservação da biodiversidade, pesca e mineração, por exemplo. Ressalvada a importância das medidas elencadas para cada setor que compõe o plano, o instrumento não propõe medidas concretas para a integração.

Na setorização, as metas e objetivos traçados por cada setor se relacionam apenas com seus respectivos ministérios, não havendo menção a procedimentos que visem a articulação entre estes. Nesse sentido, a avaliação, monitoramento e conservação da biodiversidade marinha é atribuída ao Ministério de Meio Ambiente (MMA)⁴³; já as atividades de aquicultura e pesca, ficam a encargo do Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento (MAPA)⁴⁴; a avaliação da potencialidade mineral da plataforma continental jurídica brasileira restam ao Ministério de Minas e Energia (MME)⁴⁵, ao passo que as atividades de prospecção e exploração de recursos minerais da área internacional do atlântico sul e equatorial competem ao ministério das Relações Exteriores (MRE)⁴⁶.

O Plano Setorial para os Recursos do Mar, em uma tentativa de promover a integração, apresenta uma seção sobre a integração com outras políticas, planos, ações e instituições⁴⁷. Nessa oportunidade, a integração é verificada em seu aspecto político e institucional, embora de modo mais amplo do que apresentado na PNRM.

O plano sugere a comunicação entre as partes por ele abrangidas e a integração de suas ações para otimizar o uso de recursos e promover a arti-

41 Conforme o *IX Plano Setorial para os Recursos do Mar da Comissão Interministerial para Recursos do Mar da Marinha do Brasil (PSRM)*.

42 Conforme item 8 da PNRM, tem-se que “A PNRM se desdobrará em planos setoriais plurianuais. Os planos setoriais da CIRM serão estruturados em programas e ações, em consonância com as normas do plano plurianual e do orçamento da União”.

43 Item 7.2 do PSRM.

44 Item 7.3 do PSRM.

45 Item 7.5 do PSRM.

46 Item 7.6 do PSRM.

47 Item 10 do PSRM.

culação dos atores em torno de interesses comuns⁴⁸. Verifica-se, desse modo, que o PSRM é bastante falho quanto à integração, uma vez que se pauta nos interesses dos setores, sem sequer mencionar o caráter ecossistêmico dos recursos marinhos e a conexão entre as atividades por ele delineadas.

A percepção de que a setorização deve ser evitada também se faz presente no Plano Nacional de Gerenciamento Costeiro (PNGC). Por se tratar de um instrumento mais específico do que a PNRM, o plano contempla as dimensões política, institucional, procedimental e geográfica da integração.

Em sua introdução, o legislador expressa o planejamento integrado como um objetivo do governo brasileiro, sendo o PNGC um instrumento para que se atinja este fim. O preâmbulo do plano ressalta a articulação entre setores ambientais, como o marinho e o hídrico, bem como entre os entes públicos e a sociedade civil, fazendo menção à Rio 92 e à Agenda 21 como balizadoras do seu texto.

O PNGC destaca, diante da amplitude de aplicação deste instrumento, que o trabalho por ele pretendido implica, fundamentalmente, na construção de um modelo cooperativo entre os diversos níveis e setores do governo, bem assim entre este com a sociedade. Num primeiro momento, a contextualização trazida pelo segundo Plano Nacional de Gerenciamento Costeiro destaca a dimensão política e institucional da integração, na medida em que aponta a necessidade de articulação entre os atores, a fim de que seja possível uma melhor execução do instrumento capaz de garantir o planejamento integrado.

Após o destaque substancialmente político, os princípios 2.5, 2.8 e 2.12 do PNGC destacam as dimensões geográfica, institucional e procedimental da integração. O princípio 2.5 apresenta prescrições quanto à integração geográfica entre ambiente terrestre e costeiro, bem como propõe que o procedimento das tomadas de decisão seja transparente e participativo, na melhor informação e tecnologia disponível e na convergência e compatibilização das políticas públicas, em todos os níveis da administração. Já nos princípios 2.8 e 2.12, o PNGC confere um caráter mais concreto à integração política e institucional ao estabelecer que a execução do plano ocorra em conformidade com o princípio da descentralização, assegurando o comprometimento e a cooperação entre os níveis de governo, e desses com a sociedade, no estabelecimento de políticas, planos e programas estaduais

48 Item 10 do PSRM, p. 32.

e municipais, com consideração à atividade sócio-econômico-cultural das áreas costeiras.

Nos objetivos do PNGC é possível verificar a dimensão política da integração, diante da formulação de metas gerais para a execução do plano. Merecem destaque os objetivos 5.2 e 5.4, que apontam para o processo de gestão integrada das atividades socioeconômicas da Zona Costeira, bem como para a necessidade de incorporação da dimensão ambiental nas políticas setoriais realizadas nos ambientes costeiros e marinhos, de modo a compatibilizá-las com o PNGC.

Uma grande vantagem do Plano Nacional de Gerenciamento Costeiro sobre a Política Nacional de Recursos do Mar é a delimitação mais precisa da dimensão procedimental da integração. O PNGC dispõe de uma seção sobre os instrumentos para a sua implementação, destacando, de plano, a utilização dos instrumentos da Política Nacional do Meio Ambiente, o que demonstra a percepção de que as disposições constantes no plano devem observar o componente ambiental⁴⁹. Em uma lista de sete instrumentos⁵⁰, o plano apresenta procedimentos de planejamento, informação e monitoramento, destacando a articulação institucional para a utilização destes.

Outro grande destaque do PNGC se refere às ações por ele programadas, as quais conferem maior precisão para as medidas de integração institucional. Os itens 6.1 e 6.2 do plano visam compatibilizar as ações do planejamento marinho com outras políticas públicas que incidam sobre a Zona Costeira⁵¹, bem como à articulação entre os entes federativos, o poder público e a sociedade organizada e privada.

A proteção jurídica a um ambiente ecologicamente equilibrado não envolve, pois, apenas um setor, mas a todos que se utilizem de recursos naturais⁵². Um conceito que se aproxima dessa realidade de interdependência

49 Conforme o item 4 do PNGC que dispõe que além dos instrumentos de gerenciamento ambiental previstos no artigo 9º da Lei 6938/81, que trata da Política Nacional do Meio Ambiente, serão considerados aqueles elencados pelo PNGC.

50 O Plano Estadual de Gerenciamento Costeiro; O Plano Municipal de Gerenciamento Costeiro; O Sistema de Informações do Gerenciamento Costeiro; O Sistema de Monitoramento Ambiental da Zona Costeira; O Relatório de Qualidade Ambiental da Zona Costeira; O Zoneamento Ecológico-Econômico Costeiro e O Plano de Gestão da Zona Costeira. Item 4.1 a 4.7 do PNGC.

51 Como a industrial, de transportes, de ordenamento territorial, dos recursos hídricos, de ocupação e de utilização dos terrenos de marinha, seus acréscidos e outros de domínio da União, de unidades de conservação, de turismo e de pesca, de modo a estabelecer parcerias, visando a integração de ações e a otimização de resultados. Item 6.1 do PNGC.

52 Ferraço, 2019.

e confere um caráter procedimental para a integração seria o da abordagem ecossistêmica, entretanto, a normatização da sua proteção em nível nacional ainda é setorizada.

A Comissão Interministerial de Recursos do Mar (CIRM) é um ator que contempla esse viés integrativo em suas atividades de execução dos planos e políticas setoriais. Além de coordenar os instrumentos de gestão marinha analisados anteriormente, a comissão é composta por representantes de quatorze ministérios e mais a Casa Civil da Presidência da República⁵³. Ainda que oportuna a atuação da CIRM para a integração institucional e política, a comissão merece críticas quanto à sua composição, que apenas em 2017 passou a contemplar a participação da sociedade civil no Grupo de Integração do Gerenciamento Costeiro (GI – Gerco)⁵⁴ e, em junho de 2019, voltou a estabelecer que a participação de outros atores ocorreria sem o direito a voto e a convite da Autoridade Marítima.

Uma vez que a operacionalização da integração se encontra limitada por interesses políticos e econômicos, torna-se necessário identificar quais instrumentos jurídicos comportam a integração no âmbito do uso dos recursos marinhos. O papel do Direito ganha destaque nesse contexto na medida em que dispõe dos instrumentos que conduzem as atividades de gestão por meio de medidas como a coerção, a criação de obrigações de fazer ou não fazer e o incentivo⁵⁵.

Nesse sentido, estudos recentes apontam o instrumento do licenciamento ambiental no entorno da política voltada para a planificação do espaço marítimo brasileiro como um mecanismo capaz de contemplar a integração, por meio de uma perspectiva ecossistêmica⁵⁶. A planificação do espaço marinho visa à organização espacial integrada das zonas marinhas, conciliando os interesses entre os setores envolvidos nas atividades costeiras e no espaço

53 De acordo com o *Decreto nº 9.858, de 25 de junho de 2019*, que dispõe sobre a Comissão Interministerial para os Recursos do Mar, a composição da CIRM contempla a Casa Civil da Presidência da República; Ministério da Defesa; Ministério das Relações Exteriores; Ministério da Economia; Ministério da Infraestrutura; Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento; Ministério da Educação; Ministério da Cidadania; Ministério da Saúde; Ministério de Minas e Energia; Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovações e Comunicações; Ministério do Meio Ambiente; Ministério do Turismo; Ministério do Desenvolvimento Regional; e Comando da Marinha do Ministério da Defesa.

54 Gerhardinger, 2019.

55 Ferrazo, 2019, p. 106.

56 Lima, 2017.

marítimo⁵⁷, ganhando especial relevância frente ao fenômeno da fragmentação geográfica dos espaços marinhos, a ser abordado no tópico seguinte.

2.2 A fragmentação geográfica como impeditivo ao uso sustentável dos recursos marinhos

A integração desempenha o papel de superar a gestão fragmentada decorrente de ações desconexas de diferentes setores, agências reguladoras e órgãos de governo sob um mesmo espaço marinho⁵⁸. O ecossistema marinho é impactado pela exploração dos recursos costeiros e oceânicos que ameaçam a regularidade dos seus serviços ecossistêmicos pela desconsideração das interações existentes entre as áreas oceânicas, costeiras e terrestres⁵⁹.

A gestão dos recursos marinhos ocorre em razão dos feixes de competência atribuídos pelas normas nacionais e internacionais. No entanto, há um descompasso existente entre a manifestação do recurso em seu estado natural e a execução de planos e políticos de acordo com limites administrativos estanques estabelecidos por normas, as quais fragmentam os espaços marinhos por uma lógica administrativa de gestão.

A fim de compreender como a fragmentação obstaculiza o uso sustentável dos recursos marinhos, esta seção se dedica a demonstrar como esse fenômeno ocorre nos espaços marinhos (1.2.1) e, diante desse contexto, como os instrumentos jurídicos de gestão se opõem à fragmentação geográfica dos espaços marinhos (1.2.2).

2.2.1 A fragmentação geográfica diante da insuficiência de integração na execução de medidas de gestão nos espaços marinhos

Para que o uso dos recursos marinhos ocorra de modo sustentável, se torna necessário respeitar a sua configuração natural por meio de uma perspectiva de gestão integrada, a qual requer a superação da lógica de gestão fragmentada a partir da soberania conferida pela divisão territorial político-administrativa. Sem que haja uma consideração ecossistêmica quanto às relações de

57 Ehler; Douvere, 2011. p. 18; Cacqueray, 2011, p. 08.

58 Grilli, 2017, p. 48.

59 As implicações ambientais negativas decorrentes de uma gestão fragmentada se utilizam de uma análise científica ambiental, a qual pode ser mais bem compreendida nos seguintes estudos (Grilli, 2017, p. 45-58); (Cicin-Sain; Knecht, 1998, p. 37- 63); (Tanaka, 2004, p. 483-514).

causa e efeito existentes entre os espaços marinhos em razão de seu caráter ambiental, a gestão sustentável do recurso resta prejudicada⁶⁰.

Essa lógica administrativa é bastante notória entre países costeiros fronteiriços ou na divisão político-administrativa dos entes federativos. A Convenção das Nações Unidas sobre Direito do Mar, por exemplo, concede aos Estados costeiros atribuições diferenciadas em cada área, reconhecendo-lhes os direitos soberanos sobre os recursos marinhos encontrados em sua zona econômica exclusiva e em seu mar territorial, sendo necessária a harmonização de interesses entre os Estados na gestão dos recursos marinhos a fim de que se assegure a repartição de interesses nacionais, diante da discrepância entre a capacidade tecnológica e a abundância de recursos naturais que alguns países apresentam entre si⁶¹.

Esse tipo de fracionamento espacial é observado, portanto, quando o uso do recurso ambiental é orientado em razão dos limites geográficos e políticos dos diferentes níveis de governança: local, regional, nacional ou global. Não obstante, a fragmentação também pode ser relacionada à forma como se verifica o arcabouço normativo de proteção ambiental, ocasião em que se refere à divisão em numerosas leis que enfocam diferentes meios ambientais - como água, terra, florestas e mar - de uma maneira segmentada horizontalmente⁶².

A fragmentação geográfica dos espaços marinhos também decorre do princípio da especialização, na medida em que a Administração passa a atuar de modo particularizado, gerindo problemas e apresentando soluções de acordo com uma zona de gestão delimitada. Nesse sentido, os atores administrativos responsáveis pela gestão dos recursos marinhos, assim como ocorre na regulação das atividades a ele relacionadas, se organizam de forma especializada e se apresentam em níveis que fragmentam a gestão dos recursos em razão de seus limites territoriais.

A gestão fragmentada, no âmbito dos recursos marinhos, apresenta uma gama diversificada de interesses, atores públicos e privados com interesses variados, bem como quadros de fragmentação estrutural, cenário propício para a sobreposição de interesses, ingerências e conflitos. A fragmentação constitui um óbice estrutural ao uso sustentável dos recursos marinhos na

60 Grilli, 2017.

61 Mont'Alverne; Girão, 2016 p. 78.

62 Platjouw, 2016, p. 14.

medida em que se opõe à abordagem ecossistêmica, uma vez que desconsidera a natureza altamente interconectada dos recursos marinhos em razão dos limites geográficos ou das áreas de atuação de cada ator competente⁶³.

Nesse contexto, a implementação de uma abordagem ecossistêmica resta prejudicada por inconsistências das estruturas setorializadas que refletem na forma fragmentada de gerir os recursos, posto que a concretização dessa abordagem permanece à mercê da discricionariedade do tomador de decisão, sendo necessário, por vezes, a judicialização de questões para que sejam arbitrados os interesses que compõe variáveis comuns. Diante dessa constatação, é possível afirmar que a fragmentação se relaciona diretamente com a dimensão geográfica da integração e demanda ações de cunho político, institucional e procedimental para que seja evitada. A necessidade de integração, frente à fragmentação, é uma preocupação reconhecida pelo poder público brasileiro, como se pode perceber da análise dos instrumentos de gestão marinha realizada no tópico seguinte.

2.2.2 Os instrumentos de planejamento e gestão marinha frente à fragmentação

A gestão dos recursos marinhos brasileiros deve ocorrer de modo não fragmentado. Essa estipulação é derivada do princípio da não-fragmentação da gestão marinha, expresso pelo Plano Nacional de Gerenciamento Costeiro, que define que a unidade natural dos ecossistemas costeiros não deve ser fragmentada em razão da faixa terrestre, de modo que seja possível a regulamentação da utilização de seus recursos, respeitando a sua integridade⁶⁴.

Tanto o Plano Nacional de Gerenciamento Costeiro quanto a Política Nacional de Recursos Marinhos visam evitar a ocorrência da fragmentação no uso dos recursos. A análise dos instrumentos revela a preocupação do legislador para que não ocorra a sobreposição de interesses entre os entes federativos na gestão, de modo a desconsiderar a natureza geográfica interligada e conexa que os recursos marinhos possuem. Para tanto, a PNRM e PNGC propõem a necessária articulação e o diálogo entre os atores competentes para a gestão integrada entre as áreas geográficas e as instituições.

63 Ferração, 2019.

64 Princípio 2.7 do PNGC.

A Política Nacional de Recursos do Mar manifesta a sua preocupação com a fragmentação ao apresentar como seu princípio básico a articulação institucional da União, dos Estados, dos Municípios, bem como do setor privado e da sociedade. Dando seguimento a essas medidas, o Plano Setorial para os Recursos do Mar⁶⁵ reflete as mesmas disposições da PNRM e prescreve a proteção da biodiversidade e do patrimônio genético existente nas áreas marinhas sob jurisdição nacional e zona costeira adjacente⁶⁶, apresentando uma consideração entre as relações existentes entre os espaços marinhos.

As estratégias de ação traçadas pela PNRM conferem um caráter procedimental de integração frente à fragmentação. Nas atividades de Pesquisa, Ciência e Tecnologia Marinha, a política busca promover pesquisas oceanográficas de larga escala, com considerações climáticas e seus impactos nacionais e globais⁶⁷. No que se refere à Exploração e Aproveitamento Sustentável dos Recursos do Mar, propõe a gestão integrada dos ambientes costeiro e oceânico, visando a proteção dos ecossistemas, da biodiversidade e do patrimônio genético, cultural e histórico das áreas marinhas sob jurisdição nacional e ainda busca implementar ações para a proteção do ambiente marinho e dos recursos do mar frente às atividades baseadas em terra⁶⁸.

Diante dessas estratégias, é possível afirmar que a PNRM apresenta estipulações mais precisas frente à fragmentação do que à setorização. Por se tratar de um fenômeno relacionado à configuração natural do recurso gerido e com possibilidade de implicar em danos ambientais passíveis de ocasionar perdas econômicas, a política reconhece a fragmentação como um problema administrativo a ser evitado e dispõe de estratégias políticas, institucionais e procedimentais de integração para este fim.

Essa finalidade também é observada no Plano Nacional de Gerenciamento Costeiro, além de mencionar expressamente a não-fragmentação como um princípio⁶⁹, o plano se opõe à fragmentação dos recursos marinhos logo em seu preâmbulo, ao ressaltar que a Zona Costeira abriga um mosaico de ecossistemas de alta relevância ambiental, cuja diversidade é marcada pela transição de ambientes terrestres e marinhos, com interações que lhe con-

65 Como se observa na introdução e objetivo “a” do PSRM.

66 Princípios Básicos, itens 4 e 6, da PNRM.

67 Estratégia, Pesquisa, Ciência e Tecnologia Marinha, item 1, da PNRM.

68 Estratégia, Exploração e Aproveitamento Sustentável dos Recursos do Mar, itens 1 e 9, da PNRM.

69 Princípios 2.7 e 2.12, do PNGC.

ferem um caráter de fragilidade e que requerem, por isso, atenção especial do poder público.

As ações programadas pelo PNGC constituem uma orientação sistemática para a continuidade do Gerenciamento Costeiro, nos níveis Federal, Estadual e Municipal e ressalta, em suas atribuições e competências, a necessária articulação intergovernamental entre os níveis federativos e deste com o Ministério de Meio Ambiente e com o IBAMA para a execução do plano⁷⁰. Essa disposição evita a ocorrência de sobreposição de interesses contrapostos para o uso dos recursos em perspectiva local, regional e nacional, de modo que a articulação entre os entes federativos busque harmonizar o planejamento e a implementação de ações sob uma mesma área.

Diante dessa análise, pode-se afirmar que a apropriação de uma perspectiva de gestão integrada se apresenta como um paradigma mais adequado aos princípios, diretrizes e objetivos de ação propostos pelos instrumentos de gestão e planejamento dos recursos marinhos. Na medida em que se opõe à setorização e à fragmentação, essa abordagem rompe com o ciclo de causas e efeitos existente em uma perspectiva segmentada e individualizada, harmonizando a autonomia promovida pelo Princípio da Especialização com o Princípio da Integração, base normativa para que se atinja desenvolvimento sustentável.

Para conferir algum reforço normativo à integração, o próximo capítulo propõe uma tipologia da natureza jurídica da integração (2), a fim de que sejam delimitados os caminhos para que permitam afirmar que a integração é um princípio geral de direito ambiental, do qual decorre uma obrigação de integrar que por sua vez, determina que a gestão dos recursos marinhos ocorra de maneira integrada.

3. Uma proposta tipológica da natureza jurídica da integração como elemento de reforço normativo ao uso sustentável dos recursos

O uso indistinto de termos vagos e imprecisos dificulta e posterga a delimitação de obrigações relacionadas ao uso sustentável dos recursos marinhos⁷¹. A integração é um termo geral, que comporta diversas acepções, e é aplicado de modo amplo e indiscriminado no campo jurídico ambiental. Embora o

70 Item 7 do PNGC.

71 Oliveira; Maljean-Dubois, 2015 p. 110.

uso do termo seja recorrente⁷², não se verifica no direito brasileiro grandes ilações quanto ao que se entende pela integração aplicada neste meio, ainda que, não raro, ela seja apontada como um princípio geral de direito ambiental.

A ausência de utilização da integração, seja como princípio ambiental ou como obrigação de se promover a gestão dos recursos ambientais de modo integrado, reafirma a indefinição quanto ao alcance normativo da integração, uma vez que, como demonstrado na primeira parte deste artigo, os planos e políticas de gestão marinha ainda não conseguem operacionalizar a integração. Nesse sentido, relevante se faz apresentar uma tipologia jurídica da integração, a fim de que seja possível verificar a existência do seu aspecto normativo, bem como oportunizar uma melhor apropriação jurídica do termo no que tange ao seu alcance prático no âmbito dos recursos marinhos.

A fim de apresentar essa tipologia, num primeiro momento, realiza-se uma revisão jurisprudencial dos tribunais federais e das instâncias superiores quanto à utilização da integração na temática dos recursos marinhos, para que se possa identificar a existência de contribuições para os contornos normativos da integração (2.1). Num segundo momento, apresenta-se uma tipologia jurídica da integração, oportunidade em que se destaca a sua normatividade enquanto um princípio geral de direito ambiental (2.2), do qual decorre uma obrigação de integrar que, por sua vez, determina que a gestão dos recursos marinhos ocorra de maneira integrada (2.3).

3.1 Contribuições jurisprudenciais para a consolidação normativa da integração ambiental

A prática jurisprudencial ainda não apresenta contribuições suficientes para esclarecer os aspectos normativos da integração aplicada aos recursos marinhos⁷³. Os tribunais federais não se apropriam da integração com um elemento jurídico que gera uma obrigação, bem como não há indícios que possam corroborar para a delimitação da natureza jurídica da integração,

72 Vide nota de rodapé nº 3 e assim como demonstrado pela análise dos instrumentos da parte I deste artigo.

73 A busca realizada no site de jurisprudência unificada do Conselho Nacional de Justiça, em 19 de agosto de 2019, para as decisões do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça e dos Tribunais Regionais Federais de todas as regiões do Brasil com os termos “integração” e “recursos marinhos” não apresentou resultados. Já com os termos “integração” e “mar” constam 52 casos, sendo que apenas 9 se relacionam a questões ambientais. No entanto, referem-se a questões processuais, de competência ou integração comunitária.

uma vez que os magistrados se referem à integração apenas de modo periférico, como um elemento que compõe a retórica da decisão⁷⁴.

A jurisprudência nacional não utiliza o Princípio da Integração em questões ambientais, a busca pelo termo “Princípio da Integração” sequer apresenta resultados nas jurisprudências do Supremo Tribunal Federal (STF) e nos acórdãos dos Tribunais Regionais Federais (TRF) da 1º, 2º e 4º Região. No âmbito do Superior Tribunal de Justiça (STJ) e do TRF da 3º Região, o princípio foi utilizado no sentido processual, para fundamentar a utilização sistêmica das normas processuais coletivas em ações civis públicas por improbidade administrativa⁷⁵. Já no TRF da 5º Região⁷⁶, os dois resultados se relacionam a matrícula de aluno em disciplina, abordando o princípio da integração curricular.

Quanto à análise dos resultados pela busca do termo “integração”, associado a “ambiental” ou “meio ambiente”, o STF apresentou sete julgados⁷⁷, dentre os quais apenas um contribui para o caráter normativo da integração. Trata-se de um agravo retido na ação civil que visava à declaração de incons-

74 A pesquisa jurisprudencial foi realizada no site da jurisprudência unificada do Conselho Nacional de Justiça, filtrando a busca pelas decisões do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça e dos Tribunais Regionais Federais de todas as regiões do Brasil, durante o período de maio de 2019 a julho de 2019. Os parâmetros utilizados no campo de pesquisa foram os seguintes termos: “princípio da integração”; “integração” e “meio ambiente”; “integração” e “ambiental” e, por fim, “integração” e “recursos marinhos”.

75 SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL (AI-RESP)*. Nº 2015.00.62345-3 201500623453. Min. Rel. Regina Helena Costa. Primeira Turma. Data julgamento: 16 maio 2017. Data da publicação: 22 maio 2017; SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *CONFLITO DE COMPETENCIA (CC)*. nº 2015.02.61656-4 201502616564. Min. Rel. Regina Helena Costa. Primeira Seção. Data julgamento: 26 abril 2017. Data da publicação: 03 maio 2017. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *RECURSO ESPECIAL (RESP)*. nº 2016.02.08591-7 201602085917. Min. Rel. Regina Helena Costa. Primeira Turma. Data julgamento: 07 mar. 2017. Data da publicação: 16 mar. 2017; TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL - 3ª REGIÃO. *Conflito de Competência (CC)*. nº 5005444-40.2019.4.03.0000/50054444020194030000. Rel. Desembargador Federal. Marcelo Mesquita Saraiva. Data julgamento: 07 jun. 2019. Data de Publicação: 10 jun. 2019.

76 TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL - 5ª REGIÃO. *Agravo de Instrumento (AI)*. nº 99.05.32049-0 9905320490. Rel. Desembargador Federal Nereu Santos. Terceira Turma. Julgado em 27 jun.2002. Data da publicação: 09 out. 2002; TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL - 5ª REGIÃO. *Apelação em Mandado de Segurança (AMS)*. nº 99.05.06020-0 9905060200. Rel. Desembargador Federal Ubaldo Ataíde Cavalcante. Primeira Turma. Data julgamento: 18 nov.1999. Data da publicação: 25 fev. 2000.

77 Os demais casos se referem a situações como cobrança de taxas ambientais, inconstitucionalidade de lei municipal para multar por poluição, integração municipal para o sistema de saneamento público e da integração como proto-valor, mas que se apropriam do termo em sentido de compor ou agregar.

titucionalidade do projeto de transposição do Rio São Francisco, devido ao aproveitamento de recursos hídricos em terras indígenas, determinando a nulidade do processo de licenciamento ambiental⁷⁸. Nessa oportunidade, o Supremo destacou que o meio ambiente não é incompatível com projetos de desenvolvimento econômico e social, noção que se associa à dimensão política da integração, na medida em que propõe a relação harmônica entre as dimensões do desenvolvimento sustentável.

Quanto à jurisprudência do STJ, a análise dos 26 casos resultados da busca do termo “integração”, associado a “ambiental” ou “meio ambiente”, revelou que o tribunal majoritariamente utiliza o termo integração para fundamentar questões de ordem processual. No entanto, em apenas um voto⁷⁹, o ministro Herman Benjamin, apresentou grandes contribuições para o caráter normativo da integração.

Ao tratar da competência dos municípios para a gestão dos recursos hídricos, o ministro aborda as dimensões política, institucional, geográfica e procedimental da integração. Em seu voto, o relator destaca o aspecto intergeracional da sustentabilidade e afirma a necessidade de se promover a integração das políticas locais de saneamento básico, de uso, ocupação e conservação do solo e de meio ambiente com as políticas federais e estaduais, manifestando-se os aspectos geográficos e institucionais da integração. Diante do conflito, o tribunal ressalta o aspecto procedimental da integração, ao declarar a competência para a fiscalização da exploração dos recursos hídricos subterrâneos aos municípios.

Já os Tribunais Regionais Federais de todas as regiões do Brasil apresentam expressivos números para as combinações entre os termos “integração” associado a “ambiental” ou “meio ambiente”⁸⁰. Não obstante, da análise do teor dos julgados é possível perceber que em grande parte dos casos a inte-

78 [...] 4. O meio ambiente não é incompatível com projetos de desenvolvimento econômico e social que cuidem de preservá-lo como patrimônio da humanidade. Com isso, pode-se afirmar que o meio ambiente pode ser palco para a promoção do homem todo e de todos os homens. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Ação Civil Originária – ACO nº 869 / SE*. Min. Rel. MENEZES DIREITO. Data de Julgamento: 02 fev. 2009. Data de Publicação: 13 fev. 2009.

79 SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Recurso Especial. nº 994120/RS 2007/0234852-0*. Min. Rel. Herman Benjamin. Segunda Turma. Data de Julgamento: 25 ago. 2009, Data de Publicação: DJe 27 abril 2011.

80 Para “integração” e “ambiental” a busca realizada no site da jurisprudência unificada do Conselho nacional de Justiça apresentou 318 resultados; para a busca dos termos “integração” e “meio ambiente” são 201 resultados e para os termos “integração” “meio ambiente” e “ambiental” são apresentados 112 casos julgados pelos tribunais.

gração foi utilizada em questões processuais, seguindo a tendência do STJ⁸¹.

Dentre os resultados dos Tribunais Regionais Federais, uma decisão do TRF 4 merece especial atenção⁸². Trata-se do julgamento de uma ação civil pública, de relatoria do desembargador federal Luís Alberto D’Azevedo Aurvalle, cujo pedido era a declaração de nulidade e desconstituição das permissões provisórias de pesca outorgadas aos pescadores e a condenação solidária da União e dos demais réus ao pagamento de indenização pelos danos causados ao meio ambiente e às comunidades pesqueiras tradicionais.

A importância do voto em questão reside na interpretação sistêmica realizada pelo julgador ao relacionar a adequada integração dos eixos social, ambiental e econômico com os princípios constitucionais da atividade econômica. Essa construção aponta para uma evolução interpretativa quanto à integração ambiental como um princípio implícito da ordem econômica brasileira, fundamentado no artigo 170, inciso VI da Constituição Federal⁸³.

Nesse contexto, torna-se possível invocar a integração enquanto um princípio constitucional implícito na ordem econômica brasileira e que gera obrigações na seara ambiental. No entanto, as contribuições jurisprudenciais à integração ainda conferem ao termo uma carga mais altruísta e consensual do que jurídico-normativa.

Diante dessa constatação, torna-se oportuno delimitar os aspectos jurídicos que colaboram para a caracterização desse conceito, de modo a cooperar para a otimização da integração como um princípio geral⁸⁴ de direito ambiental. A análise da tipologia jurídica da integração, tal como apresentada no tópico seguinte, contribui para a delimitação de obrigações dela decorrentes e que auxiliam a garantir o uso sustentável dos recursos marinhos.

81 Os tribunais também utilizam a integração em outros assuntos, mas que não contribuem para a delimitação normativa na seara ambiental. São ações previdenciárias, casos de animais selvagens integrados ao convívio doméstico, da integração dos entes federativos em caso de conflito que possa afetar o pacto federativo, casos de integração de posses aos indígenas e casos relacionados a integração de redes de esgotos, dentre outros.

82 TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL – 4º REGIÃO. *Apelação Civil. AC nº 5001178-35.2010.4.04.710.*, Quarta Turma, Rel. Desembargador Federal Luís Alberto D’azevedo Aurvalle. Juntao aos autos em 16 maio 2018.

83 Dos Princípios Gerais da Atividade Econômica. Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: VI - defesa do meio ambiente (Constituição Federal, 1988).

84 Alexy, 2017; Ávila, 2014.

3.2 A integração como um princípio geral de direito ambiental

A concepção clássica da integração ambiental remete ao conteúdo de um princípio de caráter geral e abstrato, verificado em instrumentos de *soft law*⁸⁵. Dos instrumentos internacionais que dispõem sobre a integração ambiental, é possível extrair um núcleo conceitual comum, segundo o qual o planejamento econômico, ambiental e social deve operar de modo integrado.

No entanto, a medida de integração não ocorre pela sua força normativa, visto que o princípio não possui caráter vinculante. Fatores como a ausência de vinculação e o difícil diálogo entre níveis e atores de gestão demonstram que inserir uma lógica sustentável nos instrumentos jurídicos requer vontade política⁸⁶. Diante disso, o Princípio da Integração se aproxima do discurso do desenvolvimento sustentável, sendo utilizado em sua dimensão política, ao propor a harmonização dos interesses econômicos, sociais e ambientais, inserindo-os dentro das políticas públicas, planos, programas e projetos setoriais, dentre os quais se inserem aqueles destinados à regulação do uso dos recursos marinhos.

Ainda que o conteúdo da integração seja dotado de grande generalidade, é possível notar a ocorrência de manifestações que propõem a operacionalização desse princípio, a partir da expressão da integração nos instrumentos jurídicos de gestão, seja como princípio geral, fundamento, ou ainda por meio de diretrizes e objetivos de ação. Isso se justifica no fato de que os princípios gerais possuem graus variados de concretização⁸⁷, mas impõe um mandato de otimização a todo tempo, tal como se observa nas manifestações da integração nas políticas e planos aplicados aos recursos marinhos.

85 Dentre os quais pode-se mencionar o Princípio 13 da Declaração de Estocolmo; o Relatório Brundtland, ao recomendar a consideração do meio ambiente nos programas econômicos e setoriais das organizações regionais; a Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, em seu Princípio 4; na Agenda 21, no capítulo 5º, 8º, 10º e 17, ao apontar para a orientam a necessidade de uma abordagem integrada na tomada de decisões e no planejamento e gerenciamento dos recursos naturais, com destaque à zona costeira; a Convenção sobre a Diversidade Biológica, em seu artigo 6º; a Convenção sobre Mudança do Clima, ao estabelecer a obrigação de planos adequados e integrados para a gestão de zonas costeiras, recursos hídricos e agricultura e na Convenção das Nações Unidas de Combate à Desertificação, em seu artigo 4.

86 Ferraço, 2019, p. 103.

87 Alexy, 2008, p. 117; Amorim, 2005, p. 125; Machado, 2013, p. 65; Derani, 2008, p. 26 e Atunes, 2005, p. 25.

No âmbito nacional, o princípio geral da integração ambiental pode ser apontado, além de um princípio implícito da ordem econômica⁸⁸, como um princípio que impõe a obrigação de integrar em âmbitos de gestão específicos. As normas infraconstitucionais relacionadas aos recursos marinhos demonstram essa afirmação na medida em que materializam as dimensões política, institucional, procedimental e geográfica da integração.

O princípio da integração é verificado na Política Nacional de Recursos do Mar como uma diretriz de ação ao estabelecer a integração entre as áreas marinhas e terrestres⁸⁹, além de prever a integração institucional e a articulação intergovernamental para a gestão do recurso. São também, manifestações da integração na PNRM os princípios que propõe a harmonização dela com as demais políticas nacionais, bem como o compromisso com a sustentabilidade⁹⁰. Já o Plano Setorial de Recursos do Mar menciona a necessidade de garantir o desenvolvimento sustentável no uso compartilhado do meio ambiente marinho⁹¹, bem como orienta a integração política e institucional entre a iniciativa privada, a sociedade civil e os atores públicos⁹². O Plano Nacional de Gerenciamento Costeiro expressa o caráter mais procedimental do Princípio da Integração, ao reforçar a necessidade de integração de dados e informações de monitoramento intergovernamental na Zona Costeira⁹³, bem como prevê a integração da gestão dos ambientes terrestres e marinhos como princípio fundamental⁹⁴.

A concretização do Princípio da Integração ambiental também é verificada em outras normas infraconstitucionais conexas aos recursos marinhos. A Política Nacional de Recursos Hídricos⁹⁵ prevê a diretriz a integração da gestão das bacias hidrográficas com a dos sistemas estuarinos e zonas costeiras. Já a Política Nacional de Resíduos Sólidos, no inciso XI do artigo 3, define a gestão integrada de resíduos sólidos, a qual apresenta grande relevância nos espaços marinhos. Por fim, a Política Marítima Nacional

88 Art. 170, inciso VI, da Constituição Federal de 1988.

89 Item 1 da introdução da PNRM.

90 Item 7, subitem 1 da PNRM.

91 Item 1 da Introdução, e item 6 dos Aspectos Relevantes do PSRM.

92 Item 10 do PSRM.

93 Artigo 8º do PNGC.

94 Artigo 5, IV do PNGC.

95 Conforme a *Lei nº 9433 de 08 de janeiro de 1997* que dispõe sobre a Política Nacional de Recursos Hídricos.

orienta o desenvolvimento das atividades marítimas brasileiras, de forma integrada entre o mar e as hidrovias interiores.

Diante do conjunto normativo dos instrumentos jurídicos de gestão aplicados aos recursos marinhos e da concretização da integração por eles proporcionada é possível afirmar que a Integração é um princípio geral, aplicado ao âmbito ambiental. Do princípio da integração aplicado aos recursos marinhos decorre a obrigação de integrar, que tem sua expressão mais concreta no gerenciamento costeiro integrado.

3.3 A gestão integrada dos recursos marinhos como decorrência da obrigação de integrar

Do princípio da integração aplicado aos recursos marinhos decorre a obrigação que direciona a forma como a gestão deve ser realizada tendo em mente o uso sustentável dos recursos marinhos. A obrigação de integrar deriva do Princípio da Integração e, no âmbito dos recursos marinhos, encontra fundamento normativo tanto na Política Nacional dos Recursos do Mar quanto no Plano Nacional de Gerenciamento Costeiro. O gerenciamento costeiro integrado pode ser apontado, por essa perspectiva, como decorrência da obrigação de integrar determinada por esses instrumentos.

Por meio da obrigação de integrar, o PNGC estabelece medidas mais concretas para a integração, distanciando-se da generalidade característica dos princípios. Nesse meio, a obrigação de integrar apresenta prescrições bem definidas, como o processo de gestão descentralizada e participativa das atividades socioeconômicas na zona costeira e, ainda, a incorporação da dimensão ambiental nas políticas setoriais voltadas à gestão dos ambientes costeiros e marinhos⁹⁶.

A PNRM estabelece obrigações que se aplicam à integração dos espaços marinhos. A política estabelece a integração como uma medida estratégica para a promoção de uma gestão voltada aos ambientes costeiro e oceânico, visando ao uso sustentável dos recursos do mar, e a proteção dos ecossistemas, da biodiversidade e do patrimônio genético, cultural e histórico das áreas marinhas⁹⁷. Sugere ainda, a atualização da legislação brasileira visando à sua aplicação em todos os aspectos concernentes aos recursos do mar, à

96 Ver o artigo 6o., incisos II e II do PNGC.

97 Item 7. Estratégia. Exploração e Aproveitamento Sustentável dos Recursos do Mar do PNGC.

gestão integrada das zonas costeiras e oceânicas e aos interesses marítimos nacionais.

Diante da análise dos planos e políticas nacionais quanto aos recursos do mar, pode-se afirmar que a obrigação de integrar alcança implicações geográficas, políticas e institucionais, por meio de determinações procedimentais. Nesse sentido, considera a necessidade de integração entre as áreas que compõe o meio ambiente marinho, assim como a obrigação de integrar política e institucional, ao passo que elege a integração como um pressuposto para que se garanta o uso sustentável dos recursos do mar e sugere a necessidade de implementação legislativa para este fim.

Diante das preocupações ambientais frente às incertezas climáticas, bem como do risco da provável influência do clima nas relações políticas, pensar em estratégias para o equacionamento da sustentabilidade em estruturadas setorializadas se torna uma medida de gestão preventiva⁹⁸. Em última análise, na medida em que a integração é observada, por meio das obrigações decorrentes do princípio, tem-se um aprimoramento jurídico que visa assegurar o uso sustentável dos recursos marinhos. Isso porque, ao se estabelecer considerações de ordem econômica, social e ambiental na implementação e elaboração dos planos e políticas, bem como se utilizar de uma abordagem ecossistêmica na execução da gestão proposta por esses instrumentos, adquire-se maior segurança quanto à adoção de medidas sustentáveis.

4. Considerações finais

A integração é um conceito normativo impreciso no direito ambiental, no âmbito dos recursos marinhos, embora a configuração de uma gestão setorializada e fragmentada seja verificável, a apropriação do conteúdo normativo da integração, como forma de se fazer frente a esses fenômenos, carece de aperfeiçoamento.

A insuficiência de integração no uso dos recursos marinhos é reconhecidamente uma preocupação elencada pelos instrumentos jurídicos aplicáveis neste âmbito. Contudo, esses instrumentos não indicam o caráter procedimental da integração, no que se refere à forma como a integração deve ser implementada neste meio, do mesmo modo, a atividade jurisprudencial não contribui para este fim.

98 Ferrazo, 2019.

Ainda que os instrumentos jurídicos de gestão aplicados aos recursos marinhos mencionem a integração em seus textos, eles nada dizem ou, quando dizem, pouco elucidam sobre a forma como a integração se manifesta. A ampla menção à integração como princípio e fundamento dos principais instrumentos jurídicos de gestão marinha revela que, ainda que a integração seja utilizada como um pressuposto para a gestão marinha, o termo é utilizado de modo não técnico.

A gestão dos recursos marinhos brasileiros é setorizada. Os principais setores brasileiros relacionados aos recursos marinhos apresentam normas e medidas de gestão específicas para os setores da pesca, de petróleo e gás, de mineração, de geração de energia, de turismo, de navegação e portos e o de proteção ambiental, atrelados aos ministérios federais. Do mesmo modo, a gestão desses recursos ocorre pela fragmentação geográfica dos espaços marinhos, em razão de suas divisões políticas e administrativas estabelecidas por normas, as quais apresentam disparidade com o caráter ecossistêmico dos recursos naturais.

Como forma de fazer frente aos fenômenos da setorização e da fragmentação dos recursos marinhos, os instrumentos jurídicos de gestão, notadamente a Política Nacional de Recursos Marinhos, o Plano Nacional de Gerenciamento Costeiro e o Plano Setorial para os Recursos Mar, estabelecem medidas de integração que se manifestam nas dimensões política, institucional, geográfica e procedimental.

No entanto, os instrumentos normativos de gestão próprios dessa seara e, até mesmo, a prática jurisdicional, não apresentam grandes avanços quanto à compreensão do que é a integração no âmbito dos recursos marinhos. Uma apropriação mais precisa da integração nesses instrumentos e pelos tribunais contribuem para a compreensão desse conceito e para a delimitação das obrigações dele decorrentes.

A análise jurisprudencial dos tribunais federais revela que a integração não é aplicada aos recursos marinhos e, de modo geral, é pouco aplicada a questões ambientais. Nesse âmbito, a integração pode ser percebida em seu aspecto político, propondo a harmonização entre as dimensões econômica, social e ambiental na execução de planos e políticas nacionais com impactos ambientais, bem como é apontada como um princípio constitucional da ordem econômica.

A sistematização dos principais planos e políticas de gestão marinha, bem como das normas constitucionais e internacionais, permitem afirmar

que a integração é um princípio geral de direito ambiental, do qual decorre a obrigação de integrar que determina o gerenciamento integrado dos recursos marinhos. Nesses instrumentos é possível verificar graus variáveis da concretização do princípio, partindo do aspecto geral, dos instrumentos internacionais e princípios gerais da ordem econômica, até os mais concretos, como as determinações procedimentais da PNRM e do PNGC.

Tanto a integração quanto a especialização constituem postulados que orientam ações e visam a um equilíbrio dentro de suas propostas, seja para maior eficiência ou para determinar a necessária interconexão dos componentes ambientais, sociais e econômicos nos planejamentos e ações políticas. No entanto, a eficiência administrativa não pode servir de escusa para a insuficiência de integração manifestada pela organização segmentada e pela gestão fragmentada, uma vez que os recursos marinhos apresentam repercussões que impactam nas atividades de todos os setores envolvidos e, por isso, reclama integração em suas medidas de ação.

Referências

- ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. Ed. São Paulo: Malheiros, 2017.
- AMORIM, Letícia Balsamão. A distinção entre regras e princípios segundo Robert Alexy: esboço e críticas. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília. Num. 65. jan./mar. 2005.
- ANTUNES, Paulo Bessa. *Direito Ambiental*. São Paulo: Lumen Juris. 8a ed. 2005.
- ARANHA, Márcio Iorio. *Manual de Direito Regulatório: Fundamentos de Direito Regulatório*. Coleford, UK: Laccademia Publishing. 3 ed. 2015.
- ARAÚJO, F. C. B.. Desafios à implementação da abordagem ecossistêmica como instrumento jurídico para a gestão de recursos marinhos na zona costeira brasileira. in. OLIVEIRA, Carina Costa de, et. al.. (Orgs.). *Meio Ambiente Marinho e Direito. A Gestão Sustentável da Investigação, da Exploração e da Exploração dos Recursos Marinhos na Zona Costeira, na Plataforma Continental e nos Fundos Marinhos*. vol 2. 1 ed. Curitiba: Juruá, 2018.
- ASHFORD, Nicholas; HALL, Ralph. The importance of regulation-induced innovation for sustainable development. in. *Sustainability*. n.3. 2011.

- ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 15. ed. São Paulo: Malheiros. 2014.
- BRASIL, *Decreto no 5.300, de 7 de dezembro de 2004*. Regulamenta a Lei no 7.661, de 16 de maio de 1988, que institui o Plano Nacional de Gerenciamento Costeiro - PNGC, dispõe sobre regras de uso e ocupação da zona costeira e estabelece critérios de gestão da orla marítima, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5300.htm>. Acesso em: 17 maio 2019.
- BRASIL, *Decreto nº 5.377, de 23 de fevereiro de 2005*. Aprova a Política Nacional para os Recursos do Mar - PNRM., disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Decreto/D5377.htm>, acesso em: 15 maio 2019.
- BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE MEIO AMBIENTE. *Resolução nº001, de 23 de janeiro de 1986*. Disponível em: <http://www2.mma.gov.br/port/conama/res/res86/res0186.html>. Acesso em: 19 jul. 2019.
- BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE MEIO AMBIENTE. *Resolução nº 237, de 19 de dezembro de 1997*. Disponível em: <http://www2.mma.gov.br/port/conama/res/res97/res23797.html>. Acesso em: 10 ago. 2019.
- BRASIL. *Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981*. Política Nacional do Meio Ambiente. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6938compilada.htm. Acesso em: 13 ago. 2019.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao-compilado.htm>. Acesso em: 24 jun. 2019.
- BRASIL. *Decreto n. 5.300 de 07 de dezembro de 2004*. Institui o Plano Nacional de Gerenciamento Costeiro – PNGC e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Decreto/D5300.htm. Acesso em: 15 ago. 2019.
- BRASIL. *Decreto n. 9.667, de 02 de janeiro de 2019*. Aprova a Estrutura do Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento. Disponível em: http://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/57633308. Acesso em: 12 ago. 2019;
- BRASIL. *Decreto n. 9.672, 02 de janeiro de 2019*. Aprova a Estrutura do Ministério do Meio Ambiente. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/decreto/D9672.htm. Acesso em: 04 ago. 2019.

- BRASIL. Decreto n. 9.676, de 02 de janeiro de 2019. Aprova a Estrutura do Ministério da Infraestrutura. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Decreto/D9676.htm. Acesso em: 03 ago. 2019.
- BRASIL. Decreto nº 2.519, de 16 de março de 1998. Promulga a Convenção sobre Diversidade Biológica, assinada no Rio de Janeiro, em 05 de junho de 1992. Disponibilidade em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D2519.htm. Acesso em 19 ago. 2019.
- BRASIL. *Decreto nº 5.417 de 13 de abril de 2005*. Aprova a Estrutura do Comando da Marinha, do Ministério da Defesa, e dá outras providências. Disponibilidade em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Decreto/D5417.htm. Acesso em: 13 ago. 2019.
- BRASIL. *Decreto nº 9.587, de 27 de Novembro 2018*. Instala a Agência Nacional de Mineração. Disponível em: http://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/52251893/do1-2018-11-28-decreto-n-9-587-de-27-de-novembro-2018-52251675. Acesso em: 28 jul. 2019.
- BRASIL. *Decreto nº 9.664, de 02 de janeiro de 2019*. Aprova a Estrutura do Ministério do Turismo. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Decreto/D9664.htm#art10. Acesso em: 12 ago. 2019.
- BRASIL. *Decreto nº 9.675, de 02 de janeiro de 2019*. Aprova a Estrutura do Ministério de Minas e Energia. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/Decreto/D9675.htm. Acesso em: 12 ago. 2019.
- BRASIL. *Decreto nº 9.858, de 25 de junho de 2019*. Dispõe sobre a Comissão Interministerial para os Recursos do Mar. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Decreto/D9858.htm#art13. Acesso em: 10 ago. 2019.
- BRASIL. *Lei n. 9.537, de 11 de dezembro de 1997*. Dispõe sobre a segurança do tráfego aquaviário em águas sob jurisdição nacional e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19537.htm. Acesso em: 13 ago. 2019.
- BRASIL. *Lei nº 9433 de 08 de janeiro de 1997*. Política Nacional de Recursos Hídricos. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9433.htm. Acesso em: 12 dez. 2018.
- BRASIL. *Lei no 10.233, de 05 de junho de 2001*. Cria a Agência Nacional de Transportes Aquaviários e dá outras providências. Disponível em: ht-

- [tps://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/110233.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/110233.htm). Acesso em: 12 ago. 2019.
- BRASIL. *Lei nº 11.516, de 28 de agosto de 2007*. Dispõe sobre a criação do Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2007/Lei/L11516.htm. Acesso em: 13 ago. 2019.
- BRASIL. Marinha do Brasil. Comissão Interministerial para Recursos do Mar. *IX Plano Setorial para os Recursos do Mar – PSRM*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/decreto/d8907.htm. Acesso em: 05 jun. 2019.
- BRASIL. Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento. *A Secretaria, Aquicultura e Pesca*. Disponível em: <http://www.agricultura.gov.br/asuntos/aquicultura-e-pesca>. Acesso em: 12 ago. 2019.
- BÜHRS, Ton. *Environmental Integration: Our Common Challenge*. SUNY press: New York, 2009.
- CACQUERAY, Mathilde De. *La planification des espaces maritimes en France métropolitaine: un enjeu majeur pour la mise en œuvre de la Gestion Intégrée de la Mer et du Littoral*. Géographie. Université de Bretagne occidentale - Brest, 2011.
- CARVALHO, Délton Winter de. O Papel do Direito e os Instrumentos de Governança Ambiental para Prevenção dos Desastres. in: *Revista de Direito Ambiental*. vol. 75. 2014.
- CICIN-SAIN, Biliانا, KNECHT, Robert W. *Integrated Coastal and Ocean Management: concepts and practices*. Washington: Island Press, 1998.
- CONVENÇÃO SOBRE A DIVERSIDADE BIOLÓGICA. *COP 5 Decision V/6*. Disponível em: <https://www.cbd.int/decision/cop/?id=7148>. Acesso em: 06 fev. 2019
- DERANI, Cristiane. *Direito ambiental econômico*. 3a. ed. São Paulo, SP: Editora Saraiva, 2008.
- DERNBACH, John, MINTZ, Joel. Environmental Laws and Sustainability: An Introduction. in: *Sustainability*. n.3. 2011.
- DERNBACH, John. Achieving Sustainable Development: The Centrality and Multiple Facets of Integrated Decision-making. In: *10 Ind J Global Legal Stud*. 2003.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2003.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. O princípio da Supremacia do Interesse

- Público: Sobrevivência diante dos ideais do Neoliberalismo. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinicius Alves (coords.). *Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2010.
- DINIZ, Pedro Ivo. Natureza jurídica do desenvolvimento sustentável no direito internacional. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 12, n. 2, 2015.
- DUPUY, Pierre-Marie; VIÑUALES, Jorge E. *International Environmental Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2015.
- DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Cambridge MA: Harvard University press. 1977.
- EGGENBERGER, Markus; PARTIDÁRIO, Maria Rosário. Development of a framework to assist the integration of environmental, social and economic issues in spatial planning. in. *Impact Assessment and Project Appraisal*. v. 18, n. 3, p. 201–207, 2000.
- EHLER, C.; DOUVERE, F. *Marine Spatial Planning: a step-by-step approach toward ecosystem-based management*, Intergovernmental Oceanographic Commission Manual and Guides No. 53. UNESCO, Paris, 2011.
- FENSTERSEIFER, Tiago; SARLET, Ingo Wolfgang. *Direito Constitucional Ambiental: Constituição, Direitos Fundamentais e Proteção do Ambiente*. 3ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.
- FERRAÇO, André Augusto Giuriatto. *A Insuficiência de Integração na Gestão Nacional dos Recursos Hídricos Brasileiros como Óbice Estrutural ao Desenvolvimento Sustentável*. Dissertação – Mestrado em Direito. Universidade de Brasília, 2019.
- GERHARDINGER, Leopoldo Cavaleri. *De Governo à Governança do Oceano Brasileiro*. Instituto Linha D'água. Disponível em: <https://www.linhadagua.org.br/blog/2018/9/9/de-governo-governana-do-oceano-brasileiro>. Acesso em: 15 ago. 2019.
- GRILLI, Natalia de Miranda. *et al.* Sustentabilidade das regiões costeiras e oceânicas – necessidade de um novo relacionamento entre ciência e gestão. *Revista USP: dossiê Amazônia Azul*. São Paulo, n. 113, abril/maio/junho, 2017.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- LIMA, R. A. O licenciamento ambiental como instrumento de gestão sustentável da política de planificação do espaço marítimo brasileiro. *Revista*

- de Direito Setorial e Regulatório*, Brasília, v. 3, n. 1, p. 73-94, outubro de 2017.
- LIRA, WS; CÂNDIDO, GA. orgs. *Gestão sustentável dos recursos naturais: uma abordagem participativa*. Campina Grande: EDUEPB, 2013.
- MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*, 21 ed.. São Paulo, SP: Malheiros Editores, 2013.
- MARQUES Neto, Floriano de Azevedo. *Agências Reguladoras Independentes: fundamentos e seu regime jurídico*. Belo Horizonte: Fórum, 2005.
- MEDINA, Rachel; TARLOCK, A. Dan. Addressing climate change at the state and local level: using land use controls to reduce automobile emissions. *Sustainability*. n.2. 2010.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2000.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1994.
- MERCURE, Jean-François. et. al. System Complexity and Policy Integration Challenges: the Brazilian Energy-Water-Food Nexus. in. *C-EENRG Working Papers*. University of Cambridge: Cambridge Centre for Environment, Energy and Natural Resource Governance. nov. 2017.
- MONT'ALVERNE, Tarin Frota; CAVALCANTE, Maira Melo. Gestão dos espaços marinhos no contexto das energias marinhas renováveis. *Rev. Bras. Polit. Públicas*, Brasília, v. 8, nº 1, 2018.
- MONT'ALVERNE, Tarin Cristino Frota; GIRÃO, Edwiges Coelho. A soberania dos estados sobre seus recursos naturais: o regime internacional da biodiversidade e o direito do mar. *Universitas Ju.*, Brasília, v. 27, n. 3, 2016.
- MONTINI, Massimiliano. *The double failure of environmental regulation and deregulation and the need for ecological law*. C-EENRG Working Papers, 2016-6. pp. 1-23. Cambridge Centre for Environment, Energy and Natural Resource Governance, University of Cambridge, 2016.
- OLIVEIRA, Carina Costa de; MALJEAN-DUBOIS, Sandrine. Os limites dos termos bem público mundial, patrimônio comum da humanidade e bens comuns para delimitar as obrigações de preservação dos recursos marinhos. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 12, n. 1, 2015.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Agenda 21*. Disponibilidade em: http://www.meioambiente.pr.gov.br/arquivos/File/agenda21/Agenda_21_Global_Sintese.pdf. Acesso em: 18 ago. 2019.

- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento, 1992*. Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento – ECO 92 ou Rio 92. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40141992000200013. Acesso em: 12 jun. 2019.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Convenção das Nações Unidas de Combate à Desertificação*. Disponibilidade em: http://www.meioambiente.pr.gov.br/arquivos/File/agenda21/Convencao_Quadro_sobre_Mudanca_do_Clima.pdf. Acesso em: 18 ago. 2019.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento*. Disponível em: http://www.meioambiente.pr.gov.br/arquivos/File/agenda21/Declaracao_Rio_Meio_Ambiente_Developolvimento.pdf. Acesso em: 18 ago. 2019;
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Relatório Brundtland*. Disponibilidade em: https://www.mma.gov.br/estruturas/sbf_dpg/_arquivos/cdbport.pdf. Acesso em: 19 ago. 2019.
- PLATJOUW, Froukje Maria. *Environmental law and the ecosystem approach: maintaining ecological integrity through consistency in law*. New York: Routledge, 2016.
- SANDS, Philippe. International Law in the Field of Sustainable Development: Emerging Legal Principles. In: Winfried Lang, ed, *Sustainable Development and International Law*. London: Graham & Trotman. 1995.
- SUNDFELD, Carlos Ari. Introdução às Agências Reguladoras. In: SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Malheiros, 2002.
- SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. AGRADO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL (AIRESPP). Nº 2015.00.62345-3 201500623453. Min. Rel. Regina Helena Costa. Primeira Turma. Data julgamento: 16 maio 2017. Data da publicação: 22 maio 2017;
- SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. CONFLITO DE COMPETENCIA (CC). nº 2015.02.61656-4 201502616564. Min. Rel. Regina Helena Costa. Primeira Seção. Data julgamento: 26 abril 2017. Data da publicação: 03 maio 2017.
- SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. RECURSO ESPECIAL (RESP). nº 2016.02.08591-7 201602085917. Min. Rel. Regina Helena Costa. Primeira Turma. Data julgamento: 07 mar. 2017. Data da publicação: 16 mar. 2017.

- SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Recurso Especial*. n° 994120/RS 2007/0234852-0. Min. Rel. Herman Benjamin. Segunda Turma. Data de Julgamento: 25 ago. 2009, Data de Publicação: DJe 27 abril 2011.
- SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Ação Civil Originária – ACO n° 869 / SE*. Min. Rel. MENEZES DIREITO. Data de Julgamento: 02 fev. 2009. Data de Publicação: 13 fev. 2009.
- TANAKA, Yoshifumi. Zonal and Integrated Management Approaches to Ocean Governance: Reflections on a Dual Approach in International Law of the Sea. *International Journal of Marine & Coastal Law*. n.19, 2004.
- TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL – 3ª REGIÃO. *Conflito de Competência (CC)*. n° 5005444-40.2019.4.03.0000/50054444020194030000. Rel. Desembargador Federal. Marcelo Mesquita Saraiva. Data julgamento: 07 jun. 2019. Data de Publicação: 10 jun. 2019.
- TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL – 4º REGIÃO. *Apelação Civil*. AC n° 5001178-35.2010.4.04.710., Quarta Turma, Rel. Desembargador Federal Luís Alberto D’azevedo Aurvalle. Juntado aos autos em 16 maio 2018.
- TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL – 5ª REGIÃO. *Agravo de Instrumento (AI)*. n° 99.05.32049-0 9905320490. Rel. Desembargador Federal Nereu Santos. Terceira Turma. Julgado em 27 jun.2002. Data da publicação: 09 out. 2002;
- TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL – 5ª REGIÃO. *Apelação em Mandado de Segurança (AMS)*. n°99.05.06020-0 9905060200. Rel. Desembargador Federal Ubaldo Ataíde Cavalcante. Primeira Turma. Data julgamento: 18 nov.1999. Data da publicação: 25 fev. 2000.
- VARELLA, Marcelo Dias. A efetividade do direito internacional ambiental: análise comparativa entre as convenções da CITES, CDB, Quioto e Basiléia no Brasil. in: BARROS-PLATIAU, Ana Flávia; VARELLA, Marcelo Dias (orgs.). *A efetividade do direito internacional ambiental*. Brasília: UNICEUB, UNITAR e UnB. Sobre eficiência jurídica: 2009.
- VIÑUALES, Jorge E. et. al. *The Rio Declaration on Environment and Development: A Commentary*. Oxford: Oxford University Press. 2015.

Recebido em 07 de abril de 2020.

Aprovado em 29 de setembro de 2020.

RESUMO: A imprecisão jurídica da integração ambiental gera dúvidas quanto ao seu alcance na elaboração, implementação e execução de políticas públicas voltadas aos recursos marinhos, e quanto a sua utilização nas decisões judiciais. Diante disso, torna-se necessário investigar quais são os elementos normativos necessários para delimitação da natureza jurídica da integração no âmbito dos recursos marinhos. O objetivo desta pesquisa é compreender quais os elementos normativos e jurídicos conceituais contribuem para definição de uma tipologia jurídica da integração. Com base no método hipotético-dedutivo, amparada pela revisão bibliográfica, normativa e jurisprudencial, a pesquisa demonstrou a insuficiência da integração nos usos dos recursos marinhos, em decorrência dos fenômenos da setorização e da fragmentação, e como os planos e políticas aplicados nesse âmbito se opõem a estes fenômenos. Foi verificada a ausência de assimilação da integração enquanto princípio ou obrigação pelos tribunais federais nacionais, ocasião em que, a partir da constatação de manifestações das dimensões política, institucional, geográfica e procedimental da integração nos instrumentos jurídicos de gestão, foi apresentada uma proposta tipológica da integração. Como resultado, propõe-se que a natureza jurídica da integração seja compreendida como um princípio geral de direito ambiental, do qual decorre a obrigação de integrar, que determina a gestão integrada tendo em vista a sustentabilidade dos recursos marinhos. **Palavras-chave:** Princípio da Integração Ambiental; Obrigação de Integrar; Gestão Integrada; Recursos Marinhos.

ABSTRACT: The legal imprecision of environmental integration raises doubts as to its scope in the elaboration, implementation and execution of public policies related to marine resources, and its use in court decision making. In this sense, it is necessary to investigate which are the essential normative elements necessary to delimit the legal nature of integration in the scope of marine resources. The objective of this research is to understand which normative and conceptual legal elements contribute to the definition of a legal typology of integration. Based on the hypothetical-deductive method, supported by the bibliographic, normative and jurisprudential review, the research demonstrated the insufficiency of integration in the use of marine resources, due to the phenomena of sectorization and fragmentation, and how the plans and policies applied in these marine resources management opposes to these phenomena. The absence of assimilation of integration as a principle or obligation by the national federal courts was verified, when, based on the evidence of political, institutional, geographical and procedural dimensions of integration in the legal instruments of marine management, a typological proposal of integration was presented. As a result, it is proposed that the legal nature of integration is understood as a general principle of environmental law, which gives rise to the obligation to integrate that, in turn, determines integrated management of marine resources in order to promote sustainability.

Keywords: Principle of Environmental Integration; Obligation to Integrate; Integrated management; Marine resources.

SUGESTÃO DE CITAÇÃO: FERRAÇO, André Augusto Giuriatto; TAKARA, Naomy Christiani. A tipologia jurídica da integração ambiental como elemento normativo para o uso sustentável dos recursos marinhos. *Revista Direito, Estado e Sociedade*, Ahead of print, 2021. DOI: <https://doi.org/10.17808/des.0.1439>.

Pesquisa empírica em Direito: novos horizontes a partir da teoria dos sistemas

Empirical research in Law: new horizons based on system theory

Gabriel Ferreira da Fonseca*

Centro Universitário de Salvador, Salvador – BA, Brasil

Marco Antonio Loschiavo Leme de Barros**

Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo – SP, Brasil

1. Introdução

Pesquisa teórica ou empírica/prática? Essa é uma distinção e uma dúvida clássica nas pesquisas conduzidas nas áreas das Ciências Humanas e Sociais. Por diferentes razões históricas, a distinção entre “teoria” e “empíria” ou “prática” representa um legado de correntes filosóficas que justificam o conhecimento científico privilegiando algum dos polos da relação entre sujeito e objeto (razão e experiência, transcendental e empírico, teórico e prático) e que é replicada – quase intuitivamente – até os dias de hoje¹.

* Professor do Centro Universitário de Salvador e assessor de gabinete do Tribunal de Contas do Estado da Bahia. Doutor em Filosofia e Teoria Geral do Direito pela Universidade de São Paulo, com estágio de pesquisa na Faculdade de Sociologia da Universidade de Bielefeld (Alemanha). E-mail: gabrielfonseca@gmail.com.

** Professor doutor da Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie e pesquisador do programa de pós-doutorado do Instituto de Relações Internacionais da Universidade de São Paulo. Foi *visiting researcher* na Universidade da Califórnia - Los Angeles, e no Instituto Internacional de Sociologia do Direito, Oñati. E-mail: marco.barros@usp.br.

¹ Em grande medida, a forma de fazer pesquisa que é transmitida aos pesquisadores deixa-os presos a visões limitadoras sobre como pesquisar e o que é a atividade de pesquisa, sobretudo quando se observa o isolamento das áreas e pesquisas científicas, como no caso do Direito. Para uma análise de alguns desafios da pesquisa em Direito no Brasil, ver: BARROS; BARROS, 2018.

No Direito essa ruptura é bastante acentuada. Desde o início da graduação, é perceptível para os alunos a distinção entre o direito dos códigos e livros (material por excelência da Dogmática Jurídica) e o direito efetivamente praticado nos balcões forenses (um dos campos de análise das disciplinas crítico-reflexivas orientadas para o Direito, como a Sociologia do Direito). O que isso nos diz sobre o que é ou como fazer pesquisa em Direito? É preciso adotar tal ruptura para prosseguir na pesquisa, ora orientada para os códigos e livros, ora preocupada com as discrepâncias observadas nos fóruns?

Com base no referencial da teoria dos sistemas sociais, o presente texto defende a possibilidade de articular-se teoria e prática/empíria na produção científica em Direito, mediante a compreensão e mobilização das ideias de abstração (típica do referencial teórico sistêmico) e de controle de abstração (própria das metodologias de pesquisa empírica). Trata-se de articular, a princípio, duas abordagens conflitantes sobre como observar a sociedade.

Para tanto, em primeiro lugar, é reconstruída a discussão em torno, por um lado, das críticas ao que se poderia chamar de *déficit empírico* da teoria dos sistemas (seção 2) e, por outro lado, das críticas da teoria dos sistemas ao *déficit teórico* das pesquisas empíricas tradicionais (seção 3). Em seguida, busca-se distinguir um campo de pesquisa empírica em Direito de raiz sistêmica capaz de *controlar o grau de abstração* desse referencial teórico (seção 4).

Na atualidade, um dos principais desafios das pesquisas baseadas na teoria dos sistemas sociais, em especial a partir dos desdobramentos dos trabalhos do sociólogo alemão Niklas Luhmann, está em controlar a sua autodeclarada abstração para fins de produção de pesquisa empírica.

Esforços têm sido realizados em tal sentido, notadamente no campo jurídico e em realidades sociais não-europeias. Nesses contextos, os pesquisadores são desafiados a manter a coerência de suas investigações empíricas com as premissas (abstrações) da teoria dos sistemas, como aquelas ligadas ao primado da diferenciação funcional e aos limites operacionais de cada sistema funcional, inclusive para, quando necessário, questioná-las ou refiná-las².

2 Diversas são as explicações possíveis para uma espécie de guinada empírica na teoria dos sistemas. Segundo Ribeiro, “a crítica de Marcelo Neves e de outros pensadores da condição periférica” forçou Luhmann a perceber o “provincianismo empírico” da sua teoria e a “mobilizar sua rede abstrata de conceitos para tematizar uma sociedade mundial assimétrica e não homogênea, na qual o princípio da diferenciação funcional não se espalhou sem conflitos e variações” (Ribeiro, 2013, p. 109). Outro exemplo do modo pelo qual a teoria dos sistemas foi impulsionada para a realização de pesquisa empírica foi por meio da criação do Centro de Estudos sobre o Risco, na Universidade de Lecce (Itália). O projeto de criação do centro, escrito por Luhmann e

Seguindo essa agenda de pesquisa, propomos a ideia de controle de abstração como forma de aplicação da teoria dos sistemas para embasar pesquisas que analisem dados empíricos. O campo adotado para a discussão do controle de abstração é o sistema jurídico, com o objetivo de indicar como pesquisas empíricas em Direito podem aderir (crítica e construtivamente) aos pressupostos sistêmicos.

No entanto, uma abordagem científica que pretende observar e descrever o direito como um sistema da sociedade moderna (diferenciada funcionalmente) não precisa se limitar a investigar apenas esse sistema funcional. A análise do direito pode ser complementada de forma frutífera, por exemplo, com o estudo comparativo de outros sistemas funcionais (como a economia, a política, a religião) e a investigação de sistemas organizacionais (como tribunais, órgãos estatais, igrejas) e interacionais (como audiências, sessões de julgamento, reuniões).

O texto explora a ideia de multiplicidade de posições de observação como forma de aplicação do referencial teórico sistêmico em pesquisas empíricas. Desenvolve-se essa abordagem a partir de uma análise dos pressupostos epistemológicos e teórico-metodológicos da teoria dos sistemas de Luhmann. O trabalho dialoga, principalmente, com o construtivismo desse referencial teórico, que se baseia na ideia de pluralidade de sistemas de observação.

Além disso, revisa-se a literatura que tem aplicado a teoria dos sistemas para embasar teoricamente investigações de caráter empírico e desenvolver esse referencial teórico. Trata-se aqui, portanto, de uma descrição sociológica direcionada ao modo como a referida literatura realiza as suas escolhas epistemológicas, teóricas e metodológicas.

Pelo exposto, o texto discute o modo como podemos aliar as preocupações epistemológicas e teóricas da abordagem sistêmica com os instrumentos metodológicos de perspectivas voltadas para a pesquisa empírica, especialmente no campo jurídico. Defende-se que as críticas ao *déficit empírico* da teoria dos sistemas e ao *déficit teórico* de parte das pesquisas empíricas podem ser superadas por meio do desenvolvimento de um campo de pesquisa empírica em Direito de raiz sistêmica, que seja atento à multiplicidade de posições de observação da sociedade. Ainda, reflete-se sobre a possibilidade de não apenas as disciplinas crítico-reflexivas, como Sociologia do Direito e Teoria

De Giorgi, explicita os potenciais teóricos e empíricos das ciências sociais para a compreensão do risco na sociedade moderna, cuja importância elevar-se-ia em razão dos avanços tecnológicos (Luhmann; De Giorgi, 1998, p. 215-249).

do Direito, mas também as Dogmáticas Jurídicas (Constitucional, Penal, Civil, Processual Civil etc.) serem beneficiadas por uma intensificação das aproximações entre as reflexões da teoria dos sistemas e os instrumentos metodológicos típicos das pesquisas empíricas³.

2. Abstração e déficit empírico da teoria dos sistemas

A teoria dos sistemas sociais desenvolvida por Luhmann é declaradamente abstrata. Em algumas oportunidades, o sociólogo abordou essa característica que, a seu ver, poderia ser percebida como uma espécie de desvantagem em relação a outras teorias. No entanto, a abstração também é uma característica inerente à tarefa de produção teórica, razão pela qual, para Luhmann, tal crítica deveria ser relativizada⁴.

Por um lado, a abstração está no centro de algumas das críticas comumente direcionada à teoria dos sistemas, que seria marcada por um privilégio da teoria em face da realidade, ou seja, por um déficit empírico. Faltaria à teoria dos sistemas de Luhmann um “programa empírico de pesquisa”⁵ e mesmo “clareza analítica” no nível empírico⁶. O próprio autor reconhecia que a frequente demanda voltada para “uma comprovação empírica das análises teóricas sistêmicas tem toda a razão”⁷.

3 Com base na teoria dos sistemas, a Teoria do Direito pode ser descrita como uma instância reflexiva do sistema jurídico que ocupa uma posição ambivalente entre auto-observação e hetero-observação do direito, razão pela qual pode analisar esse sistema de forma mais abstrata, crítica e distante da necessidade de decisão de conflitos do que a Dogmática Jurídica (ou Doutrina Jurídica). Entretanto, assim como a Dogmática Jurídica, a Teoria do Direito não apresenta a posição externa ou independente em relação ao direito que pode ser identificada na Sociologia do Direito (Luhmann, 2004, p. 53). Por um lado, a Teoria do Direito está preocupada com uma compreensão do direito mais aprofundada, interdisciplinar e aberta ao questionamento do que a Dogmática Jurídica, servindo de ponte entre ciência e direito. Por outro lado, essa instância reflexiva volta a sua atenção às necessidades operacionais do sistema jurídico, auxiliando a Dogmática Jurídica (Ferraz Junior, 2010, p. 21-24), o que, em comparação com a Sociologia do Direito, significa uma capacidade crítica mais limitada (Neves, 2011, p. 154).

4 Luhmann, 2005, p. 77.

5 Leydesdorff ressalta que faltaria “*an empirical program of research building on Luhmann’s theory*”: “*Luhmann’s sociological theory of communications contains important elements which have hitherto not sufficiently been appreciated in the empirical traditions of sociology and communication studies*” (Leydesdorff, 2010).

6 Segundo Braeckman, “[t]he systems theoretical conceptual apparatus on the empirical level apparently does not have the same surplus value with respect to analytical clarity and acuteness, as it has on the theoretical level” (Braeckman, 2006, p. 83).

7 Luhmann, 2005, pp. 173-174.

Por outro lado, como proporemos ao longo deste texto, a abstração da teoria dos sistemas pode ser controlada em níveis compatíveis com o desenvolvimento de pesquisas empíricas, em especial quando se adota um modelo multinível e multissistêmico de observação da sociedade. Isso poderá resultar tanto em ganhos teóricos para as pesquisas empíricas, quanto em descrições mais consistentes do ponto de vista empírico para a teoria dos sistemas.

Segundo Luhmann, a Sociologia (enquanto subsistema do sistema funcional da ciência) realiza uma observação de segunda ordem (externa) em relação às observações produzidas por outros sistemas sociais, as quais, a partir daquela perspectiva, seriam observações de primeira ordem (internas). Trata-se de um “observar do observar”. No entanto, a observação sociológica não realiza uma simples cópia das demais observações, mas, sim, uma produção de teorias que assumem “uma distância com relação às obviedades do cotidiano, para alcançar um nível de consistência assegurado de maneira mais abstrata”⁸.

Por isso, a abstração é uma característica inerente à empreitada de Luhmann. Quando foi incorporado como Professor da Faculdade de Sociologia da Universidade de Bielefeld, na Alemanha, no final da década de 1960, ele descreveu o seu projeto de pesquisa como o desenvolvimento de uma “teoria da sociedade”, no tempo estimado de trinta anos. A longa duração prevista para a execução da tarefa justificar-se-ia, segundo o autor, em razão do estágio em que se encontrava a literatura sociológica àquela época. A seu ver, ela ofereceria “muito poucos pontos de referência para estimar um projeto de tal natureza como algo possível”⁹.

A abstração da teoria dos sistemas é explicada, em grande medida, por esse compromisso assumido por Luhmann ainda no início da sua empreitada. O desenvolvimento de uma teoria da sociedade exigiria, por um lado, contatos interdisciplinares entre áreas bastante distintas como Sociologia, Biologia, Psicologia e Cibernética e, por outro lado, que, em alguma medida, as investigações se voltassem mais para o sistema global da sociedade e seus sistemas funcionais do que, por exemplo, para os sistemas de organização e de interação.

8 Luhmann, 2007, pp. 883-898.

9 Luhmann, 2007, p. 1.

Essas escolhas ajudam a entender a autocrítica ou autojustificação do sociólogo acerca do caráter abstrato da sua teoria: “A desvantagem da teoria dos sistemas (se é que isso realmente é uma desvantagem) reside na extrema complexidade e abstração de seus conceitos.” Trata-se de um campo conceitual interdisciplinar, razão pela qual é compreendido apenas de forma fragmentária por meio das lentes de disciplinas específicas. Relacionada a essa espécie de limitação teórica estaria a renúncia do autor em relação “à ideia de uma teoria que poderia orientar a prática”. As aplicações práticas da teoria dos sistemas aconteceriam apenas de maneira casual, esporádica e pontual: na forma de estímulos, e não de conclusões lógicas¹⁰.

Em grande medida, o afastamento em relação à prática decorre da observação dos limites do sistema científico, que se preocupa principalmente com a aplicação dos valores verdadeiro e falso, e não de outros códigos binários (como lícito e ilícito, governo e oposição, pagamento e não-pagamento). Além disso, a ciência orienta-se apenas ao desempenho da sua função, isto é, à produção de novos conhecimentos, e não à função do direito (estabilizar expectativas normativas), da política (tomar decisões coletivamente vinculantes) ou da economia (lidar com o problema da escassez de recursos).

Isso dificulta a aplicação direta da lógica científica, por exemplo, para resolver questões jurídicas, políticas ou econômicas, já que os sistemas do direito, da política e da economia operam com base em outras racionalidades. Há uma incompatibilidade em relação às operações próprias de cada um desses sistemas, que sempre dependem de filtragens, traduções e processamentos para dialogar e aprender entre si.

Embora Luhmann destaque a importância de levarmos a sério as observações de primeira ordem (internas) desses sistemas, não se pode deixar de notar que a observação de segunda ordem sociológica (científica/externa) é a privilegiada pela teoria dos sistemas. No caso do direito, isso significa uma maior preocupação com a autonomia sociológica do que com a ressonância dos conhecimentos produzidos pela ciência (Sociologia do Direito) no sistema jurídico (Teoria do Direito, Dogmática Jurídica ou prática do direito). O autor apresenta certa “*hipotermia* com relação a uma *teoria reflexiva da prática*” (isto é, a uma Sociologia responsiva), em nome de uma maior sofisticação teórica/sociológica¹¹.

10 Luhmann, 2005, p. 77.

11 Bora, 2016, pp. 639-643.

Luhmann tinha consciência da “natureza altamente abstrata” da teoria geral dos sistemas sociais, insatisfeito com o estado da Sociologia, o autor refletiu sobre como seria possível “traduzir conceitos altamente gerais em teorias úteis para pesquisa empírica sem sacrificar suas funções de unificação e integração”. No entanto, isso não o aproximou dos “empreendedores especulativos” ou dos “pesquisadores interessados apenas em questões empíricas estreitas”. O cenário tampouco o animou a aderir a uma “terceira postura” que emergia desse contexto de cisão da disciplina, isto é, à proposta daqueles que escapariam para o “‘compromisso’ normativo e engajamento sociopolítico”¹².

Cabe, no entanto, apresentar um esclarecimento em relação à perspectiva de Luhmann. Ele está ligado ao modo como a ciência lida com o seu ambiente (direito, política, economia etc.): as diferenças de códigos e funções existentes entre os sistemas funcionais não impossibilitam que haja “acoplamentos estruturais” que permitam irritações ou aprendizagens mútuas entre tais sistemas. Por exemplo, descobertas científicas podem repercutir de diferentes formas no direito, na política e na economia, ainda que isso não possa ser antecipado ou controlado de forma científica. Embora não implique “nenhuma relação causal”, a ideia de acoplamento estrutural “designa uma relação de simultaneidade” e representa a possibilidade de “irritações regulares” entre os sistemas¹³.

Assim, ainda que Luhmann reforce a dificuldade de aplicação prática de sua teoria, em razão dos limites da ciência, isso não significa que suas observações estejam necessariamente desvinculadas de problemas práticos. Ao produzirem suas reflexões, os sociólogos e outros cientistas, muitas vezes, possuem como pano de fundo as questões concretas que observam no dia-a-dia. Por exemplo, a ciência pode oferecer prestações aos demais sistemas funcionais, como tecnologias úteis para a economia, matérias para a educação, análises sobre a opinião pública para a política e pareceres técnicos para os processos judiciais¹⁴.

Do mesmo modo que o direito, a política, a economia e a educação, o sistema científico também é, ao mesmo tempo, operativamente fechado (autorreferência/autopoiese) e cognitivamente aberto (heterorreferência).

12 Luhmann, 1982, p. 70.

13 Luhmann, 1996, p. 34-35.

14 Luhmann, 1996, p. 449.

Por um lado, esse sistema opera com base em seu código binário próprio e em sua função específica (autonomia científica). Por outro lado, ele está acoplado aos demais sistemas funcionais, por exemplo, mediante organizações (como universidades, centros de pesquisa e agências de fomento)¹⁵.

Por fim, para entendermos a autocrítica ou autojustificação de Luhmann acerca do grau de abstração da teoria dos sistemas, faz-se necessário observar como o autor descreve os programas do sistema científico: as teorias e os métodos. Esses programas representam diferentes tipos de regras de decisões sobre a correção da comunicação científica, isto é, eles funcionam como diferentes critérios de seleção para as operações da ciência, distribuindo “os valores verdadeiro e falso” (código científico) e possibilitando a produção de novos conhecimentos (função científica)¹⁶.

A partir das descrições da teoria dos sistemas, as teorias são programas que permitem comparações e descrições complexas da realidade. As afirmações teóricas se distinguem daquelas da linguagem cotidiana, pois são “mais fortes, mais improváveis, mais surpreendentes”: “O trabalho teórico no sentido de afirmações científicas se esforça por estabelecer um contínuo de interesses de comparação e em lograr comparações cada vez mais improváveis”. Daí a relação entre teoria e abstração: as teorias científicas, mediante o recurso à abstração, “conseguem uma intensificação dos pontos de comparação”¹⁷.

Quanto aos métodos, Luhmann destaca a existência de dois tipos principais: os dedutivos e os cibernéticos. Os primeiros são descritos com a ajuda da metáfora do alpinista, que dependeria, em cada passo, de uma posição inicial (axiomas, dados empíricos etc.). Os métodos cibernéticos, por sua vez, operariam de modo oposto: “como não existem tais posições de segurança (porque não existe uma validade externa) e dado que a segurança só é alcançada no processo, isto leva a que se tenha que estar permanentemente revisando as posições de partida e de todos os passos (mesmo da primeira posição).” Estes últimos métodos operariam de modo circular, praticando constantemente “antecipações e recursões”¹⁸.

Desse modo, mesmo as pesquisas empíricas, ainda que eventualmente não explicitem o caráter abstrato das suas construções, podem trabalhar

15 Luhmann, 1996, p. 474-475.

16 Luhmann, 1996, p. 409.

17 Luhmann, 1996, p. 291-296.

18 Luhmann, 1996, p. 297-303.

tanto com métodos quanto com teorias. O mesmo pode ser dito em relação à teoria dos sistemas: embora nem sempre destaque o caráter empírico ou prático das suas reflexões, ela mobiliza um método cibernético (circular), que se baseia principalmente na comparação funcional entre os diferentes sistemas sociais, com o objetivo geral de construir uma teoria da sociedade.

3. Pesquisa empírica e teoria dos sistemas

Não é difícil encontrar nas obras de Luhmann considerações críticas ou céticas em relação à “pesquisa empírica sociológica”¹⁹ ou ao “positivismo metódico” da Sociologia empírica²⁰. Segundo o autor, esse tipo de investigação adotaria uma metodologia clássica ainda vinculada à “tradição lógico-ontológica, que parte da distinção ser/pensar”. Ademais, essas pesquisas não teriam alcançado “uma teoria da sociedade concebida como totalidade dos fenômenos sociais”, mas apenas captado fenômenos como o aumento ou diminuição da criminalidade, os movimentos migratórios, os índices de divórcios etc. Faltar-lhes-ia, portanto, um pouco mais de ambição teórica e de ceticismo quanto à possibilidade de acesso ao real²¹.

Segundo o autor, determinadas investigações empíricas teriam a ambição de chegar “à realidade e não somente à validação das próprias construções”. Contudo, essa “coincidência da empiria com a realidade” não é “empiricamente comprovável”. Segundo Luhmann, a pesquisa empírica não tem o potencial de oferecer “*respostas* no sentido de um saber assegurado”, mas sim, a capacidade de nos conduzir a “perguntas estimulantes”. À luz do construtivismo sistêmico, as metodologias empíricas são vistas principalmente como um modo de produzir e tratar informações, não como meio de acessar a realidade²².

Para compreendermos essa crítica, é fundamental a percepção da ruptura que o pensamento sistêmico apresenta em relação às narrativas do “sujeito do conhecimento”, sobretudo ao diferenciar consciência (sistema psíquico) e comunicação (sistema social). Luhmann rechaça a ideia de que a realidade estaria disponível ao conhecimento de um sujeito e que, portanto, bastaria

19 Luhmann, 1983, p. 12.

20 Luhmann, 2011, p. 366.

21 Luhmann, 2007, pp. 21-25.

22 Luhmann, 2007, pp. 22-25.

a este desvelá-la. Em sua perspectiva, “[a] ciência não é descobrimento, mas construção.” Não se trata de uma “representação do mundo tal como é, e por isso, deve renunciar à sua pretensão de poder instruir a outros sobre o mundo.” Afinal, sob as lentes de outros sistemas, a mesma realidade pode ganhar sentidos bastante diferentes²³.

À luz da perspectiva sistêmica, conhece-se algo devido ao fato de que sistemas sociais produzem comunicação. Tal conhecimento não é a realidade em si, mas um produto do sistema social observante e, portanto, depende do contexto sistêmico em que se produzem as observações e descrições. Segundo Luhmann, o conhecimento é “apenas uma designação global para o que ocorre como um resultado de acoplamentos estruturais diretos e indiretos no sistema social” e que “permanece constante ou se desenvolve por meio da aprendizagem”. Trata-se do resultado de uma espécie de “condensação e confirmação de conhecimento com conhecimento diante de uma irritação permanente”²⁴.

O conhecimento é um processo em relação a um sistema-observante. Há um acoplamento estrutural (interpenetração) entre os sistemas psíquico e social, por meio da linguagem, que aproxima consciência e comunicação. Contudo, sob o ponto de vista sociológico, o conhecimento está ligado principalmente à produção de comunicação (e não ao sujeito e sua consciência). Segundo o autor, “o conhecimento é, independentemente da situação correspondente da consciência, uma estrutura que contribui para a possibilidade da autopoiese da comunicação”²⁵.

Tal abordagem não nega a realidade, mas a desontologiza ou desessențializa. Trata-se de uma tentativa de superação da filosofia do conhecimento de Immanuel Kant, substituindo-se diferenças como transcendental/empírico, razão/experiência ou sujeito/objeto pela distinção sistema/ambiente. A realidade passa a ser observada como uma construção realizada a partir dessa última distinção, que é característica dos sistemas sociais. Em alguma medida, a teoria dos sistemas (teoria da sociedade) toma o lugar das teorias do conhecimento tradicionais, oferecendo reflexões sobre as auto-observações (autorreferências) e hetero-observações (heterorreferências) produzidas pelos sistemas da sociedade²⁶.

23 Luhmann, 1996, p. 501.

24 Luhmann, 1996, p. 123.

25 Luhmann, 1996, p. 100-101.

26 Buchinger, 2012.

A tradição sociológica que observa a sociedade como um conjunto de seres humanos ou como unidades regionais ou territoriais estaria ligada a uma teoria do conhecimento obsoleta, presa a distinções como ser/pensar, objeto/conhecimento, objeto/sujeito. A teoria dos sistemas, por sua vez, propõe um “conceito de sociedade radicalmente anti-humanista, radicalmente antirregionalista e radicalmente construtivista”. O elemento central para a compreensão da sociedade passa a ser a comunicação²⁷.

A sociedade produz comunicação. Todas as comunicações integram a sociedade, inclusive as comunicações científicas, por isso, as descrições sociológicas alteram o seu próprio objeto. A teoria da sociedade apresenta um caráter autológico: o sistema que observa e descreve faz parte da sociedade que é observada e descrita²⁸.

As ideias de contextualização e de níveis de observação ganham destaque nessa perspectiva, que enfatiza a observação de sistemas complexos. Se o conhecimento se refere aos diferentes níveis de comunicação (funcional, organizacional e interacional), não é possível conhecer adequadamente o “todo” ou o “geral” sem conhecer as “partes”, mas também o inverso está implicado, já que a compreensão das “partes” depende do entendimento do “todo” ou do “geral”. Com isso, pode-se situar o sistema funcional de referência (como, por exemplo, o sistema jurídico, no caso da Sociologia do Direito) em seus contatos com outros sistemas funcionais, que se tornam visíveis principalmente nos âmbitos dos sistemas organizacionais e interacionais.

Aqui se faz necessário realizar uma breve digressão sobre as três formas principais que, dentro da arquitetura teórica tradicional de Luhmann²⁹, os sistemas sociais podem assumir: i) *sociedade* (sistema social mais abrangente), que, por se basear no princípio da acessibilidade comunicativa,

27 Luhmann, 2007, p. 3-20.

28 Luhmann, 2007, p. 3-5.

29 Registre-se que, embora este trabalho centre-se na divisão tripartite proposta por Luhmann (sociedade, organizações e interações), autores como Kühl destaca que é possível localizar diferentes tipos de sistemas sociais entre a sociedade e as interações face-a-face, como organizações, grupos, famílias e movimentos de protesto. Conforme o autor, todos esses tipos de sistemas de abrangência intermediária baseiam-se na possibilidade de distinção das pessoas entre membros e não-membros, notadamente por meio de: i) comunicações decisórias (organizações); ii) comunicações pessoais (grupos); iii) comunicações íntimas (famílias); e iv) comunicações valorativas (movimentos). Kühl cogita ainda, outros sistemas sociais que podem ser situados entre a sociedade e as interações, como profissões, comunidades, estratos e redes. No entanto, o importante aqui é destacar que, independentemente da classificação adotada, a teoria dos sistemas permite-nos trabalhar com diferentes níveis de observação da realidade social (Kühl, 2020).

engloba até mesmo as comunicações possíveis, entre ou com os ausentes, e se diferencia em *sistemas funcionais*, como o direito, a economia, a política, a ciência, a educação, a arte, a religião, os meios de comunicação de massa etc.; ii) *organizações* (sistemas sociais de abrangência intermediária), que pressupõem o preenchimento de requisitos para a participação na condição de membros; e iii) *interações* (sistemas sociais menos abrangentes), que se baseiam na presença pessoal (face-a-face)³⁰.

A análise de decisões de sistemas organizacionais, como os tribunais judiciais (centro do sistema jurídico), pode ser contextualizada no âmbito do sistema jurídico, mas também em face dos demais sistemas funcionais e organizacionais envolvidos. Uma decisão judicial pode transformar o conjunto de decisões judiciais anteriores, confirmando e alterando os programas do sistema jurídico (normas jurídicas), mas também pode representar uma fonte de irritação para outros sistemas, como a economia (e suas organizações empresariais) e a política (e suas organizações estatais). Por outro lado, essas organizações também encontram canais de diálogo com os tribunais, oferecendo estímulos para a manutenção ou transformação de programas jurídicos.

Além disso, a contextualização também pode se dar no nível dos sistemas interacionais, o que, em muitos casos, exige reflexões sobre sistemas organizacionais e funcionais. Um exemplo dessa espécie de união entre análises microsociológicas e macrosociológicas pode ser identificado na pesquisa de Costa sobre o “caso do roubo de um canário belga em uma delegacia de uma cidade do interior brasileiro sob a perspectiva da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann”³¹.

O pesquisador realizou uma etnografia na delegacia da cidade de Teixeira de Freitas, no estado da Bahia. No texto, percebe-se uma contextualização das conversas na fila de atendimento e dos próprios atendimentos dos funcionários e do delegado (sistemas de interação) no âmbito de uma delegacia (sistema organizacional). O autor pontua que o foco da análise é o sistema funcional do direito que, ao contrário do que, a princípio, pode-se extrair da teoria dos sistemas de Luhmann, não seria autopoiético na realidade social brasileira, mas, sim, alopoiético, em razão de um déficit de “fechamento operacional”, isto é, de uma “sobreposição de outros códigos”³².

30 Luhmann, 1982, p. 69-81.

31 Costa, 2012, p. 289-304.

32 Costa, 2012, p. 289-304.

A hipótese da “alopoiese” do direito (desenvolvida originalmente por Marcelo Neves³³) indica que, embora foque no sistema jurídico, a pesquisa de Costa, em alguma medida, situa as operações desse sistema em um contexto de contatos e mesmo sobreposições entre diferentes sistemas funcionais, como o direito, a economia e a política³⁴.

Ao fazer sucessivas distinções, o cientista observa esses sistemas em suas dinâmicas próprias. Atende-se, como será detalhado na próxima seção, à exigência do controle de abstração por meio do ajuste de níveis de observação (sistemas funcionais, organizacionais e interacionais). Com isso, articula-se a “teorização” e o “campo”, buscando-se equilibrar o nível teórico e o âmbito empírico e, assim, evitar, por um lado, investigações muito descritivas ou “um conhecimento empírico desordenado e confuso” e, por outro lado, pesquisas muito abstratas ou “especulações infundadas”³⁵.

Ademais, a partir da perspectiva sistêmica, é importante o confronto das observações científicas com aquelas produzidas em outros sistemas, como observações econômicas, políticas, etc. Trata-se da difícil tarefa de tentar minimizar as consequências negativas dos pontos cegos de todo e qualquer observador, inclusive daqueles que se predispõem à produção científica.

A teoria dos sistemas oferece uma abordagem da realidade social bastante distinta daquelas das perspectivas empíricas tradicionais. No entanto, mediante os devidos ajustes, é possível desenvolver um diálogo produtivo entre as duas tradições. No caso do direito, autores como Peterson e Teubner afirmam que, por exemplo, as pesquisas empíricas da Sociologia do Direito, em geral, teriam desenvolvido metodologias sofisticadas, mas ainda seriam carentes de bases teóricas. A teoria dos sistemas, segundo esses autores, poderia oferecer justamente as ferramentas teóricas necessárias para solucionar o referido problema³⁶.

Além disso, a partir de um diálogo entre as tradições da teoria dos sistemas e das pesquisas empíricas, a Sociologia do Direito pode se tornar mais responsiva. Segundo autores como Bora, a responsividade poderia ser alcançada por meio de uma reconciliação entre as preocupações com

33 Ver, para uma leitura do direito na “modernidade periférica” à luz da noção de “alopoiese” (em contraposição à “autopoiese” que teria se desenvolvido na “modernidade central”), Neves, 2011, p. 170-176.

34 Costa, 2012, p. 289-304.

35 Kaufmann, 2013, p. 47-134.

36 Peterson; Teubner, 1998.

a autonomia sociológica (perspectiva científica) – típicas da teoria dos sistemas – e as reflexões sobre a prática jurídica (perspectiva jurídica): “Uma observação científica [sociológica] do direito que integre discursos práticos ganhará um grau significativo de nitidez analítica”³⁷.

Essa reconciliação entre teoria sociológica e prática jurídica representa, em alguma medida, um redirecionamento da perspectiva luhmanniana, que, conforme Bora, adota um discurso que “mantém uma certa distância ambivalente do direito” e foca principalmente nas ideias de “*observação e irritação*”. Tradicionalmente, a teoria dos sistemas valoriza a “autonomia da observação científica sem oferecer um conceito científico de prática que permita uma integração responsiva de discursos prevaletentes no ambiente [entorno] da ciência, especialmente no direito e na teoria jurídica”³⁸.

Uma aproximação entre teoria dos sistemas e pesquisa empírica pode resultar em uma Sociologia do Direito mais responsiva, isto é, mais atenta às reflexões sobre a prática do direito e, ao mesmo tempo, preocupada com os limites e potenciais do sistema científico. Ademais, a referida aproximação também pode contribuir para uma Teoria do Direito e uma Dogmática Jurídica mais responsivas: preocupadas não apenas com a autorreprodução e a autonomia do direito, mas também com os contatos interdisciplinares com a Sociologia, a Economia, a Ciência Política etc., em face dos acoplamentos desse sistema com as mais diversas esferas sociais. Isso poderá contribuir para uma produção de teorias jurídicas ou jurídico-dogmáticas mais sofisticadas do ponto de vista analítico³⁹.

37 Bora, 2016, p. 643-645.

38 Bora, 2016, p. 639-640.

39 Historicamente, a literatura tem identificado deficiências metodológicas nas pesquisas produzidas pelas Faculdades de Direito brasileiras, que se limitariam à reprodução do legalismo oficial, atado a um “dogmatismo estrito”, mediante a “tradicional pesquisa bibliográfica” e os “estudos de exegese normativa ou repertórios de jurisprudência”. A contraposição a esse positivismo normativista seria encontrada em um jusnaturalismo caracterizado pela “crítica ideológica ao direito legislado”. Faltariam, por exemplo, investigações mais aprofundadas sobre as origens históricas, as implicações sociais e a efetividade das normas jurídicas (Faria; Campilongo, 1991). Em muitos casos, as pesquisas jurídicas apenas repetem a lógica das atividades profissionais dos pesquisadores, que também são juizes, advogados, promotores etc. (OLIVEIRA, 2015), assumindo a forma de pareceres jurídicos (Nobre, 2009). Registre-se, contudo, que esse diagnóstico de desdiferenciação entre pesquisa e prática jurídica também está presente, por exemplo, em países como os Estados Unidos, onde as técnicas persuasivas da advocacia estão presentes mesmo nas pesquisas empíricas em Direito (Epstein; King, 2013).

4. Uma proposta teórico-metodológica para as pesquisas em Direito

A teoria dos sistemas pretende romper com a tradição sociológica da “velha Europa”, razão pela qual, como destaca Mascareño, não pode continuar adotando os instrumentos metodológicos presos àquela tradição⁴⁰. Uma Sociologia que, como visto na seção anterior, pretende contribuir para a autodescrição da sociedade “deve desenvolver ideias metodológicas e de teoria do conhecimento adaptadas a isso”. Daí a importância do desenvolvimento de estratégias de pesquisa consistentes com o caráter construtivista e autológico do referencial teórico sistêmico⁴¹.

Um dos caminhos que se abrem é justamente desenvolver “um método de investigação empírica de raiz sistêmica”, isto é, uma metodologia empírica que seja coerente com o referencial da teoria dos sistemas⁴².

Diante desse cenário, pode-se testar um modelo de observações multiníveis e multissistêmicas, já que “toda tentativa de descrever a sociedade com base em apenas uma distinção leva a um contraste exagerado e irreal”⁴³. Esse modelo se relaciona com a já citada distinção dos tipos de sistemas sociais: sociedade (e seus sistemas funcionais), organizações e interações.

Trata-se de uma estratégia para a restrição do “grau de generalidade na aplicação da teoria dos sistemas” por meio de uma “redução da escala de observação”⁴⁴. Isso permite que “as lentes sociológicas da teoria dos sistemas”, que são “comumente orientadas para a análise do sistema global da sociedade e seus sistemas funcionais”, sejam ajustadas ou calibradas para análises de sistemas organizacionais e interacionais⁴⁵.

As investigações empíricas baseadas na teoria dos sistemas costumam adotar metodologias qualitativas que, em alguma medida, observam as comunicações produzidas nos três diferentes tipos de sistemas sociais mencionados. Como “o acesso aos sistemas funcionalmente diferenciados da sociedade não é direto”, o caminho menos problemático é “o acesso das técnicas qualitativas a sistemas de menor complexidade, como organizações e interações”⁴⁶.

40 Mascareño, 2007.

41 Luhmann, 2007, p. 897.

42 Mascareño, 2007.

43 Luhmann, 2013, p. 43.

44 Villas Bôas Filho, 2009, p. 331.

45 Fonseca, 2019, p. 44.

46 Flores Guerreiro, 2009, p. 67.

Para tanto, recorre-se a técnicas variadas, como estudo de caso, análise documental, análise do discurso, entrevista, grupo focal, observação direta etc. Tais técnicas permitem a coleta de dados e evidências não apenas sobre os sistemas mais concretos (organizações e interações), mas também sobre os sistemas mais abstratos (sociedade e sistemas funcionais). Com isso, pode-se ter uma pesquisa empírica teoricamente orientada, em que são buscadas tendências relevantes e significativas nas operações e relações dos sistemas sociais com o auxílio do referencial teórico sistêmico⁴⁷.

O desafio da abordagem multinível e multissistêmica aqui proposta está justamente em aliar as referências mais abstratas do sistema da sociedade e seus sistemas funcionais (análises macrosociológicas) com os dados empíricos ligados aos sistemas organizacionais e interacionais (análises microsociológicas). Essa abordagem é coerente com a teoria dos sistemas de Luhmann, já que leva em consideração os “diferentes níveis de realidade” descritos pela teoria:

A teoria dos sistemas sociais nos permitirá fazer essa distinção entre microárea e macroárea de alguma forma mais precisa. O que nós temos aqui são diferentes níveis e processos de formação de sistema sendo realizados simultaneamente e com referência uns aos outros. No nível de interação, os sistemas sociais surgem porque a comunicação implica seleção e a presença de outras pessoas torna inevitável a comunicação. No nível da sociedade, os sistemas sociais surgem devido ao fato de que, em toda a interação, deve assumir-se que os participantes também atuam em outras relações sociais. A sociedade – como a totalidade de todas as ações e experiências comunicativamente disponíveis (porém indiretamente realizáveis) – é, em si, um sistema social; também se baseia em estruturas seletivamente constituídas – na sua ‘autoimplicação’ – e em limites que excluem um ambiente estranho⁴⁸.

Como visto na seção anterior, além do sistema global da sociedade e dos sistemas interacionais há, ainda, um terceiro tipo de sistema social: as organizações. Esse último tipo de sistema, em diversos casos, “é (por assim dizer) inserido entre o sistema da sociedade e os sistemas de interação individual”⁴⁹. Pensemos, por exemplo, em uma reunião de professores (sistema

47 Besio; Pronzini, 2011, p. 21-22.

48 Luhmann, 2015, p. 235.

49 Luhmann, 1982, p. 75.

interacional), no âmbito de uma escola (sistema organizacional), que, por sua vez, integra principalmente o sistema da educação (sistema funcional da sociedade).

Esses três tipos de sistemas sociais, consoante Luhmann, correspondem “aos mais importantes centros de gravidade da pesquisa sociológica contemporânea”: teoria das interações, teoria das organizações e teoria da sociedade. Caberia à teoria dos sistemas “relativizar e integrar essas três distintas avenidas da pesquisa sociológica. Como uma consequência, torna-se impossível construir qualquer uma das três perspectivas como absoluta ou autossuficiente”⁵⁰.

Segundo Luhmann, embora seja necessário escolher um sistema de referência, isso não significa que os projetos de pesquisa devam restringir-se apenas a tal sistema: “é possível considerar vários [sistemas] ao mesmo tempo (embora isso, com certeza, signifique rapidamente aumentar complexidade tanto da orientação analítica quanto da apresentação verbal).” Do contrário, ficaríamos “com teorias de complexidade inadequada”⁵¹.

O exemplo da reunião de professores em uma escola pode ser novamente útil. As comunicações educativas certamente são centrais em tal contexto organizacional e interacional. Contudo, podemos observar também comunicações econômicas (principalmente em escolas privadas), políticas (notadamente em escolas públicas), religiosas (em escolas confessionais), jurídicas (em razão das relações jurídicas ali estabelecidas) etc.

A teoria geral dos sistemas sociais, segundo o autor, tem a capacidade de “formular conceitos muito abstratos e ‘condições-limite’ para a análise da realidade social.” Ela “pode clarificar como (em princípio) sistemas sociais se constituem através de processos de autosseleção e formação de fronteiras”. Esse programa de pesquisa “não está, evidentemente, livre de todas as grandes dificuldades e complicações. No entanto, parece prover um acesso realista à realidade social”, ou melhor, uma reconstrução mais complexa de tal realidade⁵².

Um exemplo de abordagem multinível aplicada ao sistema jurídico que se baseia no referido programa de pesquisa sistêmico pode ser encontrado nas análises de Barros sobre a argumentação consequencialista no direito

50 Luhmann, 1982, p. 71.

51 Luhmann, 2015, p. 237.

52 Luhmann, 1982, p. 76-78.

brasileiro⁵³. O autor desenvolve uma pesquisa de jurisprudência preocupada com o tipo de discurso que é produzido nos tribunais. Sua proposta envolve uma Sociologia da Decisão Jurídica que teria “uma afinidade holística” e seria “interessada em compreender a variedade dos processos de tomada de decisão”. Mediante a análise dos argumentos apresentados nos votos dos magistrados, Barros observa como o tribunal (e não apenas o sistema jurídico ou as interações individuais) preocupa-se com o impacto de suas decisões na sociedade. Observa-se que, por exemplo, em determinados casos, o tribunal avalia argumentos não jurídicos ou, ainda, demora para decidir diante de um suposto prejuízo à sociedade que pode resultar da decisão⁵⁴.

O caso dos expurgos inflacionários dos planos econômicos (Cruzado, Bresser, Verão, Collor I e II) ilustra bem o ponto, já que é possível observá-lo a partir dos problemas que se colocaram no âmbito organizacional. No Supremo Tribunal Federal, o processo foi marcado por uma disputa de pareceres econômicos, sobretudo capitaneada por diversos *amici curiae*, além de uma desorientação da corte, que não conseguia operar adequadamente com os argumentos econômicos mobilizados⁵⁵.

Em grande medida, a solução encontrada para o caso foi alcançada pela via extrajudicial, operacionalizada por bancos e organizações em defesa dos consumidores. Uma análise dos argumentos adotados nos diferentes processos dos expurgos inflacionários permite constatar a dificuldade da corte com as questões econômicas. Alegava-se que uma decisão favorável aos poupadores poderia levar à quebra do sistema financeiro no país⁵⁶. Por isso, observou-se a necessidade da intervenção de outras organizações que fossem capazes de encontrar uma solução alternativa à via judicial.

53 Barros, 2018.

54 Barros, 2018a, p. 540.

55 Barros, 2014.

56 Em grande medida, a discussão girou em torno do parecer da Confederação Nacional do Sistema Financeiro (CONSIF) e dos questionamentos das entidades de defesa dos consumidores: “Quanto ao argumento do risco sistêmico, [as entidades] sustentam que [...] carece de fundamento consistente, já que as provisões são superdimensionadas pela CONSIF. Com base em outros estudos, as entidades argumentam que os lucros auferidos pelos bancos, em razão do dinheiro não repassado aos poupadores, atingiria à época a monta de R\$200 bilhões de reais. Em suma, é possível verificar um embate entre argumentos econômicos. A CONSIF enumera dados e descreve supostos valores a serem desembolsados pelos bancos, levantando a questão do impacto econômico que poderá ser causado caso o STF decida de forma favorável aos poupadores. Ao mesmo tempo, as entidades de defesa do consumidor apresentaram outros dados que sustentam a não ocorrência de nenhum tipo de risco ao sistema financeiro, acarretando numa disputa entre pareceres de especialistas” (Barros, 2014, p. 10).

A análise das comunicações organizacionais no caso dos planos econômicos ilustra o modo como a teoria dos sistemas pode contribuir para uma conciliação entre teoria e prática/empíria, especialmente no campo das pesquisas interdisciplinares em Direito. Verifica-se como, a partir de uma recalibração das lentes da teoria dos sistemas para a análise de organizações ou interações, pode-se produzir novos conhecimentos sobre a relação entre sistemas funcionais como direito e economia⁵⁷.

Isso, certamente, pode contribuir para a produção de pesquisas em Direito mais responsivas, sejam elas ligadas aos campos mais crítico-reflexivos, como a Sociologia do Direito e a Teoria do Direito, sejam elas vinculadas à Dogmática Jurídica. O diálogo interdisciplinar entre tais áreas é importante para uma produção de conhecimento em torno do sistema jurídico.

A Sociologia do Direito pode se aproximar da prática mediante análises das reflexões produzidas pela Teoria do Direito e pela Dogmática Jurídica, bem como por meio de pesquisas empíricas voltadas para a compreensão das operações do sistema jurídico em sua relação com outros sistemas sociais (funcionais, organizacionais e interacionais).

Além disso, a Teoria do Direito e a Dogmática Jurídica também podem se beneficiar do contato interdisciplinar com a Sociologia do Direito e com outras disciplinas crítico-reflexivas voltadas à compreensão dos fenômenos jurídicos. Esse contato pode resultar em uma maior sofisticação analítica para tais instâncias reflexivas do sistema jurídico. Com isso, não se abre mão da preocupação com os textos e conceitos jurídicos, isto é, com a consistência jurídica (fechamento operacional do direito), mas são valorizadas também as referências externas, que permitem a adequação social de tais perspectivas teóricas (abertura cognitiva do direito)⁵⁸.

Não se defende aqui uma juridicização da Sociologia ou uma sociologização do Direito⁵⁹, mas, sim, a percepção das “interdependências recíprocas” das “diferentes racionalidades sociais” autônomas. Por exemplo, a Dogmática Jurídica pode ser desafiada pela Sociologia do Direito, cujas construções teóricas e análises empíricas passariam pelos filtros do direito para produzir inovações normativas inspiradas sociologicamente. Não se trata de uma transposição automática de construções de uma disciplina

57 Barros, 2018a.

58 Fonseca, 2016, p. 136-150.

59 Neves, 2005.

para a outra, mas de um “complexo processo de tradução”, que pode passar inclusive por instâncias reflexivas intermediárias como a Teoria do Direito⁶⁰.

Desse modo, o modelo multinível e multissistêmico aqui sugerido está ligado à busca por ideais como os de interdisciplinaridade e responsividade na pesquisa em Direito. Com base na teoria dos sistemas e em sua epistemologia construtivista, propõe-se uma agenda de pesquisa empírica em Direito que, em alguma medida, relativize dicotomias clássicas como teoria e empiria/prática, sujeito e objeto, dedução e indução. Trata-se de uma proposta aderente à ideia de métodos cibernéticos (circulares), que pressupõem uma constante revisão dos pontos de partida e de chegada das pesquisas. Tais pontos podem ser constantemente construídos e reformulados a partir dos conceitos teóricos e dados empíricos levantados e analisados ao longo das pesquisas.

5. Conclusão

A partir da teoria dos sistemas, a ciência pode ser descrita como um sistema funcional que opera na sociedade moderna com base em uma racionalidade própria. Essa lógica interna pode ser descrita mediante a mobilização de conceitos como os de código, função e programa: a ciência mobiliza os valores verdadeiro e falso (código) para produzir novos conhecimentos (função) com base em teorias e métodos (programas).

A verdade não representa aqui o acesso à realidade (ao ambiente externo à ciência), mas apenas um dos lados do código binário desse sistema. O conhecimento não é um processo de descoberta, mas de reconstrução do ambiente externo com base na lógica própria (interna) do sistema científico.

Na proposta apresentada por este trabalho, a produção de novos conhecimentos sobre o sistema jurídico pode se beneficiar de uma análise multinível e multissistêmica. Os temas e problemas de pesquisa podem se relacionar não apenas com a sociedade mundial e seus sistemas funcionais, mas também com as organizações e interações que se desenvolvem em seu interior.

As comunicações produzidas no âmbito de organizações e interações contribuem tanto para as suas próprias autopoieses (autorreproduções), quanto para a autopoiese da sociedade e dos sistemas funcionais aos quais

60 Teubner, 2015.

estão vinculadas. Por isso, a análise do “particular”, mediante análises empíricas de organizações e interações, contribui para a compreensão do “geral”, isto é, para a teorização sobre a sociedade e seus sistemas funcionais. Por outro lado, o caminho inverso também é verdadeiro: o estudo do “geral”, como a teoria da sociedade, contribui para a compreensão do “particular”, como as investigações empíricas sobre organizações e interações específicas.

A contextualização dos fenômenos jurídicos estudados no âmbito de outros sistemas funcionais e de sistemas organizacionais e interacionais contribui para análises sociológicas e jurídicas mais responsivas. A Sociologia do Direito pode se tornar mais sensível em relação à necessidade de decisão própria do sistema jurídico, ganhando contornos mais práticos. Já a Teoria do Direito e a Dogmática Jurídica podem se tornar mais abertas aos contatos interdisciplinares com áreas como Sociologia, Economia e Ciência Política, refinando as suas bases teóricas e metodológicas e sendo desafiadas pelas construções teóricas e análises empíricas dessas disciplinas.

Com isso, espera-se que as pesquisas em Direito possam tornar-se mais críticas em relação às suas limitações (pontos cegos), sejam elas mais ligadas à racionalidade científica, sejam elas mais associadas à lógica jurídica. O resultado não deve ser a produção de um enciclopedismo ou ecletismo teórico, mas, sim, uma produção de novos conhecimentos que sejam úteis tanto à Sociologia do Direito (enquanto ponte entre a teoria da sociedade e o sistema jurídico), quanto à Teoria do Direito e à Dogmática Jurídica (enquanto instâncias reflexivas do sistema jurídico).

Referências

- BARROS, Marco Antonio Loschiavo Leme de. Consequencialismo e o argumento econômico em juízo: estudo sobre a utilização do argumento do risco sistêmico dos planos econômicos na ADPF 165. *Revista do Mestrado em Direito da Universidade Católica de Brasília: Escola de Direito*, Brasília, v. 8, n. 1, p. 1-24, jan./jun. 2014. 10.18840/1980-8860/rvmd.v8n1p1-24.
- BARROS, Marco Antonio Loschiavo Leme de. Direito e consequência: reflexão para uma sociologia da decisão jurídica. *Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo*, n. 113, p. 535-561, 2018a.
- BARROS; Marco Antonio Loschiavo Leme de; BARROS, Matheus. Os desafios

- e os novos caminhos da pesquisa em direito no brasil. *Revista de estudos empíricos em direito*, v. 5, p. 25-48, 2018. 10.19092/reed.v5i1.177.
- BESIO, Cristina; PRONZINI, Andrea. Inside Organizations and Out. Methodological Tenets for Empirical Research Inspired by Systems Theory. *Historical Social Research*, v. 36, n. 1, 2011. 10.3390/systems5020036.
- BORA, Alfons. Sociology of Law in Germany: Reflection and Practice. *Journal of Law and Society*, v. 43, n. 4, pp. 619-646, dec. 2016. 10.1111/jols.12005.
- BRAECKMAN, Antoon. Niklas Luhmann's systems theoretical redescription of the inclusion/exclusion debate. *Philosophy & Social Criticism*. v. 32, n. 1, pp. 65-88, 2006. 10.1177/0191453706059846.
- BUCHINGER, Eva. Luhmann and the constructivist heritage: a critical reflection. *Constructivist Foundations*, v. 8, n. 1, p. 19-37, Nov. 2012.
- COSTA, Antônio Carlos Luz. Codificação sistêmico-binária do roubo de um canário belga. In: MISSE, Michel; WERNECK, Alexandre (Org.). *Conflito de (grande) interesse: estudos sobre crimes, violências e outras disputas conflituosas*. Rio de Janeiro: Garamond, 2012.
- EPSTEIN, Lee; KING, Gary. *Pesquisa empírica em direito: as regras de inferência*. Tradução Fábio Morosini (coord.). São Paulo: Direito GV, 2013.
- FARIA, José Eduardo; CAMPILONGO, Celso Fernandes. *A Sociologia Jurídica no Brasil*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.
- FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação*. São Paulo: Atlas, 2010.
- FLORES GUERREIRO, Rodrigo. *Observando observadores: Una introducción a las técnicas cualitativas de investigación social*. Ediciones Universidad Católica de Chile: Santiago, 2009.
- FONSECA, Gabriel Ferreira da. *Inclusão e exclusão no Sistema Financeiro Habitacional: uma reconstrução das tensões entre direito e economia a partir da teoria dos sistemas*. 2019. 320 p. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019.
- FONSECA, Gabriel Ferreira da. *Interpretação jurídica no Estado Regulador: observações à luz da teoria dos sistemas e da teoria do direito*. Curitiba: Juruá Editora, 2016.
- KAUFMANN, Jean-Claude. *A entrevista compreensiva: um guia para pesquisa de campo*. Tradução Thiago Abreu e Lima Florencio. Petrópolis, RJ: Vozes, 2013.
- KÜHL, Stefan. Groups, organizations, families and movements: The sociology

- of social systems between interaction and society. *Syst Res Behav Sci*, v. 37, n. 3, p. 496-515, mai./jun., 2020. 10.1002/sres.2685.
- LEYDESDORFF, Loet. Luhmann Reconsidered: Steps Towards an Empirical Research Programme in the Sociology of Communication? In: Colin Grant (ed.). *Beyond Universal Pragmatics: Essays in the Philosophy of Communication*. Oxford: Peter Lang, 2010.
- LUHMANN, Niklas. A Restituição do Décimo Segundo Camelo: Do Sentido de uma Análise Sociológica do Direito. Tradução de Dalmir Lopes Junior. In: ARNAUD, André-Jean; LOPES JUNIOR, Dalmir (Orgs.). *Niklas Luhmann: Do Sistema Social à Sociologia Jurídica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- LUHMANN, Niklas; DE GIORGI, Raffaele. Centro de Estudos do Risco. In: DE GIORGI, Raffaele. *Direito, democracia e risco – vínculos com o futuro*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.
- LUHMANN, Niklas. Communication about law in interaction systems. In: KNORR-CETINA, Karin.; CICOUREL, Aaron. V. (Ed.). *Advances in social theory and Methodology: Toward an integration of micro- and macro-sociologies*. Routledge & Kegan Paul: Boston, London e Henley, 2015.
- LUHMANN, Niklas. “Do que se trata o caso” e “o que se esconde por detrás”: as duas sociologias e a teoria da sociedade. In: LUHMANN, Niklas. *Introdução à teoria dos sistemas*. Tradução Ana Cristina Arantes Nasser. 3 ed. Petrópolis: Vozes, 2011.
- LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. Tradução de Javier Torres Nafarrate. Ciudad de México: Herder e Universidad Iberoamericana, 2005.
- LUHMANN, Niklas. Inclusão e exclusão. In: DUTRA, Roberto; BACHUR, João Paulo (Org.). *Dossiê Niklas Luhmann*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2013.
- LUHMANN, Niklas. Interaction, Organization and Society. In: LUHMANN, Niklas. *The differentiation of society*. Tradução de Stephen Holmes e Charles Larmore. New York: Columbia University Press, 1982.
- LUHMANN, Niklas. *La ciencia de la sociedad*. Tradução de Silvia Pappe, Brunhilde Erker e Luis Felipe Segura. Ciudad de México, Guadalajara, Barcelona: Universidade Iberoamericana, ITESO, Editorial Anthropos, 1996.
- LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*. Tradução de Javier Torres Nafarrate. México: Universidad Iberoamericana, 2007.
- LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito I*. Tradução de Gustavo Bayer. Rio

- de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983.
- MASCAREÑO, Aldo. Sociología del método: La forma de la investigación sistémica. *Iberoforum*, t. 3, v. 2, pp. 1-41, 2007.
- NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. 3 ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011.
- NEVES, Marcelo. Pesquisa interdisciplinar no Brasil: o paradoxo da interdisciplinaridade. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica: RIHJ*, Belo Horizonte, v. 1, n. 3, pp. 207-214, jan./dez, 2005.
- NOBRE, Marcos. Apontamentos sobre a pesquisa em direito no Brasil. *Cadernos Direito GV*, v. 1, n. 1, pp. 3-19, 2009.
- OLIVEIRA, Luciano. A pesquisa sociojurídica: indicações. In: OLIVEIRA, Luciano. *Manual de Sociologia Jurídica*. Petrópolis, RJ: Vozes, 2015.
- PATERSON, John; TEUBNER, Gunther. Changing Maps: Empirical Legal Auto-poiesis. *Social and Legal Studies*, v. 7, n. 4, pp. 451-486, 1998. 10.1177/096466399800700401.
- RIBEIRO, Pedro Henrique. Luhmann fora do lugar? Como a condição periférica da América Latina impulsionou deslocamentos na teoria dos sistemas. *Ci. Soc.*, v. 28, n. 83, p. 105-123, 2013. 10.1590/S0102-69092013000300007.
- TEUBNER, Gunther. Direito e teoria social: três problemas. *Tempo Social*. Brasil, v. 27, n. 2, p. 75-101, dez. 2015. 10.1590/0103-2070201524.
- VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. *Teoria dos sistemas e o direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2009

Recebido em 18 de abril de 2020.

Aprovado em 03 de junho de 2020.

RESUMO: O presente trabalho aborda questões sobre a possibilidade de articular a teoria e empiria na produção científica e do conhecimento no âmbito do Direito, a partir da Teoria dos Sistemas, de Niklas Luhmann. O trabalho propõe pensar a ideia de controle de abstração como maneira de aplicar a Teoria dos Sistemas para fundamentar pesquisas que analisem dados empíricos, de modo a observar e descrever o direito como um sistema de sociedade moderna. O presente estudo atenta-se para defender a possibilidade de articular teoria e empiria, na produção científica no Direito, para isto, é necessário compreender e mobilizar ideias de abstração e de controle de abstração, possibilitando perceber duas abordagens conflitantes sobre mecanismos de como observar a realidade. Enquanto aporte teórico que fundamentou a construção do presente trabalho, é possível mencionar: Niklas Luhmann, Barros, Fonseca, que contribuíram para reforçar a vertente de controle de abstração como forma de aplicação da teoria dos sistemas, de Luhmann, a fim embasar pesquisas de cunho empírico, aliando preocupações epistêmicas e teóricas da abordagem com instrumentos metodológicos. **Palavras-chave:** Pesquisa empírica; Pesquisa em Direito; Teoria dos Sistemas.

SUMMARY: This paper explores the possibility of integrating theory and empiricism in scientific production and knowledge within the field of Law, utilizing Niklas Luhmann's Theory of Systems as a foundation. The study proposes to consider the concept of abstraction control as a means to apply Systems Theory, aiming to analyze empirical data and observe and describe law as a system within modern society. The study emphasizes the need to articulate theory and empiricism in legal scientific production, emphasizing the understanding and application of abstraction and abstraction control concepts. This enables the recognition of two conflicting approaches on mechanisms for observing reality. The theoretical foundation of this work includes scholars such as Niklas Luhmann, Barros, and Fonseca, who have contributed to reinforcing the perspective of abstraction control as a way to apply Luhmann's systems theory in empirical research. This approach combines epistemic and theoretical concerns with methodological tools in the context of empirical research in law. **Keywords:** Empirical Research; Legal Research; Systems Theory.

Teorias feministas pós-estruturalistas: contribuições para a investigação do discurso jurídico no Brasil

*Post structuralist feminist theories: contributions to legal
discourse research study in Brazil*

João Manuel de Oliveira*
Instituto Universitário de Lisboa, Lisboa, Portugal

Maria Juracy Filgueiras Toneli**
Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis – SC, Brasil

Grazielly Alessandra Baggenstoss***
Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis – SC, Brasil

1. Introdução

No Brasil, nos últimos vinte anos, iniciaram-se espaços jurídicos, como academia e tribunais, e fortaleceram-se discussões sobre questões de gênero relacionadas a categorias como mulher, sexualidades e raça. Nos debates, são

* Investigador integrado e professor no ISCTE-Instituto Universitário de Lisboa. Doutor em psicologia social e pesquisa em estudos de gênero e teorias feministas.

E-mail: joao.oliveira@iscte-iul.pt

** Professora titular aposentada, no Programa de Pós-graduação em Psicologia da UFSC, onde leciona e orienta. Doutora em Psicologia Escolar e do Desenvolvimento Humano, com pós-doutorado em Psicologia Social, pesquisadora bolsista PQ1A do CNPq.

E-mail: juracy.toneli@gmail.com

***Professora Adjunta da Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC, lotada no Departamento de Direito e vinculada ao Programa de Pós Graduação Profissional em Direito (PPGPD/UFSC). Doutora em Psicologia Social e Cultura e Doutora em Direito, Política e Sociedade, é pesquisadora no campo de estudos de gênero e processos de subjetivação e coordena o Núcleo de Pesquisas em Direito e Gênero da UFSC.

E-mail grazyab@gmail.com

percebidas contribuições científicas e teóricas feministas, muitas inspiradas em referenciais feministas internacionais, que também fomentaram uma produção brasileira sobre questões de gênero. Nesse período, destacam-se alguns marcos legislativos e judiciais, como a promulgação da Lei Maria da Penha (Lei n. 11.340, de 2006), o reconhecimento da União Estável Homoafetiva (julgamento conjunto da Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI n. 4.227 e da Arguição de Preceito Fundamental – ADPF n. 132 pelo Supremo Tribunal Federal – STF, em 2011), o reconhecimento da Identidade de Gênero (Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI n. 4.275, pelo Supremo Tribunal Federal – STF, em 2018), a equiparação de práticas homotransfóbicas ao crime de racismo (Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, ADO n. 26, pelo Supremo Tribunal Federal – STF, em 2019) e a inserção de protocolos judiciais para o tratamento de mulheres (Protocolo com orientações para a escuta humanizada e não revitimizadora da mulher em situação de violência, lançado em 2021 por integrantes do Ministério Público do Estado de Santa Catarina, da Defensoria Pública do Estado de Santa Catarina, da Ordem dos Advogados do Brasil do Estado de Santa Catarina e da Coordenadoria da Mulher em Situação de Violência Doméstica e Familiar – CEVID, do Tribunal de Justiça de Santa Catarina; e o Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero, lançado pelo Conselho Nacional de Justiça em 2021). Essas e outras referências jurídicas conferem novos significados ao sujeito jurídico no Brasil, pois ampliam a gama de pessoas passíveis de reconhecimento estatal. Isso não ocorre sem reação. Desde o início do governo Bolsonaro, em 2019, houve o fortalecimento do movimento de conservadorismo marcado por fundamentalistas e supremacistas, engendrados em ações coordenadas identificadas como Políticas Ofensivas Antigênero¹ que questionam os direitos reconhecidos e impedem o avanço de discussões sobre pautas políticas necessárias à sociedade brasileira, como o desfacelamento orçamentário para a composição das políticas públicas para mulheres, que já era uma continuidade de governos anteriores; proposições políticas para obstar o aborto legal, reconhecido pela legislação como direito no caso de estupro, risco de morte para gestante e anencefalia, e para impedir os avanços de pautas identitárias, como relacionadas a cotas para pessoas negras e pessoas trans.

1 Abia *et al.*, 2021.

Pelos exemplos mencionados, percebe-se um uso da linguagem para a produção de determinados efeitos na realidade. Na produção e reprodução de sentidos promovidas pelo Direito, as práticas e aplicações interpretativas alteram e reforçam o sentido de sujeito jurídico. Para o presente estudo, pensa-se no direito enquanto tecnologia de gênero, na medida em que organiza relações de poder de caráter heteronormativo e cisnormativo², o que é refletido a partir de uma episteme pós-estruturalista. A orientação pós-estruturalista permite indagar acerca da rigidez das categorias de reconhecimento da condição humana, sua permanência e suas referências. Pela direção escolhida, portanto, o presente texto traz esse questionamento e refutação de delimitações a partir da premissa da recusa de uma noção de sujeito estável. A ideia de sujeito adotada é guiada pela instabilidade, compreendendo que seu significado habita em espaços políticos e é travado nas relações sociais. A conferência de significados a um sujeito convoca à interpelação sobre o corpo e seu processo de subjetivação, tendo em vista que “o indivíduo é o resultado de algo que lhe é anterior e que é esse mecanismo, todos esses procedimentos que vinculam o poder político ao corpo”³. No investimento do poder político ao corpo, o corpo torna-se uma realidade biopolítica disciplinada de acordo com normativas de dominação estatais⁴.

O artigo tem o objetivo de apresentar um panorama de propostas de teorias feministas que pensam sobre o direito, apresentando o feminismo pós-estruturalista como uma matriz epistemológica útil para se estudar o discurso jurídico e para se refletir qual sujeito está sendo produzido, especialmente o sujeito mulher. Com uma proposta pós-estruturalista, utilizando-se como referências Judith Butler, Carol Smart e Alicia Ruiz, observa-se que o direito é uma tecnologia de gênero que produz uma subjetividade jurídica cis-heteronormativa. Para tanto, esta pesquisa se estrutura como uma revisão bibliográfica com uma proposta exploratória em que são reunidas matrizes epistemológicas idealistas e materialistas em contraponto com a pós-estruturalista e traz alguns exemplos do discurso jurídico brasileiro para essa reflexão. Com amparo na epistemologia adotada, o presente trabalho mostra que a ideia do sujeito universal é ilusória e que produz efeitos políticos no campo jurídico e social, tendo como efeitos a limitação de possibilidade de

2 Oliveira, 2017; Vergueiro, 2016.

3 Foucault, 2006, p. 70.

4 Foucault, 1993.

ações de emancipação e produção do outro em posição hierarquicamente inferior à posição do sujeito identificado como hegemônico.

Este escrito, assim, tem o objetivo de apresentar um panorama de propostas de teorias feministas que pensam sobre o direito, apresentando o feminismo pós-estruturalista como uma matriz epistemológica útil para se pensar as práticas jurídicas. Tangencialmente, reflete-se sobre qual sujeito está sendo produzido nessas disputas e tensões legislativas e judiciais ocorridas no Brasil, especialmente no que se refere às normas de gênero. Compreendidas como determinações institucionais ou socialmente obrigatórias, as normas de gênero nos direcionam a fazer um gênero ou outro, a partir da matriz da heterossexualidade hegemônica⁵ e da cisnormatividade⁶. Tal direcionamento é sempre uma imitação do gênero, que também é uma negociação com o poder, de forma que preserve o cumprimento de determinadas normativas, ainda que de maneira parcial⁷. É no desfazimento ou refazimento dessas normas que se localizam os critérios de inteligibilidade dos modos de existência ou convivência. Para a proposta apresentada, o trabalho está dividido em três partes: o primeiro tópico abordará classificações metodológicas de teorias jurídicas feministas, que são categorizadas em razão de suas referências epistemológicas, seguido de explanação sobre teorias jurídicas feministas liberais, teorias jurídicas feministas marxistas e materialistas e chegando a teorias jurídicas de base pós-estruturalista.

Além das normas de gênero, também é utilizada como categoria útil, no sentido foucaultiano, o discurso. O discurso é uma organização de enunciados e de relações que associa elementos para formar um sistema simbólico funcional⁸. Esse conjunto de enunciados e relações operam em um mesmo sistema de formação e de conhecimento: pode-se falar em discurso psiquiátrico, discurso econômico, e discurso jurídico⁹. Nesse entendimento, discurso não se refere a falas, mas a uma forma de organizar técnicas, instituições, maneiras de conduta, modos de produção de conhecimento, as quais determinam e reforçam outros discursos¹⁰. Nessa

5 Butler, 2019.

6 Vergueiro, 2016.

7 Butler, 2018a.

8 Foucault, 2017; Foucault, 2021.

9 Foucault, 2017.

10 Foucault, 2010.

perspectiva epistemológica, não é adequado falar em discursos jurídicos, em seu plural, visto que o direito, como um tipo de discurso, congrega esse conjunto de enunciados que incidem sobre os corpos. Incidindo discursos sobre os corpos, o indivíduo que será subjetivado, ou normalizado, pelas diversas relações de poder que o constituirá como sujeito¹¹.

Esse poder que produz o sujeito não cessa quando da sua constituição; este é um processo contínuo, em que o sujeito está constantemente sendo produzido e sujeitado¹². A constituição do sujeito ocorre em uma teia de relações de poder. Por tal razão, analisar a categoria de sujeito convoca à observação de atos contingenciais que estabelecem as condições de possibilidade para sua constituição.¹³ O sujeito é formado na subordinação ao poder, o que também lhe confere sua condição de possibilidade enquanto a condição de potência ou de capacidade de ação. Isso porque o poder, ao passo que submete o indivíduo à sujeição, também constitui a sua capacidade de ação. Quando o poder modifica o seu estatuto, passando a ser condição de potência, converte-se na própria potência do sujeito¹⁴. O poder, então, é, ao mesmo tempo, exterior ao sujeito e a potência que o rege. Sem o poder, não é possível o surgimento do sujeito; mas o seu surgimento acarreta a dissimulação desse processo de constituição pelo poder¹⁵. A dissimulação consiste na ideia de que o sujeito é o fundador ontológico do poder e oculta mecanismos de sua sujeição, os quais coexistem no próprio sujeito¹⁶. Com o entendimento desse processo de dissimulação, o sujeito adquire a condição de reflexividade e de resistência, podendo iniciar um processo de ruptura de inscrição de novas significações e com a possibilidade de ressignificar os signos discursivos¹⁷.

Para compreender a epistemologia pós-estruturalista e o panorama teórico proposto, é necessário questionar os pressupostos presentes em teorias políticas e jurídicas que se pautam por epistemes estruturalistas nutridas pela Modernidade¹⁸, destacadamente no campo do direito, e que

11 Foucault, 2006; Butler, 2013; 2018a.

12 Butler, 2018b.

13 Butler, 2018a, 2013; Haraway, 2009.

14 Butler, 2018b.

15 Butler, 2018b.

16 Furlin, 2013.

17 Butler, 2009; Furlin, 2013.

18 Amâncio, 1998; Nogueira, 2001.

representam pretensões de legitimação e de exclusão que ocultam operações políticas e naturalizam as estruturas jurídicas como seu fundamento¹⁹. Neste trabalho, assim, revolvem-se algumas premissas teóricas tradicionais e pouco questionadas no campo das teorias jurídicas, que são nutridas por uma episteme idealista.

Nesse intento, deve-se ter uma noção dos processos de produção e naturalização de perspectivas pré ou não políticas na construção das categorias estudadas e na percepção do sujeito²⁰. Pela perspectiva tradicional, essa produção refere-se ao argumento de um período anterior à instituição do poder político ou jurídico, em que já existiria um sujeito, em um plano político idealizado, que chancelaria a institucionalização da lei. Tanto esse sujeito pré-discursivo quanto o idealizado período anterior são elaborados como ficção fundante da própria legitimidade do Estado e do direito²¹. Nesse sentido, o sujeito universal, alocado em uma ordem pré-discursiva, aqui é refutado por encobrir o mecanismo de sua própria constituição por um efeito de autonomia, em que o sujeito tem a ilusão de uma liberdade de existência de si²². A ilusão da autonomia representa o encobrimento de sua constituição dependente e condicionada às relações de poder.

Para este trabalho, o direito é compreendido como um discurso que articula a ideia de sujeito que aqui se refuta, e que estabelece, como obrigatoriedade para o reconhecimento de direitos, a rigidez de normas de gênero alicerçadas em uma matriz moderna colonial. Em uma pretensa neutralidade, o discurso jurídico opera com ideais de universalidade, liberdade e igualdade, organizadas por normativas hegemônicas, e produz a complementaridade dimórfica sexual mulher-homem: o gênero homem, como sujeito, e o gênero mulher, em uma distinção androcêntrica. Dessa perspectiva, a produção de efeitos do direito o constitui como tecnologia de gênero, já que define categorias de inteligibilidade de corpos passíveis de direitos e, por conseguinte, delimita imaginários coletivos e se configura como um sistema normativo que atua definindo subjetividades em articulação com outras tecnologias, como a mídia, a família, a religião²³. Nessa

19 Butler, 2018a.

20 Butler, 2013.

21 Butler, 2018a.

22 Butler, 2013.

23 Lauretis, 1994.

orientação de como existir e conviver, o discurso jurídico, estabelecido por normas generificadas, determina posições sociais estabelecendo como se fazer gênero, interditando, legitimando, excluindo, proibindo condutas²⁴. Como materialidade do discurso jurídico, as práticas que lhe são associadas dinamizam-se, com a mesma organização generificada, dentro das instituições sociais, especialmente nas que cumprem a função educacional, legislativa, administrativa e jurisdicional.

Esta pesquisa, portanto, tem inspiração cartográfica e se estrutura como uma revisão bibliográfica narrativa, com uma proposta exploratória e de ancoragem em alguns fragmentos práticos. Aqui não se pretende a exaustão do tema, nem o estudo de práticas jurisprudenciais, nem mesmo um mapeamento definitivo quanto a teorias feministas jurídicas. O ponto de partida será o meio do direito, no qual se localizam justificativas sobre determinadas construções teóricas para as práticas discursivas no Brasil, em que se utiliza de algumas estratégias de pesquisa na construção do pensamento deste escrito. Na trajetória desse caminho, como exemplificação da proposta, é considerada uma pesquisa em buscador *online* de amplo espectro de publicações (Google Acadêmico), com as expressões “teoria feminista jurídica”, “direito” e “Brasil”, do material publicado nos três últimos anos (2019-2021), para sondar a produção de conhecimento científico na área. Logo, além de pensar o pós-estruturalismo feminista como um posicionamento útil à análise do discurso jurídico, intenta-se, ainda, a sua comparação com outras matrizes epistemológicas estruturalistas e o seu uso em algumas práticas jurídicas.

2. Categorização das teorias jurídicas feministas

Um ponto em comum das teorias jurídicas feministas é a crítica à categoria sujeito jurídico no Estado Moderno, que estrutura a linguagem do direito com premissas liberais, como a suposta neutralidade da subjetividade jurídica, a liberdade individual abstraída de questões estruturais e contingenciais, a falácia de igualdade de oportunidade e conseqüente ilusão da possibilidade de igualdade em contratações econômicas²⁵. Tal linguagem, até meados do século XIX, foi organizada por práticas produzidas quase que exclusivamente

24 Ruiz, 2000.

25 Lacey, 2004.

por homens em países organizados nessa lógica jurídica e estatal modernista²⁶. Orientadas por uma lógica dicotômica, essas práticas produzem a sexualização de determinadas categorias políticas e jurídicas (em feminino e em masculino), hierarquizando-as, de modo que as categorias reconhecidamente femininas seriam inferiorizadas e as categorias masculinas, valorizadas. Por consequência, no campo jurídico, sendo o direito reconhecido como racional e objetivo, seria associado ao masculino e aos homens²⁷. Simone de Beauvoir²⁸ recorre ao conceito de androcentrismo para exprimir este efeito de assimetria simbólica de gênero, como lhe chamará Lígia Amâncio²⁹ – ou seja, os homens vistos como representantes suficientes da espécie humana e as mulheres enquanto experiência particular e sobresexuada.

No contexto norte-americano, as mulheres brancas iniciaram as discussões acadêmicas a respeito da desvalorização das mulheres nas práticas jurídicas na década de 1970, formando uma vertente teórica conhecida como Jurisprudência Feminista³⁰. Foi um movimento recebido com resistência, inclusive sobre a própria produção de conhecimento. Nessa ideia, tais inquietações demoraram mais para se materializar, possivelmente pelo estatuto semântico e político da lei e suas reivindicações de verdade ou, ainda, pelo fato de a dissidência da crítica e de quem a realiza desafiar padrões acadêmicos e as normas de direito na prática profissional, opondo-se e questionando a posição de magistrados, advogados, professores. A investigação de o porquê o direito é tão resistente às críticas e ao feminismo sugere seguir o fluxo de poder, como o poder é exercido dentro do direito, e como suas práticas desqualificam a experiência e o conhecimento de determinadas pessoas³¹.

Da produção feminista na área jurídica encontrada para esta pesquisa, parte dela é produzida com linguagem pautada em premissas estruturalistas que reforçam categorias e efeitos que os próprios movimentos pretendem refutar. Em algumas discussões teóricas feministas do campo jurídico, a categoria “mulher” apresenta-se um tanto quanto intacta, ora com a fusão das categorias sexo e gênero, ora com uma explicação biologizante de sexo como

26 Lacey, 2004.

27 Olsen, 1990.

28 Beauvoir, 2016.

29 Amâncio, 2017.

30 Baer, 2009.

31 Smart, 2002.

categoria corporal ou biológica, e gênero como o significado socialmente construído do sexo. Assim, há a predominância do não questionamento da categoria mulher, fixando-a na imutabilidade do imaginário heteronormativo e cisnormativo. Em outras construções teóricas, ao refletir o sistema sexo-gênero como uma categoria geral para questões jurídicas, apresentando múltiplas posições de sujeitos, há a possibilidade de se pensar o direito de forma dinâmica e como discurso de constituição do gênero³². As teorias jurídicas feministas, desta maneira, acompanham os movimentos sociais e tensionam sobre a centralidade da problemática de análise de gênero.

Nessa variedade teórica, as teorias jurídicas feministas podem ser classificadas em variação com a forma de análise da categoria mulher, pelos objetivos de enfrentamento da questão ou com a matriz epistemológica na qual se embasa. Lacey³³, por exemplo, destaca quatro eixos de diferenciação das teorias: (a) a fusão entre estilo de escrita e a proposta de metodologia; (b) a relação com as teorias de diferença sexual; (c) a apresentação de continuidade de teorias sociais, como teoria autônoma ou relacionada a outras teorias políticas, com a diferença entre as teorias meramente interpretativas e as teorias radicais ou críticas, que estariam inclinadas à reflexão estrutural do direito; e (d) a orientação política, vinculando-se propostas teóricas com ações estratégicas. No cenário latino-americano, são encontradas teorias jurídicas que podem ser associadas a esses eixos. Alicia Ruiz³⁴, em abordagem pós-estruturalista, infere que uma teoria crítica, jurídica ou feminista, desconstrói a noção de sujeito e confronta a tradição filosófica moderna. Considerando que o sujeito está historicamente situado, as premissas liberais, como de liberdade e autonomia, deixam de ser absolutas. Logo, não existe um sujeito livre e autônomo, mas um sujeito que dispõe de liberdade e autonomia em uma ordem social constituída por relações de poder³⁵. Marcela Lagarde Y de Los Ríos³⁶, ao abordar o tema feminicídio, demonstra a importância da investigação de campo para se conhecer as especificidades da violência contra meninas e mulheres. Nesse aspecto, a violência é observada nas relações políticas de gênero entre mulheres e homens, com associação a categorias

32 O'donovan, 1985.

33 Lacey, 2004.

34 Ruiz, 2000.

35 Ruiz, 2000; Ruiz, 2018.

36 Ríos, 2006.

étnicas, etárias, de classe, o que também se reflete na legislação mexicana, pois, após uma análise de conteúdo, foram identificados sentidos misógino ou contrário à igualdade de gênero, Haydee Birgin³⁷ apresenta investigação também relacionada com processos de conformação, questionamento e negociação das categorias políticas com categorias modernas associadas ao discurso jurídico, como democracia. Alda Facio Montejo³⁸ contribui com as inquietações relativas à defesa da neutralidade do discurso jurídico. A autora alerta que o argumento da objetividade do discurso jurídico uma tentativa de excluir o sujeito que pratica algum ato jurídico, mas que, de fato, recorre a uma perspectiva masculina que se coloca como imediatamente objetiva e absoluta. Thula Pires³⁹, inspirada em Lélia Gonzalez, questiona o discurso jurídico e sua produção de sujeito por uma experiência, refletindo sobre esta dimensão como referência para discussões concernentes à formulação de políticas e estabelecimento de direitos humanos. Eunice Prudente⁴⁰, assinalando que construções teóricas fundamentaram processos de escravização, questiona as hierarquias raciais que se estabeleceram com o desenvolvimento das premissas liberais no discurso jurídico, defendendo práticas de escravização. Dora Bertúlio⁴¹, introduzindo a discussão racial no estudo e na prática do direito, também tensionando a base teórica do racismo, sustenta que o Estado tem um duplo papel: de justiça e de reprodutor das relações raciais hierarquizantes, o que constitui o discurso jurídico.

Para este trabalho, não foram localizadas referências brasileiras de categorização de teorias jurídicas feministas nacionais. Da investigação pelo buscador Google Scholar, foram percebidos trabalhos fundamentados em teorias internacionais. Desses, foram recorrentes os estudos que relacionam teorias e movimentos feministas à criminologia; sobre a funcionalidade da Lei Maria da Penha; estudos teóricos pretensamente críticos; escritos no tocante a epistemologias que, mesmo apresentando autorias pós-estruturalistas, não se debruçam sobre a percepção do discurso jurídico, desconsiderando-se as dinâmicas das relações de poder⁴².

37 Birgin, 2000.

38 Montejo, 2006.

39 Pires, 2018.

40 Prudente, 1989.

41 Bertúlio, 1989.

42 Ramos, 2021; Callil; Markman, 2020; Garcia; Azevedo, 2019; Campos; Severi, 2019; Martins; Gayer, 2020; Weigert; Carvalho 2020; Cortina, 2020.

3. Matrizes epistemológicas estruturais

Seguidamente pretendemos compreender as matrizes epistemológicas fundantes das teorias jurídicas feministas liberal, materialista e marxista e, posteriormente, a pós-estruturalista, eixos teóricos que compõem a teoria jurídica feminista contemporânea. Incluiremos os desafios que os feminismos negros e interseccionais colocam e como tencionam tais matrizes.

As teorias jurídicas feministas liberais embasam-se no feminismo liberal, o qual, com seu fundamento no pensamento político liberal associado ao Iluminismo, defende, como ideias centrais, a autonomia, a universalidade, a igualdade de cidadania e de democracia. Também chamado de feminismo da igualdade, o feminismo liberal, dando primazia a valores como racionalidade, neutralidade, autonomia e escolha, sustenta que “se forem dadas às mulheres as mesmas oportunidades educacionais, ocupacionais e políticas [...], elas atingiriam seu verdadeiro potencial e não mais seriam subordinadas aos homens”⁴³. Assim, reconhecem a existência de uma hierarquia do ordenamento jurídico, mas argumentam de forma contrária à sexualização das dicotomias e defendem que as mulheres são tão capazes, tal qual os homens, de exercer atividades com poder intelectual e objetividade⁴⁴. Ao feminismo liberal, são depositadas ações jurídicas que beneficiam as mulheres, como direito ao voto, direito à educação, direito ao trabalho, representando uma forma de tentar reparar por décadas, em diversos locais, o tratamento discriminatório contra as mulheres. Contudo, o feminismo liberal apresenta limitações e contradições não reconhecidas referentes à ideia de sujeito jurídico liberal, como a forma com que os direitos são elaborados e a sua própria linguagem, que é referenciada como instrumental à realidade, e não sua constituinte⁴⁵. Reveste-se, assim, de caráter subsidiário de uma teoria jurídica liberal. No Brasil, a episteme de uma teoria jurídica feminista liberal é observada nas discussões a respeito de efetividade do sistema de justiça, cuja preocupação é otimizar o funcionamento dos processos a fim de que sejam céleres e consigam cumprir a sua finalidade. A categoria mulher é, portanto, produzida e reforçada em sua associação como vítima, especialmente na primazia temática conferida às discussões sobre sua posição: no

43 McLaren, 2016, p. 17.

44 Olsen, 1990.

45 Lacey, 2004.

campo relacionado a crimes. Isso se verifica também com os protocolos lançados em 2021, mencionados anteriormente. Ainda, com a rigidez da categoria mulher, em que se associa “gênero” a “meninas e mulheres”⁴⁶, há a incorporação da lógica universalidade, heteronormativa e cisnormativa em seu significante. A permanência da categoria é ainda encontrada nas discussões acerca de quem é a pessoa protegida na Lei Maria da Penha, em que se coloca em questão a abrangência do direito para as mulheres trans e a aplicação da lei ou não na hipótese de violência entre um casal de mulheres cisgêneras⁴⁷.

Algumas teóricas jurídicas inspiraram-se no feminismo socialista para produzirem uma epistemologia estruturalista e materialista da sociedade, sustentando a ideia de opressão das mulheres semelhante ou análoga à posição marxista de classes. Deste modo, tais teorias aliam a luta de classes com a luta das mulheres e voltam suas reflexões para o questionamento do sistema capitalista⁴⁸. Na formulação teórica de uma estrutura fundamentada na divisão social fundamental (seja classe, sexo, raça), defendem que a opressão ou subordinação é um efeito dessa diferença. As referidas teorias insistem em uma visão unitária da diferença de sexo, o que seria a origem e a justificativa de submissão das mulheres. Assim, essas propostas se inserem, tal qual o próprio marxismo, como uma teoria monolítica, em que uma complexidade imanente e possibilidades imaginativas são reduzidas a um conceito explicativo⁴⁹.

Utilizando-se da ideia marxista de divisão sexual, com o reconhecimento da hierarquização entre homens e mulheres em uma ideia de divisão sexual⁵⁰, a feminista radical Catharine MacKinnon⁵¹ desenvolve uma construção teórica comparando o sexo com o trabalho, em sua equivalência teórica do feminismo e marxismo, respectivamente. Pretendeu que o desenvolvimento da teoria feminista partisse das próprias mulheres, em sua experiência e perspectiva⁵², contudo, não só não enfrentou o essencialismo do gênero nem no questionamento moralizante do direito, como se aliou a vertentes

46 Conselho Nacional de Justiça, 2021.

47 Correa *et al.*, 2020; Souza, 2020.

48 Oliveira, 2019.

49 Lacey, 1998.

50 Olsen, 1990.

51 Mackinnon, 1982.

52 Goldstein, 1992.

conservadoras contrárias ao trabalho sexual e a discussões sobre transgêneridade⁵³. Igualmente feminista radical, Andrea Dworkin é referência teórica que se alia ao debate conservador ao não reconhecer a prostituição como um trabalho, mas como um abuso⁵⁴.

No Brasil, uma categoria teórica recorrente da matriz, é o patriarcado. O patriarcado aparece no Protocolo para Julgamento em Perspectiva de Gênero⁵⁵ equiparado à expressão “dominação masculina”, o que revela uma estrutura monolítica, heteronormativa e cisnormativa do que se entende como gênero, por mais que sejam tentadas discussões interseccionais. No Conselho Nacional do Ministério Público, em 2021, foi lançada a Ouvidoria Nacional do Ministério Público como canal especializado para “receber denúncias de violência doméstica e familiar”. No Ministério Público do Estado do Espírito Santo, por sua vez, a implantação de uma ouvidora é justificada no “comportamento patriarcal da sociedade”. Expressões vinculadas à “ordem patriarcal” também aparecem em alguns dos estudos teóricos brasileiros encontrados no buscador, bem como a categoria “divisão sexual do trabalho” na discussão relativa ao exercício das atividades associadas ao cuidado.

No contexto jurídico norte-americano, têm-se debates que rebatem essas posições essencialistas e excludentes⁵⁶. Angela Harris⁵⁷, por exemplo, apresenta as limitações das feministas radicais e culturais pelo reiterado essencialismo de gênero e pela noção de experiência unitária e isolada. Defende que a raça é um componente central das identidades das mulheres racializadas e que as experiências aventadas pelo feminismo cultural e a objetificação sexual das mulheres enfatizadas por feministas radicais são mediadas por um contexto racial para algumas mulheres, mas não para outras. Kimberlé Crenshaw também se destaca, com o reconhecimento de que a discriminação de raça e de gênero não são fenômenos mutuamente excludentes, e a proposta da categoria da interseccionalidade, com “um modelo provisório de várias formas de subordinação que refletem os efeitos interativos das discriminações”⁵⁸ desses marcadores sociais. No mesmo sentido, Patricia Cain⁵⁹ alerta para a

53 Mackinnon, 2015.

54 Dworkin, 2016.

55 Conselho Nacional de Justiça, 2021.

56 Nash, 2002; Lacey, 2004.

57 Harris, 1990.

58 Crenshaw, 2002.

59 Cain, 1988.

preponderância dada à diferença do binarismo de gênero em detrimento das questões ligadas à raça e a outras relações acerca da sexualidade. Desta forma, questiona se as mulheres heterossexuais entendem o papel da heterossexualidade para a manutenção do patriarcado. Assim, sugere, apoiando-se em Adrienne Rich⁶⁰, que a heterossexualidade seja entendida, para as teorias jurídicas, como uma instituição e não apenas como uma forma dominante de sexualidade. Igualmente alertando para a limitação das teorias feministas, Judith Baer⁶¹ desenvolverá críticas ao conceito de discriminação no direito norte-americano no campo das mulheres com deficiências.

Nesse panorama, determinadas categorias não são questionadas, sendo presumidas como naturais e reproduzidas no discurso jurídico, como “mulher”, “homem”, “sexo”, “diferença sexual”⁶². Propor o questionamento do que isso realmente significa para nós, avaliando-se os corpos atingidos por uma definição excludente ou limitada, ajuda-nos a refletir sobre quais sujeitos produzimos no discurso jurídico.

4. A proposta pós-estruturalista para a compreensão da constituição do direito, do sujeito jurídico e seus efeitos

A matriz epistemológica do pós-estruturalismo é utilizada por teorias jurídicas feministas para refletir sobre os efeitos do discurso jurídico, sobretudo na produção de sujeitos. O conjunto dessas teorias jurídicas feministas é denominado por Lacey⁶³ como teoria jurídica feminista contemporânea, ou também denominada crítica feminista do direito. Identificada como vertente do feminismo da diferença, tais teorias rejeitam metateorias ou grandes narrativas e mostram uma combinação de reivindicações ético-políticas, que identifica a economia política de corpos a partir do sistema sexo-gênero, com efeitos de opressão ou discriminação, e que reconhece como o direito legítima o arranjo discriminatório. Para o presente escrito, são referências jurídicas dessa episteme Carol Smart, Alicia Ruiz e Haydee Birgin. Partem de uma crítica ao direito moderno, mas ali não se restringe, buscando contrapor noções essencializadoras e cartesianas de teorias políticas e jurídicas que articulem definições predeterminadas, reducionistas da condição humana.

60 Rich, 1993.

61 Baer, 1999.

62 Oliveira, 2009.

63 Lacey, 2004.

Dialogam com importantes linhas teóricas e movimentos político-acadêmicos como a teoria crítica da raça, pós-estruturalismo, pós-colonialismo e psicanálise, construindo reflexões acerca do conteúdo e da forma de organizar o quadro conceitual de direitos, destacando-se o pensamento de Judith Butler, Gayatri Spivak e Donna Haraway. Com tal entendimento, Smart⁶⁴, por exemplo, define o direito como parte de um estatuto de um processo político, cujas práticas produzem efeitos. Dos efeitos produzidos, há a produção de subjetividades e a produção de posições de sujeitos:

Toma-se, por exemplo, a categoria de *bastardo*, que chegou a ser a categoria de ilegitimidade do século XX. Esta não foi somente uma categoria legal-jurídica, mas também um posicionamento econômico e uma condição patológica. Por meio desta categoria legal, criamos crianças em uma situação de desvantagem e adultos deserdados⁶⁵.

O discurso jurídico geralmente está associado a discursos científicos, que conferem força a determinadas crenças e moralismos sobre a inferioridade das mulheres associados a seus corpos, muitas vezes por via da exclusão e da patologização, especialmente nos discursos da ciência, da medicina, da psicanálise, que operam diferenças de gênero assumidas como naturais. Além da naturalização das diferenças, também as idealizam a partir de uma lógica de modelos heteronormativos e cisonormativos. Por conseguinte, em propostas teóricas irrefletidas sobre tais efeitos, constrói-se a categoria de “uma *outra* Mulher, que não era semi-incapaz (classe média) nem sexualmente licenciada e pervertida (classe trabalhadora)”⁶⁶.

Como um dispositivo de poder ou uma tecnologia de gênero⁶⁷, o discurso jurídico consiste num sistema normativo que atua definindo subjetividades, articulado a outras tecnologias, como a mídia, a família, a religião. As práticas atreladas ao Direito, orientadas pelas normas de gênero que formam o seu estatuto, constituem os sujeitos, coloca-os diante de determinadas posições sociais, marcando-os com certos comportamentos, atributos, papéis. Assim, interdita, legítima, exclui, proíbe condutas, e também permite outras condutas. O Direito, e toda a sua complexidade linguística e prática, cria e repete

64 Smart, 2000.

65 Smart, 2000, p. 31-32.

66 Smart, 2020, p. 1.432.

67 Lauretis, 1994.

o gênero, na medida em que define as diferenças de gênero que organizam o masculino e o feminino, pela heteronormatividade e pela cisnormatividade, com características opostas e contraditórias, legítima ou não as relações; controla, restringe ou justifica o exercício da sexualidade. Nesse aspecto, o Direito produz o sentido estereotipado de mulher, do qual as normas jurídicas conferem ou negam direitos às mulheres⁶⁸. Ainda, a instituição jurídica tem gênero porque uma mesma prática adquire significados distintos para homens e mulheres por ser lida por meio de discursos distintos⁶⁹. Aí, faz-se necessário compreender a forma com que o gênero opera no direito e ajuda a construí-lo. Enquanto uma tecnologia de gênero, na medida em que atribui significações aos corpos a partir do dispositivo da sexualidade, disciplina como os corpos devem se comportar, como devem se apresentar e como deverão ser tratados pelos outros sujeitos em determinadas posições sociais. Também disciplina quais são as sanções, “coerções imediatas sob o signo da violência material ou na difusão e iteração de imagens, procedimentos, regras, representações que as flexionam em direção”⁷⁰ a um modelo generificado. Avaliar a lógica de gênero pelo prisma individual é reforçar uma lógica cis-heteronormativa, o qual conta com o véu da homonormatividade⁷¹ para que os corpos dissidentes de gênero continuem em práticas binárias, excludentes e violentas. Deve-se superar o paradigma liberal de escolhas e preferências e perceber o sujeito submerso em práticas que orientam, estruturalmente, a hierarquização de práticas e saberes. Para tanto, é preciso perceber a heteronormatividade e a cisnormatividade como organizações políticas que buscam estabilizar aquilo que é dinâmico e instável: a vida. No sistema de gênero, assim como o recurso ao “papel da mulher” é um recurso do poder econômico, ideológico e político⁷², da mesma forma, o enquadramento de corpos dissidentes à lógica individualista das práticas jurídicas atuais representa uma submissão a um formato ortopédico da vida que as desencarna de sua própria condição de sujeição.

68 Ruiz, 2000.

69 Smart, 2000.

70 Duque; Prando, 2019.

71 Oliveira, 2013.

72 Wittig, 2006.

5. Conclusão

Da investigação realizada para a produção deste trabalho, não se percebe, no espaço jurídico brasileiro, vertente teórica feminista consolidada que se proponha a pensar analiticamente os efeitos do direito, o que demanda um processo de reflexão acerca da própria formação científica e jurídica e da realização de pesquisas de campo. Nisso, tentativas de incorporação de categorias teóricas de outros contextos são interessantes, desde que se reflita com relação à realidade brasileira. Portanto, é a teoria que está em função da realidade, e não o contrário – e, para integrar a realidade na análise, é necessária a incorporação de estratégias de sua percepção que ponha em xeque as premissas do modelo moderno de direito, estado e sujeito. Determinadas matrizes epistemológicas aqui mencionadas produzem uma formação orientativa de realidade que ignora a produção de efeitos. No entanto, o fato de ignorarem aspectos da realidade não as isenta da assunção de uma perspectiva epistemológica que produz efeitos fortalecendo um sistema hegemônico que enquadra corpos de maneira entorpecedora e excludente. Nisso, há uma conveniência política e uma assunção daquilo que as próprias teorias ensaiam, de alguma forma, refutar. Dessa ausência de reflexão, observa-se uma produção e a naturalização de perspectivas pré ou não políticas na construção das categorias e na percepção do sujeito que se refere à criação de um imaginário de um período anterior à instituição do poder jurídico, em que já existiria um sujeito autorizador da constituição da lei. A reflexão da realidade pelo viés pós-estruturalista demanda um distanciamento de procedimentos propostos pelas pesquisas positivistas ou cartesianas, que invocam uma posição universalista e metafísica do sujeito universal. Desta maneira, a localização do sujeito como universal é ilusória, mas produz efeitos políticos no campo jurídico. Esse exercício faz-se necessário para compreender processos de subjetivação, principalmente no campo do saber-poder do Direito, e verificar diálogos com esse território e os sujeitos produzidos em tal campo. Nessa conexão ético-política, as teorias jurídicas feministas contemporâneas, por perceberem como as normas de gênero organizam relações de poder-saber, apontam ferramentas úteis para se refletir o discurso jurídico, sobretudo no contexto vivenciado no Brasil.

Referências

- ABIA *et al.* *Ofensivas antigênero no Brasil: políticas de estado, legislação, mobilização social.* São Paulo: SXPolitics, 2021. Disponível em <https://sxpolitics.org/ptbr/wp-content/uploads/sites/2/2021/10/E-book-SO-GI-21102021.pdf>. Acesso em 22 de dezembro de 2021.
- AMÂNCIO, Lígia. Sexismo e racismo: dois exemplos de exclusão do outro. In: Araújo, H. G.; Santos, P. M.; Seixas, P. C. (coord.). *Nós e os outros: a exclusão em Portugal e na Europa.* Porto: SPAE, 1998.
- AMÂNCIO, Lígia. Assimetria simbólica. Breve história de um conceito. In: OLIVEIRA, João Manuel de; AMÂNCIO, Lígia. *Gêneros e sexualidades: interseções e tangentes.* Lisboa: CIS-IUL, 2017.
- BAER, Judith A. *Feminist Theory and the Law.* The Oxford Handbook of Law and Politics. Oxford Handbooks Online, 2009.
- BAER, Judith. *Our lives before the law: constructing a feminist jurisprudence.* Princeton, NJ: Princeton University Press, 1999.
- BEAUVOIR, Simone de. *O segundo sexo.* Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2006.
- BERTULIO, Dora Lúcia de Lima. *Direito e relações raciais: uma introdução crítica ao racismo.* Dissertação (Mestrado em Direito), Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 1989.
- BIRGIN, Haydée (coord.). *El derecho en el género y el género en el derecho.* Buenos Aires: Editorial Biblos, 2000.
- BUTLER, Judith. Fundamentos contingentes: o feminismo e a questão do “pós-modernismo”. *Cadernos Pagu*, n. 11, p. 11-42. 2013.
- BUTLER, Judith. *Problemas de gênero: feminismo e subversão da identidade.* Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2018a.
- BUTLER, Judith. *A vida psíquica do poder: teorias da sujeição.* Tradução: Rogério Bettoni. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2018b.
- CAIN, Patricia. Feminist jurisprudence: grounding the theories. *Berkeley Women's Law Journal*, v. 4, n. 191, p. 191-214. 1988.
- CALIL, Mário Lúcio Garcez; MARKMAN, Debora. A teoria feminista do direito e suas demandas. *Revista Direitos Democráticos & Estado Moderno*, n. 1, pp. 78-94. 2020. 10.23925/ddem.v0i1.49385.
- CAMPOS, Carmen Hein de; Severi, Fabiana Cristina. Violência contra mulheres e a crítica jurídica feminista: breve análise da produção acadêmica brasileira. *Revista Direito e Práxis*, v. 10, n. 2, pp. 962-990, 2019.

- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Protocolo para julgamento com perspectiva de gênero*: Grupo de Trabalho Portaria CNJ n. 27, de 02.02.2021. Disponível em https://ajufe.org.br/images/2021/pdf/Protocolo_18-10-2021-Final.pdf. Acesso em 22 de dezembro de 2021.
- CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. *Ouvidoria das Mulheres é lançada no Ministério Público do Estado do Espírito Santo*. Disponível em <https://www.cntp.mp.br/portal/todas-as-noticias/14727-ministerio-publico-do-estado-do-espírito-santo-lanca-ouvidoria-das-mulheres>. Acesso em 29 de dezembro de 2021.
- CORREA, Crishna *et al.* Violência doméstica e subjetividades: Lesbianidades e transgêneridades no contexto da lei Maria da Penha. *Anais do VI Simpósio Gêneros e Políticas Públicas*, n. 6, pp. 2102-2119. 2020.
- CORTINA, Monica Ovinski de Camargo. 2020. *Violência de gênero como categoria jurídica do direito brasileiro nos casos de violência doméstica contra as mulheres, a partir das teorias feministas do direito*. Tese de Doutorado em Direito. Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina. Disponível em <https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/226771>. Acesso em 31 de janeiro de 2021.
- CRENSHAW, Kimberlé. Documento para o encontro de especialistas em aspectos da discriminação racial relativos ao gênero. *Revista de Estudos Feministas*, ano 10, pp. 171-188. 2002.
- DUQUE, Ana Paula; PRANDO, Camila Cardoso de Mello. Direito como tecnologia de gênero: a tortura contra as mulheres nos inquéritos militares (1964-1979). *Universitas IUS*, v. 27, n. 2, p. 57-65. 2016.
- DWORKIN, Andrea. *Prostitution and male supremacy*. S. l.: 2016. Disponível em <http://www.nostatusquo.com/ACLU/dworkin/MichLawJourI.html>. Acesso em 31 dezembro 2021.
- FACIO, Alda. A partir do feminismo, vê-se um outro direito. *Outras Vozes*, v. 15, pp. 1-6. 2006.
- FOUCAULT, Michel. *A arqueologia do saber*. Tradução de Luiz Felipe Baeta Neves. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2017.
- FOUCAULT, Michel. *Em defesa da sociedade*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.
- FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder*. Rio de Janeiro: Graal, 1993.
- FOUCAULT, Michel. *O poder psiquiátrico*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- FOUCAULT, Michel. *Sobre a sexualidade*. Rio de Janeiro, Editora Zahar, 2021.
- FURLIN, Neiva. Sujeito e agência no pensamento de Judith Butler: contri-

- buições para a teoria social. *Sociedade e Cultura*, v. 16, n. 2, pp. 395-403. 2013.
- GARCIA, Anna Marcella Mendes; AZEVEDO, Camyla Galeão de. (Re) pensando o direito: a necessidade de teorias feministas do direito no ensino jurídico. *Revista de Pesquisa e Educação Jurídica*, v. 5, n. 1, pp. 18-35. 2019.
- GOLDSTEIN, L. F. (ed.). *Feminist jurisprudence: the difference debate*. Lanham, Md: Rowman and Littlefield, 1992.
- HARAWAY, Donna. Saberes localizados: a questão da ciência para o feminismo e o privilégio da perspectiva parcial. *Cadernos Pagu*, v. 5, pp. 7-41. 2009.
- HARRIS, Angela. Race and essentialism in feminist legal theory. *Stanford Law Review*, v. 42, pp. 581-616. 1990.
- IRINEU, Bruna Andrade. Exercendo a 'crítica lesbofática' às demandas por uma "cidadania LGBT" no contexto brasileiro (2003-2016). *Revista Periodicus*, v. 1, n. 7. 2017.
- LACEY, Nicola. *Unspeakable subjects: feminist essays in legal and social theory*. Hart Publishing, Oxford, UK, 1998.
- LACEY, Nicola. Feminist legal theories and the rights of women. In: KNOP, Karen. *Gender and human rights*. Collected courses of the Academy of European Law. Oxford University Press, Oxford, UK, 2004.
- LAURETIS, Teresa de. A tecnologia do gênero. In: *Tendências e impasses*, coordenado por HOLLANDA, Heloisa Buarque de. Rio de Janeiro: Rocco, 1994.
- MACKINNON, Catharine A. Feminism, Marxism, Method, and the State: An Agenda for Theory. *The University of Chicago Press Stable*, v. 7, n. 3, pp. 515-544. 1982.
- MACKINNON, Catharine. *Sex gender, and sexuality*: interview by Cristian Williams, 2015. Disponível em <http://radfem.transadvocate.com/sex-gender-and-sexuality-an-interview-with-catharine-a-mackinnon/>. Acesso em 31 de janeiro de 2021.
- MARTINS, Fernanda; GAUER, Ruth M. C. Poder punitivo e feminismo: percursos da criminologia feminista no Brasil. *Revista Direito e Práxis*, v. 11, n. 01, pp. 145-178. 2020. 10.1590/2179-8966/2019/37925
- MCLAREN, Margaret A. *Foucault, feminismo e subjetividade*. São Paulo: Intermeios, 2016.
- NASH, Kate. Human rights for women: an argument for 'deconstructive equality'. *Economy and Society*, v. 31, n. 4, pp. 414-433. 2002.

- OLIVEIRA, João Manuel de. *Uma escolha que seja sua: uma abordagem feminista ao debate sobre a interrupção voluntária da gravidez em Portugal*. Tese de Doutorado em Psicologia Social e Organizacional do Instituto Superior de Ciências do Trabalho e da Empresa, Portugal, 2009.
- OLIVEIRA, João Manuel de. Cidadania sexual sob suspeita: uma meditação sobre as fundações homonormativas e neo-liberais de uma cidadania de consolação. *Revista Psicologia Social*, v. 25, n. 1, pp. 68-78. 2013.
- OLIVEIRA, João Manuel de. *Desobediências de gênero*. Salvador: Devires, 2017.
- OLSEN, Frances. "Feminism and critical legal theory". *International Journal of the Sociology of Law*, v. 18, n. 199. 1990.
- PIRES, Thula. Racializando o debate sobre direitos humanos: limites e possibilidades da criminalização do racismo no Brasil. *Revista Internacional de Direitos Humanos*, v. 15, n. 28, pp. 65-75. 2018.
- PRUDENTE, Eunice Aparecida de Jesus. *Preconceito racial e igualdade jurídica no Brasil*. Dissertação de Mestrado em Direito do Programa de Pós Graduação em Direito da Universidade de São Paulo, SP, 1980. Disponível em <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-03032008-103152/pt-br.php>
- RAMOS, Marcelo Maciel. Teorias feministas e teorias queer do direito: gênero e sexualidade como categorias úteis para a crítica jurídica. *Revista Direito e Práxis*, v. 12, n. 03, pp. 1679-1710. 2021.
- RICH, Adrienne. Compulsory heterosexuality and lesbian existence. In: ABELOVE, Henry; Barale, Michèle; HALPERIN, David M. *The lesbian and gay studies reader*. London, Routledge, 1993.
- RÍOS, Marcela Lagarde y de los. Antropología, feminismo y política: violencia feminicida y derechos humanos delas mujeres. In: BULLER, Margaret; MINTEGUI, Carmen Diez. *Retos teóricos y nuevas prácticas*. Donostia: Ankulegi, 2008.
- RUIZ, Alicia. *Identidad femenina y discurso jurídico*. Buenos Aires: Biblos, 2000.
- RUIZ, Alicia. 2018. Los Movimientos Feministas Interpelan a los Poderes Judiciales en América Latina. In: MELLO, Adriana Ramos de. *Gênero e direito: desafios para a despatriarcalização do sistema de justiça na América Latina*, Seminário Internacional Gênero e Direito. Rio de Janeiro: EMERJ, 2018.
- SMART, Carol. *Women, crime and criminology: a feminist critique*. London: Routledge and Kegan Paul, 1976.
- SMART, Carol. *Feminism and the power of law*. London: Routledge, 1989.

- SMART, Carol. *Law, crime and sexuality: essays in feminism*. London: Sage Publications, 1995.
- SMART, Carol. La teoria feminista y el discurso jurídico. In: BIRGIN, Haydée. *El derecho en el género y el género en el derecho*. Buenos Aires: Editorial Biblos, 2000.
- SMART, Carol. *Feminism and the power of law*. London: Routledge, 2002.
- SMART, Carol. A mulher do discurso jurídico. *Revista Direito & Práxis*, v. 11, n. 02, pp. 1418-1439. 2020.
- SOUZA; Laila Queiroz. Violência entre casais de lésbicas: reflexões sobre os meios legais na Lei Maria da Penha. In: MEDEIROS, Luciene. *As muitas faces da violência contra a mulher na perspectiva de gênero*. Rio de Janeiro: Letra Capital, 2020.
- TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA. Protocolo com orientações para a escuta humanizada e não revitimizadora da mulher em situação de violência, de 2021. Disponível em <https://www.tjsc.jus.br/documents/3380888/11509652/Protocolo+com+orienta%C3%A7%C3%B5es+para+a+escuta+humanizada+e+n%C3%A3o+revitimizadora+da+mulher+em+situa%C3%A7%C3%A3o+de+viol%C3%AAnca+-+vers%C3%A3o+final+-+diagramado-compactado.pdf/b6d8735f-e756-5894-dbbb-902386a74a76?t=1628787707647>. Acesso em 22 de dezembro de 2021.
- VERGUEIRO, Viviane. Pensando a cisgeneridade como crítica decolonial. In: MESSEDER, S.; CASTRO, M.G.; MOUTINHO, L. *Enlaçando sexualidades: uma tessitura interdisciplinar no reino das sexualidades e das relações de gênero*. Salvador: EdUFBA, 2016.
- WEIGERT, Mariana de Assis Brasil; CARVALHO, Saulo de. Criminologia feminista com criminologia crítica: perspectivas teóricas e teses. *Revista Direito e Práxis*, v. 11, n. 03, pp. 1783-1814. 2020. 10.1590/2179-8966/2019/38240.
- WILLIAMS, Patricia J. *The alchemy of race and rights: diary of a law professor*. Cambridge: Harvard University Press Publication, 1991.
- WITTIG, Monique. *El pensamiento heterosexual y otros ensayos*. Barcelona: Egales. 2006.

RESUMO: O artigo tem o objetivo de apresentar um panorama de propostas de teorias feministas que pensam o direito, apresentando o feminismo pós-estruturalista como uma matriz epistemológica útil para se estudar o discurso jurídico e para se refletir qual sujeito está sendo produzido, especialmente o sujeito mulher. Com uma proposta pós-estruturalista, utilizando-se como referências Judith Butler, Carol Smart e Alicia Ruiz, observa-se que o direito é uma tecnologia de gênero que produz uma subjetividade jurídica cis-heteronormativa racializada. Para tanto, esta pesquisa se estrutura como uma revisão bibliográfica com uma proposta exploratória em que são reunidas matrizes epistemológicas idealistas e materialistas em contraponto com a pós-estruturalista e traz alguns exemplos do discurso jurídico brasileiro para essa reflexão. O presente trabalho mostra que a ideia do sujeito universal é ilusória e que produz efeitos políticos no campo jurídico e social, tendo como efeitos a limitação de possibilidade de ações de emancipação e produção do outro em posição hierarquicamente inferior à posição do sujeito identificado como hegemônico.

Palavras-chave: pós-estruturalismo; discurso jurídico; sujeito jurídico; gênero; feminismos; teorias jurídicas feministas.

SUMMARY: This article aims to provide an overview of proposals from feminist theories that examine the law, introducing post-structuralist feminism as a useful epistemological framework for studying legal discourse and reflecting on the subject being produced, particularly the female subject. Employing a post-structuralist approach and drawing on references from Judith Butler, Carol Smart, and Alicia Ruiz, the study observes that the law functions as a gender technology, generating a cis-heteronormative racialized legal subjectivity. The research is structured as a literature review with an exploratory proposal, bringing together idealist and materialist epistemological frameworks in contrast to the post-structuralist perspective. The article also provides examples from Brazilian legal discourse for reflection. The work demonstrates that the notion of a universal subject is illusory and has political implications in the legal and social spheres, limiting possibilities for emancipation and relegating others to a hierarchically inferior position compared to the subject identified as hegemonic.

Keywords: post-structuralism; legal discourse; legal subject; gender; feminisms; feminist legal theories.

Cartografia contemporânea do comum e sua vertente no Direito Romano: um contraponto jurídico

Contemporary cartography of the common and its strand in Roman Law: a legal agreement

Gustavo Silveira Borges*

Universidade do Extremo Sul Catarinense (UNESC), Criciúma – SC, Brasil

Maurício da Cunha Savino Filó**

Universidade do Extremo Sul Catarinense (UNESC), Criciúma – SC, Brasil

* Doutor em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS (2013), tendo realizado estágio de Pós-Doutorado em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS (2014), com bolsa de pesquisa PNPd/CAPES. Mestre em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - PUCRS (2007). Especialista em Ciências Penais pela PUCRS (2005). Pós-graduado pela Escola da Magistratura do Rio Grande do Sul – AJURIS (2003). Graduado em Ciências Jurídicas e Sociais pela PUCRS (2002). Atualmente, é Professor da Graduação e Adjunto do Programa de Pós-Graduação em Direito na Universidade do Extremo Sul Catarinense (PPGD/UNESC). É Coordenador e professor da Especialização em Direito Civil e Processo Civil da UNESC. Pesquisador permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito (PPGD/UNESC), vinculado a Linha de Pesquisa Direitos Humanos, Cidadania e Novos Direitos e à Área de Concentração Direitos Humanos e Sociedade. Parecerista em diversas revistas nacionais e internacionais. Pesquisador do Núcleo de Pesquisas em Direitos Humanos e Cidadania (NUPEC/UNESC). Avaliador do Curso de Direito pelo INEP/MEC. Membro de bancas examinadoras de concurso público. Tem experiência no Direito, com atuação acadêmica nas áreas: Direitos Humanos, Novas tecnologias, novos direitos, Direito Civil e do Consumidor. E-mail: gustavoborges@hotmail.com.

** Doutor em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito (PPGD) da Universidade Federal de Santa Catarina (2018). Possui Mestrado em Direito pela Universidade Presidente Antônio Carlos – PPGD – UNIPAC (2010), possui Graduação (2004) e Pós-Graduação lato sensu em Direito Processual pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (IEC, 2004). Lecionou na Universidade Presidente Antônio Carlos de 2009 até 2011/1. Leciona desde agosto de 2011, na Universidade do Extremo Sul Catarinense (UNESC). Atualmente é Membro do Núcleo Docente Estruturante, sendo que leciona Teoria Geral do Processo e Prática Processual Administrativa. Possui certificado de conhecimento da língua italiana, emitido pela Università per Stranieri Perugia (2006). E-mail: mauriciosavino@hotmail.com.

1. Introdução

É necessário reconhecer que o Direito estabeleceu uma dicotomia da propriedade entre a pública e a privada, como um verdadeiro dogma jurídico moderno que impede, ainda que ocorram na práxis, outras formas de utilização da propriedade. Essa problemática, cada vez mais, dá ensejo ao que se imagine sobre possíveis bens, coisas e usos que não possam ser titularizados. O desafio torna-se maior na medida em que são raras as conceituações – principalmente jurídicas – sobre o que seria (ou poderia ser) o fenômeno do *Comum*, pois a maior parte das análises o trata dentro da esfera informativa política. Nesse sentido, o presente trabalho tem como objetivo analisar juridicamente o Comum, para delinear suas possibilidades, num retorno às fontes do Direito Romano, por meio de um método de contraponto.

O contraponto encontra embasamento teórico nas produções de Lobrano e Pilati. Conforme Pilati¹, o método de contraponto ocorre quando se confrontam dois paradigmas ou modelos distintos e concorrentes de concepção teórica ou de práticas jurídicas, na qual o uso do Direito Romano é imprescindível para se vislumbrar aspectos não adotados no direito moderno. Nesta linha, seguindo o procedimento sugerido por Lobrano², que entende que o primeiro passo para se conhecer o antigo é o estudo do contemporâneo, nos aspectos político e científico, objetiva-se, no primeiro capítulo, entender a problemática do desenho conceitual do Comum, a sua emergência no séc. XX até a contemporaneidade e a necessidade de uma fundamentação jurídica.

Realizado este passo, no segundo capítulo, pretende-se aproximar de fontes românicas antigas, por meio de autores que não privilegiam categorias modernas nestes tipos de pesquisa, a fim de verificar o tratamento jurídico a bens que se encontravam fora do binômio moderno público x privado. Tais reflexões pretendem responder, por fim, à seguinte indagação: como Direito Romano pode contribuir para uma fundamentação jurídica do *Comum*?

O presente ensaio é relevante porque esta temática encontra-se em pleno debate na academia em razão da busca de soluções e compartilhamentos que assegurem a convivência no planeta para a atual e as futuras gerações, sendo que a ausência de determinação conceitual jurídica, mesmo que

1 Pilati, 2017, p. 17.

2 Lobrano, 1983, p. 18-24.

prévia, dificulta debates científicos e alimentam anfibologia tão Comum no direito constitucional³.

2. O desenho conceitual do Comum, a sua emergência no séc. XX até a contemporaneidade e a necessidade de uma fundamentação jurídica

O *Comum*⁴, já de início é importante esclarecer, é um termo polissêmico, capaz de gerar infundáveis debates filosóficos, políticos, econômicos, jurídicos, etc., que recebeu diferentes designações com o passar do tempo⁵. Encontram-se os seguintes termos equiparados ao *Comum*: comuns, bens comuns⁶, *commons*^{7,8,9}, bem comum da humanidade¹⁰, *global commons*, dentre outros. É necessário, portanto, para o estudo do tema uma escolha

3 Lobrano, 2004, p. 3; 2007, p. 4.

4 Sobre o aprofundamento da nomenclatura escolhida, veja-se: Vieira, 2015; 2019; Ruschel, C. V.; Portanova, R. S., 2018, p. 91-109. Estes últimos apresentam um quadro explicativo das nomenclaturas e seus respectivos conceitos ou definições, p. 304-305.

5 Bernardes alude que a referida polissemia acaba por contaminar a linguagem e apresentar obstáculos para que o comum possa ser compreendido corretamente (Bernardes), 2017, p. 37.

6 Quanto à categoria dos *bens comuns*, entende-se como Vieira no sentido de que, muito embora aceite alternar na utilização das expressões “bem comum”, “comum” e “comuns”, pondera que: “a expressão “bens comuns” tem uma desvantagem importante: a de nos levar a considerar que os *recursos* são o núcleo central dessa temática – em detrimento dos atores envolvidos, e das práticas (de compartilhamento, solidariedade, resistência, cercamento) que desenvolvem; mais ainda, a palavra *bens* seria ideologicamente carregada: conduzira-nos a tratar esses recursos com as mesmas categorias e formas de pensar que aplicamos às mercadorias – os *bens* por excelência no capitalismo.” A redução do termo *bens* (a *bens econômicos*) é característico do capitalismo (Vieira, 2019, p. 474).

7 Designa tanto o singular como o plural (designar diretamente as complexas práticas medievais britânicas de compartilhamento de terras (Peter Linebaugh, durante o evento *The Future of the Commons*, em Crottorf, na Alemanha) (Vieira, 2009).

8 Conforme Vieira, a palavra *commons* (que designava um conjunto de práticas medievais de uso compartilhado da terra), em inglês, cumpriria esse papel, mas em português também haveria uma série de possibilidades: *faxinal, fundo de pasto, terra solta, terra de preto, mutirão, compásquo, rossio, baldio*, etc. Em francês, “*communal*”; em espanhol, “*procomún*” e em alemão, “*allmende*” VIEIRA, 2015, p. 105-106.

9 Esses *commons* estiveram historicamente associados, nos EUA, a espaços públicos utilizados para o exercício democrático (HESS; OSTROM, 2007, p. 13).

10 Para Houtard, compreende-se uma elevação em relação à categoria dos “bens comuns”, de sorte a prescrever algo em caráter mais geral, envolvendo os fundamentos da vida coletiva da humanidade no planeta: a relação com a natureza, a produção da vida, a organização coletiva (política) e a leitura, a avaliação e a expressão do real (cultura). A expressão em questão inclui os conceitos de “bens comuns” e o de “bem comum” em suas aplicações concretas e abrange a produção e a reprodução da vida na escala de toda a humanidade (Houtard, 2011).

semântica de modo a permitir o desenvolvimento de sua concepção teórica e a escolha estrutural acerca de sua fundamentação.

Prefere-se sintetizá-lo, como fez Vieira, ao dizer de modo singelo, mas complexo, que o Comum se exprime na seguinte sentença: são “comunidades compartilhando coisas”, ou seja, pode-se dizer que surge a partir de fato de uma práxis instituinte¹¹. Essa definição necessita de três polos: sujeitos coletivos, práticas de compartilhamento e objetos de compartilhamento.¹² O Comum é, antes de mais nada, nas palavras de Silveira, “uma construção comunicativa e coletiva”¹³. Assim, o comum exige a interdependência: entre as pessoas, as pessoas e os recursos, os seres humanos e o planeta, a cultura e a natureza.¹⁴ Importante lembrar as palavras de Bollier no sentido de que “não existe uma fórmula padrão ou um modelo para criar comum, é o que nos revela qualquer análise de uma determinada comunidade.”¹⁵ Ainda, como alude De Angelis, “*there is no commons without commoning*.”¹⁶ Pode-se concluir, portanto, que nada é comum por natureza, de per si, mas um recurso torna-se comum a partir de uma prática coletiva de gestão e cultivo.¹⁷

Opta-se pela escolha do termo *Comum*¹⁸ como posicionamento contra a política da apropriação de bens, diretamente conexo à luta contra o neoliberalismo desenfreado do acúmulo de riqueza¹⁹, porém não necessariamente se opõe como forma de exclusão completa das conquistas e descobertas alçada pelo capitalismo e da tecnologia, mas, como alude Ruschel, “é necessário aceitar suas limitações, se quisermos mudar o paradigma e transcender a este modelo no qual nos encontramos”²⁰.

11 Dardot; Laval, 2017.

12 Vieira, 2019, p. 462.

13 Savazoni, 2018, p. 14.

14 SAVAZONI, 2018, p. 40.

15 Bollier, 2016, p. 22.

16 Massimo de Angelis cunhou esta frase em 2006. A expressão *commoning*, cunhada pelo historiador Peter Linebaugh, nos lembra que o comum não é apenas um substantivo (isto é, um conjunto de recursos), mas também um verbo: uma *práxis*, que envolve conflitos, mobilização e socialização.

17 Dardot; Laval, 2017, p. 618.

18 Comum será o termo adotado na presente pesquisa para se referir ao tema.

19 Ruschel, 2018, p. 132.

20 Ruschel, 2018, p. 129.

Apesar de a *práxis instituinte*²¹ do Comum ser milenar, o seu debate ressurgiu em meio às primeiras crises do modelo capitalista ocorridas no final dos anos 60, ganhando força e destaque a partir dos discursos das lutas e mobilizações mundiais no fim da década de 90.

O grande debate em torno do tema se inicia com a publicação do artigo intitulado “*A tragédia dos comuns*”, na Revista *Science*, no ano de 1968, pelo ecologista Garrett Hardin²². Neste artigo, resumidamente, Hardin sustentou que a prática de gestão comum de recursos finitos, que não tenha nenhuma espécie de controle público ou privado, resulta em uma superexploração e na conseqüente extinção desses recursos, sendo o Comum uma verdadeira “tragédia”, uma vez que as pessoas sempre buscam maximizar seus ganhos²³. Fundamenta-se a ideia eminentemente na premissa do *homo economicus*, ou seja, de que o comportamento do ser humano é continuamente orientado pela racionalidade econômica estrita. Diz ainda o autor que a melhor saída seria, em suma, a privatização ou a intensa regulação estatal.

Hardin reconhece a existência dos bens comuns, mas ilustra a constante má gestão dos comuns, incluindo como exemplos a poluição das águas por dejetos, a destruição dos parques nacionais, os parquímetros para estacionamento, roubos de banco e de um campo de pastagem. Assim, sustenta que não há, portanto, a partir de sua visão derrotista, comum que suplante os benefícios individuais.²⁴

Alguns anos à frente, a cientista política Elinor Ostrom²⁵ apresenta uma aprofundada pesquisa, em sua obra “*Governing the commons: the evolution of institutions for collective action*”²⁶, na qual propõe, partindo de análises empíricas²⁷, que formas de cooperação e compartilhamento, algumas delas em

21 Dardot; Laval, 2017, p. 618.

22 Hardin, 1968.

23 O fundamento do raciocínio é o da teoria da ação racional de que os comportamentos humanos são totalmente egoístas.

24 HARDIN, 1968, p. 1248.

25 Cientista política e ganhadora do Prêmio Nobel de Economia em 2009 e quem trabalhou a partir da Economia, na perspectiva neoinstitucionalista.

26 Ostrom, 1990.

27 Realizados na Suíça, Japão, Espanha e Filipinas (DARDOT; LAVAL, 2017, p. 152).

funcionamento por séculos²⁸, podem ser mais eficientes²⁹ do que situações nas quais não há cooperação dos envolvidos, além de que pode ser a única forma de preservação de bens comuns, ou seja, atestando que é possível uma via alternativa³⁰ ao Estado e ao mercado (privado)³¹. Sustenta Ostrom que os sistemas de organização e cooperação são mais eficientes do que quando há normas impostas por agentes exteriores, partindo da análise da nossa capacidade de cooperação e de construção de instituições e sistemas de gestão duradouros para a preservação do Comum.³²

Uma das críticas que se faz a teoria da tragédia dos comuns de Hardin é a de que ele desconsidera, em seus escritos, o papel das comunidades e das negociações entre as pessoas na gestão de um bem comum. Afinal, o Comum necessita da existência de uma comunidade com interesse em atuar como guardião de forma rigorosa do recurso em si, de modo que esse interesse em colaborar é possível porque os seres humanos são capazes de dialogar.³³

Outros autores que trabalham com a temática, inspirados pelo marxismo, são Michael Hardt e Antonio Negri, que identificaram o Comum como coisas que não podem ser apropriadas privadamente, apresentando como

28 Ostrom identificaram *bens comuns* em torno de sistemas regionais de irrigação na Espanha (chamadas de *huertas*) cuja origem provável é o início do milênio passado, e que permanecem em funcionamento até hoje, assim como experiências nas montanhas suíças e japonesas (OSTROM, 2000, p. 108).

29 Muito embora, como alude Vieira, não há uma ruptura completa de Ostrom em relação às ideias de Hardin, por que: (i) a abordagem da Escola de Indiana não abandona por completo a base teórica que fundamentava Hardin, mas modifica-a de forma *ad hoc*; ela torna-se mais aderente aos fenômenos estudados (é capaz de “explicar” o sucesso inegável de muitas práticas de bens comuns), mas também mais complexa – e produz resultados bem menos satisfatórios quando envolve questões ligadas mais diretamente a temas como as relações de poder, ou quando a escala de análise afasta-se muito dos indivíduos (com efeito, a maior parte dos estudos que a Escola produziu foram de bens comuns relativamente pequenos, no âmbito local ou regional). Por fim, outra limitação dessa abordagem é um certo essencialismo na análise das características dos bens compartilhados. Na análise da viabilidade de bens comuns, a Escola de Indiana dá grande importância à classificação econômica de tipos de bens, que é baseada nas categorias de rivalidade e excludibilidade, tidas como – e aí reside o essencialismo – características intrínsecas aos bens (VIEIRA, 2019, p. 469-470).

30 Vieira denomina de “terceira margem” (VIEIRA, 2019, p. 462).

31 Alude Ostrom que “*Sin embargo, lo que se observa en el mundo es que ni el Estado ni el mercado han logrado con éxito que los individuos mantengan un uso productivo, de largo plazo, de los sistemas de recursos naturales. Además, distintas comunidades de individuos han confiado en instituciones que no se parecen ni al Estado ni al mercado para regular algunos sistemas de recursos con grados razonables de éxito durante largos periodos*” (Ostrom, 2000, p. 26).

32 Silveira; Savazoni, 2018.

33 Bollier, 2016, p. 31.

exemplo os recursos naturais. Em Hardt e Negri^{34,35,36}, é possível identificar o comum como uma coleção de processos e recursos que se efetuam além dos registros do público e do privado, posto que são produzidos e geridos de maneira coletiva. Os autores franceses Dardot e Laval conferem a Hardt e Negri³⁷ o ineditismo da transformação de levar a reflexão do plano das experiências concretas dos *commons* (no plural) para uma concepção mais abstrata e politicamente mais ambiciosa do comum (no singular).³⁸

Outra vertente do Comum é a traduzida pelo italiano Ugo Mattei, por meio de seu manifesto pelos *bens comuns*, no qual alude que a dimensão ecológica e o pensamento sistêmico são as únicas aproximações capazes de desvelar a acumulação individualista, devastadora para a vida em comunidade. Esta última visão, segundo o autor, seria a única compatível com a manutenção da vida no planeta, chegando a dizer “ou um futuro em comum, ou nenhum futuro”.³⁹

Outro autor que se aprofundou nos estudos da questão é David Bollier, que alude que o Comum é mais do que resistência, é instrumento de ino-

34 Michael Hardt e Antônio Negri livro Império, no qual debatem “Comum” como a contracorrente do “Império” conceituado como uma força suprema ausente de fronteiras, que determina o estado de coisas existente, criando o próprio mundo em que a população habita. Apesar de discurso de paz, o Império seria movido por opressão e destruição. Mas a força das multidões pode construir um contra-império (Hardt; Negri, 2001, p. 14-15).

35 Os autores aludem que pelo termo “Comum”, referimo-nos, em primeiro lugar, à riqueza comum do mundo material – o ar, a água, os frutos da terra e todas as dádivas da natureza -, o que nos textos políticos europeus clássicos em geral é considerado herança da humanidade como um todo, a ser compartilhada por todos. Mais ainda, também consideramos fazerem parte do comum os resultados da produção social que são necessários para a interação social e para mais produção, como os conhecimentos, as imagens, os códigos, a informação, os afetos e assim por diante. Esse conceito de Comum não coloca a humanidade separada da natureza, seja como sua exploradora ou sua guardiã; centra-se, antes, nas práticas de interação, cuidado e coabitação num mundo comum, promovendo as formas benéficas do comum e limitando as prejudiciais. Na era da globalização, tornam-se cada vez mais centrais as questões da manutenção, produção e distribuição do Comum, nesses dois sentidos – de promoção e limitação – e tanto no contexto ecológico quanto socioeconômico (HARDT; NEGRI, 2016, p. 08).

36 O Comum que compartilhamos, na realidade, é menos descoberto do que produzido. (Relutamos em utilizar a expressão no plural os comuns [*the commons*] porque ela remete a espaços de partilha pré-capitalista que foram destruídos pelo advento da propriedade privada. Apesar de um tanto estranho, o Comum [*the common*] ressalta o conteúdo filosófico do termo e deixa claro que não se trata de uma volta ao passado, mas de um novo desenvolvimento (Hardt; Negri, 2005, p. 149).

37 Em 2005, Hardt; Negri trabalharam com o conceito de comum como resultante da prática biopolítica da multidão, que se constitui como uma rede “aberta e em expansão”, múltipla e disforme, ampla e plural, que age para que possamos “trabalhar e viver em comum” (Hardt, Negri, 2005).

38 Dardot, Laval, 2017, p. 19.

39 Mattei, 2013, p. 109.

vação social, é uma categoria cultural e prática que procura ver o mundo em termos diferentes. É basicamente uma ordem econômica e social que afirma que outro mundo é possível e que podemos construí-lo adotando um paradigma prático para um governo autônomo, para a gestão de recursos e para o bem-viver⁴⁰. Bollier, outrossim, delimita os *comuns* afirmando que referido conceito inclui recursos físicos e intangíveis de todo tipo, sendo identificado com maior precisão por um modelo que combina uma comunidade determinada e um conjunto de práticas sociais, valores e normas promovendo a gestão desses recursos.⁴¹ Para David Bollier, é possível estudar o Comum de quatro formas diversas, quais sejam, como um sistema social de gestão a longo prazo dos recursos com valores compartilhados; sistema de autogoverno por meio de comunidades sem interferência do Estado ou mercado (ou, se houver, que seja mínima) dos recursos inexauríveis ou renováveis; riquezas coletivas que compreendem os bens da natureza, infraestrutura cívica, culturais, tradições e conhecimentos e, por fim, um setor da economia que gera valores, geralmente em perigo por conta da aliança entre Estado-mercado.⁴² Por fim, Bollier também apresenta crítica ao texto de Hardin dizendo que ele desconsidera o papel das comunidades e das negociações entre as pessoas na gestão de um bem comum. Afinal, só há colaboração porque os seres humanos são capazes de dialogar. Um comum necessita que haja uma comunidade disposta a atuar como guardiã rigorosa do recurso em concreto. Diz que Hardin confunde um terreno comunal com a “terra de ninguém”, desacreditando assim os comuns como um paradigma frustrado de gestão dos recursos.⁴³

Mais recentemente, os pesquisadores franceses Pierre Dardot e Christian Laval, dando sequência ao seu importante trabalho de exposição e crítica a uma razão neoliberal⁴⁴, foram responsáveis pela transformação dos *comuns*, que eram eminentemente ligados à ideia de bens e recursos naturais, em *Comum* enquanto *princípio político* que define um novo regime em escala mundial⁴⁵, ou seja, uma forma de oposição ao capitalismo. O enfoque da obra destes autores é a veiculação do Comum enquanto significação política das lutas

40 Bollier, 2014, p. 8-25.

41 Bollier, 2014, p. 26.

42 Bollier, 2015, p. 187.

43 Bollier, 2016, p. 31.

44 Dardot Laval, 2016.

45 Dardot; Laval, 2017, p. 53-54.

contemporâneas contra o neoliberalismo, com o processo outromundista, que tem nos dias de Ação Global do fim da década de 1990 e nos Fóruns Sociais Mundiais do início dos anos 2000. Conforme Dardot e Laval, o “termo central da alternativa ao neoliberalismo, o comum tornou-se princípio efetivo dos combates e movimentos que há duas décadas resistem à dinâmica do capital e conduzem a formas originais de ação e discurso”⁴⁶ Deste modo, o Comum tal como o entendemos significa sobretudo o autogoverno dos seres humanos, das instituições e das regras criadas para ordenar suas relações mútuas. Está, portanto, enraizado na tradição política da democracia, em especial a experiência grega.⁴⁷

Por fim, muito proximamente, os estudiosos Fritjof Capra e Ugo Mattei, propondo uma visão ecológica de viver e uma visão holística do direito, escreveram obra na qual sintetizam a definição de comum como algo além dos recursos naturais ou digitais, que diz respeito também à forma de governança e sustentabilidade relativo ao compartilhamento de recursos por uma comunidade.⁴⁸

Sob o ponto de vista jurídico, é necessário que sejam estabelecidas balizas jurídicas necessárias para uma fundamentação do Comum⁴⁹, devendo-se conceber a propriedade para além desse binômio propriedade pública (estatal) e privada (mercado). Num primeiro plano, a questão da discussão acerca da propriedade⁵⁰ em se tratando de compartilhamento de bens aproxima o Comum do Direito.

46 Dardot; Laval, 2017, p. 17.

47 Laval; Dardot, 2015, p. 519.

48 “[...] bens, recursos ou espaços comuns a todos e também remete ao direito ou à liberdade de usar irrestritamente esses bens e espaços comuns, com vegetação, bosques, florestas, terras cultiváveis, pastagens, animais, águas, [...] etc., em oposição aos que pretendiam usá-los exclusivamente para seus interesses privados. *Commons* também tem, por extensão, os significados de bens comuns a todo o planeta, recursos naturais, como florestas, rios e atmosfera, pastagem para gado, logradouro público, parque não cercado, com trilhas, bosques, rios e/ou regados. Mais recentemente, o conceito passou ainda a incluir recursos informacionais ou digitais, como softwares, a própria internet e tudo que diz respeito à governança e sustentabilidade dos recursos compartilhados por uma comunidade, nação, cultura ou público (Capra; Mattei, 2018, p. 32)

49 Não se pretende, no presente trabalho, discutir sobre se o comum pode ter regras próprias a partir de uma autorregulamentação privada, se parte de aberturas no sistema jurídico estatal ou se o próprio Estado poderia regular o Comum.

50 Conforme dizem Dardot; Laval, “longe de ser uma essência ou uma natureza, a propriedade não é senão um determinado arranjo jurídico de relações sociais que evoluiu com o tempo. O direito de propriedade foi concebido pelos juristas e filósofos do iluminismo como uma liberdade essencial, um meio de ser plenamente “homem”. A propriedade e o patrimônio pessoal são vistos como condições para a autonomia do indivíduo, como meios de emancipação das tutelas e das vassalagens” (Dardot; Laval, 2015, p. 262).

Aproximando do Direito, o conceito do *Comum* abrange a liberdade de realizar tudo que não for proibido pelas leis ou outros regulamentos, de do que não atente contra a liberdade dos outros, tornando a propriedade exclusiva do proprietário, excluindo, assim, o uso por terceiros.⁵¹

Ostrom desenvolveu, a partir de experiências que considerou bem sucedidas, sustentando que não deveriam ser tomados como soluções prontas e aplicáveis a qualquer contexto, os *design principles* (*principios de diseño*^{52,53} *característicos de instituições de longa duração*) para o manejo de um conjunto de recursos comuns (*common pools resources – CPR*).⁵⁴ A fala de Ostrom versava sobre as formas institucionais⁵⁵ da ação coletiva, regras de funcionamento e instrumentos jurídicos utilizados pela coletividade para administrar “em comum” os recursos que são compartilhados, independentemente do mercado ou Estado⁵⁶ ou se se trata de recursos naturais ou de conhecimento^{57,58}

51 Dardot; Laval, 2018, p. 263.

52 Esse traçado dos “*design principles*” por Ostrom é resultado da sua análise da gestão de recursos comuns de casos práticos sobre a governança, que refletem uma enorme variedade de regras necessária à gestão sustentável dos recursos em comum. A grande descoberta é que não existe um padrão único para chegar a solução, as pessoas precisam desenvolver formas de lidar com a variedade de problemas que enfrentam (Ostrom, 2009).

53 Bollier e Helfrich afirmam que pelo menos sete, dos oito princípios de *design* empreitados por Ostrom devem ser observados para que seja possível a gestão de bens comum de forma contínua e estabilizada, na medida em que se guiam por dois requisitos – força e benevolência – desde que o ponto de partida entre as pessoas que estão dispostas a cooperar seja a dialética. Esse fenômeno entre pessoas deve ser, igualmente, aplicado a partir das instituições cujo fomento é justamente buscar a base da confiança pessoal (Bollier; Helfrich, 2012, p. 29).

54 São eles: 1. fronteiras bem definidas; 2. coerência entre as regras de apropriação e provisão com as condições locais; 3. arranjos de decisão coletiva; 4. monitoramento; 5. sanções graduais; 6. mecanismos de resolução de conflitos; 7. reconhecimento mínimo de direitos de organização; e 8. alinhamento e articulação intersetorial na gestão (Ostrom, 2000, p. 148).

55 “Por instituição, Elinor Ostrom entende um “conjunto de indivíduos para organizar atividades repetitivas que tem efeitos sobre esses indivíduos e, eventualmente, sobre outros”, sendo que não se pode confundir regras práticas (institucionais que não significam serem criadas pelo Estado) com regras formais (Dardot; Laval, 2017, p. 158).

56 A tese de Ostrom contribuiu para mostrar que existem meios de produção diversos do mercado e do Estado, que proporcionam aos membros da comunidade que produz recursos duradouros e em quantidades satisfatórias (Dardot; Laval, 2017, p. 60).

57 Dardot; Laval, 2017, p. 17.

58 Em relação aos limites do comum, Dardot e Laval aludem que: “o Comum deve ter limites definidos com clareza, pois convém identificar a comunidade que ele diz respeito; as regras devem ser bem adaptadas às necessidades e condições e estar em conformidade com os objetivos; os indivíduos a que se referem essas regras devem participar com regularidade das instancias encarregadas de modificar tais regras: o direito desses indivíduos de estabelecer e modificar es-

O Comum não reúne consumidores do mercado bem como não se tratam de usuários dos serviços públicos. Ao contrário, diz respeito a indivíduos coprodutores que juntos praticam a auto-gestão e estabelecem regras produtivas para sua comunidade⁵⁹, falando alguns autores em um direito do comum.⁶⁰ Sustenta Cava no sentido de que o comum é institucionalizado por um Direito que garante sua realização e eficácia. É o denominado Direito do Comum.⁶¹ Como dispõe Capra e Mattei⁶², só há prática comunitarista se a decisão individual de compartilhar decorre do reconhecimento de que ou se adota uma forma ecológica de viver ou, ao contrário, estará explorando outros usuários. Nesse contexto, embora o Comum que se propõe é uma alternativa à crise capitalista e também um modelo diferenciado das regras que regem a sociedade nos dias hoje, é preciso pensar em uma forma de transação do estado atual do direito instituído a partir da formatação hierárquica para a gestão comunitária. Essa proposta é feita por Capra; Matei que afirmam a necessidade do reconhecimento legal a ponto de permitir que o comum possa desfrutar da mesma proteção estatal que tem a propriedade privada, indicando, para tanto, sejam constituídas fundações como modelo a ser explorado.⁶³

Fortes e importantes ligações comunitárias são desenvolvidas nos dias atuais entre usuários e beneficiários dos comuns, que muitas vezes, são corajosos o suficiente para desafiar o ordenamento jurídico hoje existente. Tais ligações podem implicar na transformação tão necessária atualmente,

sas regras lhes é atribuído pelas autoridades externas; são coletivamente fixados um dispositivo de autocontrole dos membros e um sistema progressivo de sanções; os membros da comunidade têm acesso a um sistema pouco oneroso de resolução de conflitos e podem contar com um conjunto de atividades divididas entre eles para cumprir as diferentes funções de regulação (Dardot, Laval, 2017, p. 159-160).

59 Dardot, Laval, 2017, p. 160.

60 Dardot; Laval compreendem que o direito do comum, do fazer comum é uma espécie de direito consuetudinário, ou seja, que vem dos costumes e discorrem sobre a diferença entre o direito comum do direito do comum, baseando na prática do princípio do comum “que não se reduza à prática do comum apenas pelo seu tempo de existência”, porque “a longevidade e a antiguidade excepcional não tem razão nenhuma de fundar o direito” e que “a prova do comum não é a prova de duração”, mas sim a prática social. Assim, claramente que o comum, precisa passar pelo instituto do direito para que seja entendido e aplicável, de forma conivente com a realidade do mundo em que se vive, em uma tentativa de retomar a ideia de bem comum na sociedade pós-moderna (2017, p. 341).

61 2013, p. 24.

62 2018, p. 236.

63 2018, p. 225.

qual seja, a transformação do homem preocupado predominantemente com o lucro, no ser humano que almeja a proteção da natureza como um todo, posto que a ruptura com o forte vínculo presente entre homem e natureza existente no passado, impediu o desenvolvimento de um sistema jurídico com base no comum.⁶⁴

Percebe-se, portanto, a necessidade de parâmetros jurídicos de regulação do Comum, o que tem motivado, inclusive, vozes que já tratem da possibilidade de uma ordem jurídica do comum, temática que não se pretende esgotar no presente trabalho.

3. O desuso das fontes romanas pelo jurista moderno e sua implicação no entendimento do fenômeno contemporâneo do comum

Ao se pretender entender juridicamente um objeto que não se enquadra no paradigma jurídico oficial, o jurista verificará que está atado a paradigmas que lhe foram ensinados desde os bancos escolares⁶⁵. O dogmatismo jurídico quando se apodera da mente do operador do direito, o impede de pensar fora daquelas *regras do jogo*. É um grande desafio analisar a temática deste trabalho, pois, conforme Pilati, em situações assim, trata-se de ir contra uma cultura que nega e relativiza o passado, ao abstrair, legalizar e sistematiza a complexidade do real⁶⁶, ensinando, desde os bancos escolares que o Direito (dogmático) é a emanção de um poder estatal capaz de velar pelo bem-estar de toda a Sociedade⁶⁷.

No Brasil, verifica-se há um movimento crescente de reestudo de institutos romanistas que possam contribuir para se apresentar soluções jurídicas a problemas contemporâneos, como a explicação do *Comum*, que irá se iniciar nesta pesquisa pelo *Digesto* de Justiniano e pelas *Institutas* de Gaio, para depois se analisar a *res publica* dos romanos.

64 Capra, Mattei, 2018, p. 216.

65 Kuhn (2013) demonstrou como a ciência oficial trata de submeter o fenômeno de estudo a regras de entendimento pré-determinadas, no ensino e na pesquisa.

66 Pilati, 2013b.

67 Pilati, 2017, XI; Pilati, 2013b.

3.1 As contribuições do Direito Romano verificadas no Digesto de Justiniano e em Gaio

O direito romano possui uma gênese que é perceptível no século VIII (a. C.) que, mesmo sendo arcaica, nunca foi simplória, como se poderia imaginar o vulgo, pois provém de uma sociedade complexa, com estratificação social, comércio, moedas, institucionalização de poder e diversas formas de propriedade⁶⁸. Não se sabe ao certo quando surgiu a propriedade particular sobre bens imóveis e sua possibilidade de transmissão, mas sabe-se que os bens móveis foram os primeiros passíveis de titularização⁶⁹.

Considerando a longevidade de quase treze séculos⁷⁰ do Direito Romano, assim como a periodização que pode lhe ser aplicada⁷¹, esta investigação sobre a existência de *bens comuns não estatais* limitar-se-á a apresentá-los como parte integrante da realidade política e jurídica em diversos momentos românicos, sem se adequar a qualquer linearidade evolutiva do instituto da propriedade.

Até a fase Republicana⁷², um caminho seguro na pesquisa é Lívio, considerado como mais jurista do que historiador⁷³, para se contextualizar as instituições com outras fontes jurídicas, além daquelas que, sem comporem a literatura jurídica, permitirem aprofundar a crítica do fato histórico a ser analisado, como as fontes epigráficas e papirológicas, numismáticas, iconográficas e arqueológicas⁷⁴.

Num primeiro momento merece destaque o *Digesto (coleção ordenada)* – obra utilizada no Renascimento jurídico ocidental e uma das bases do Direito Europeu – não pode ser descartado, assim como as obras de grandes juristas que sobreviveram à grande codificação de Justiniano, dentre os quais se destacam as *institutas* do jurista Gaio [110-179?], que foram utilizadas e

68 Ribas Aalba, 2015, p. 8-9.

69 Ribas Alba, 2015, p. 35.

70 Meira, 1975, p. 13.

71 Pode ser dividido segundo aparição nos períodos realza, república etc. e pelos períodos....

72 Paricio; Barreiro, 2014, 45-176.

73 O fato de o ordenamento jurídico romano ter se desenvolvido de maneira pragmática, consuetudinária, isto não lhe retira – em nada – seu valor jurídico; todavia, exige que seu estudo, especialmente da época republicana se faça, no tocante ao direito público, por meio de sua melhor fonte, que é Tito Lívio, considerado por Orestano mais jurista do que historiador (Ribas Alba, 2009, p. 113-114).

74 Bretonne, 1998, p. 18. Grandazzi, 2010, p. 12-13. Alföldy, 1989, p. 18.

serviram de fonte inspiradora para os juristas de Justiniano⁷⁵. A preocupação em realizar uma síntese do direito romano (*ius civile*) já se verifica com Júlio César⁷⁶, sendo que este anelo permaneceu, chegando ao Império, entre romanos e bizantinos⁷⁷. Com Justiniano surgiu a obra que pretendia ser completa, sem demandas de novos comentários, o que somente não ocorreu por razões político-religiosas⁷⁸. O seu *Corpus Iuris Civilis* foi uma singular obra legislativa que, ao lado das armas e da religião, pretendeu restaurar, sem consegui-lo, a antiga grandeza e unidade do Império Romano. Apesar das fontes jurídicas terem sido reduzidas à legislação feita pelo Imperador, a publicação do Digesto, pela Constituição *Tanta* - que proibiu qualquer versão anterior de escritos jurídicos ou coleções de escritos jurisprudenciais -, registrou o pensamento de autores, obras e o livros utilizados, em que pese terem aido alterações, supressões e adaptações, sob a justificativa de se evitar antinomias, contradições e imperfeições⁷⁹.

A obra de Justiniano, que visou reformar os planos de ensino jurídico, necessitou de um novo manual, que substituíssem as *Institutas Gaianas*. Gaio – como ficou conhecido uma das maiores autoridades do Direito Romano – viveu até cerca de 178 e escreveu as *Institutas* dividindo o direito em *peçoas, coisas e ações*, com grande coerência e sistematização lógica⁸⁰, acabou influenciando a organização das *Institutas do Imperador Justiniano* e serviu como fonte ao *Digesto*, sobrevivendo a esta codificação em razão de um manuscrito que foi descoberto⁸¹. Este esclarecimento prévio é necessário para se entender que por estas fontes se iniciará esta seção da pesquisa, a fim de resgatar contribuições românicas para o fenômeno contemporâneo do Comum.

75 Pilati, 2005.

76 Cf. Suetônio (2002, p. 52 [César, XLIV]) César “[...] fez projetos para reduzir o direito civil a determinadas regras e reunir, no menor número de livros, o que houvesse de melhor e de mais indispensável na imensa e desordenada quantidade de leis; em entregar ao público bibliotecas gregas e latinas, tão grandes quanto possíveis, encarregando-se Marco Varrão da tarefa de reunir e classificar os volumes”.

77 Meira, 1975, p. 1.

78 Sobre o assunto, ver Runciman (1961, p. 63-66), que detalha a introdução de princípios cristão pela promulgação da *Ecloga*, no momento da decadência do estudo jurídico do ano de 739.

79 Paricio; Fernandes Barreiro, 164-165.

80 Cretella Júnior, Cretella, 2004, p. 5-7.

81 Paricio; Fernandes Barreiro, 170-171.

A divisão e a qualidades das coisas de *Gaius, libro secundo institutionum*, ficou codificada no *Digesto de Justiniano*⁸², onde se verifica que as coisas humanas podem ser públicas ou privadas, sendo públicas “[...] aquelas que são tomadas como não estando nos bens de ninguém, pois são consideradas como sendo da própria coletividade[...]” e sendo privadas aquelas outras que “[...] são de cada um particularmente”. Continua em Justiniano que “algumas coisas são por direito natural comuns de todos, outras da coletividade, outras de ninguém, e a maior parte delas dos indivíduos, as quais são adquiridas a cada um por várias causas⁸³”.

As coisas que seriam comuns a todos – por direito natural – seriam, p. e., “[...] o ar, a água em curso, o mar e, por isso, os litorais do mar⁸⁴”. Por este raciocínio, não se deveria proibir alguém de atingir o litoral do mar e adquirir bens para si, pois o uso da água seria comum, desde que, p. e., os pescadores se mantivessem afastados das propriedades particulares e dos monumentos⁸⁵. Outro aspecto interessante está em que os pescadores poderiam acampar à beira-mar, quando quisessem descansar ou se alimentar⁸⁶, sendo que aqueles que construíram passam a possuir o domínio sobre o solo que ocupam, porém não de forma permanente⁸⁷. Desta forma, o bem-comum (margem do rio) não deixava de ser comum apesar de estar ocupado por algum particular, pois se o imóvel fosse arruinado, passaria a ser – novamente – bem-comum ou passaria ao domínio de outro particular que edificasse, no mesmo local, garantiria um domínio, nas mesmas condições. Por sua vez, se algo se ocupou edificou no mar, tornar-se-ia privado, e, se o mar ocupasse algo, tornar-se-ia público⁸⁸.

As *Universitatis* são coisas da coletividade (universalidade), não podendo ser adquiridas por uma pessoa, por pertencerem a todos. Por exemplo, são “[...] os teatros, estádios e semelhantes, se de qualquer modo existem outras coisas comuns das cidades⁸⁹”.

82 [D.1.8.1pr]

83 [D.1.8.2pr]

84 [D.1.8.2.1]

85 [D.1.8.3; D.1.8.4pr.]

86 [D.1.8.5.1]

87 [D.1.8.6pr]

88 [D.1.8.10]

89 [D.1.8.6.1]

Havia coisas que eram consideradas de natureza sacra, religiosa ou santa, impossíveis de serem incorporadas ao patrimônio pessoal de qualquer pessoa⁹⁰.

As coisas, na cidade ou no campo⁹¹, somente poderiam ser consideradas sacras se fossem consagradas publicamente, como, p. e., uma casa, mesmo que fosse destruída⁹² e os muros de uma cidade, nos quais não se poderia afixar qualquer coisa neles⁹³ ou sobrepor-lhes algo sem autorização do príncipe ou *presidente*⁹⁴. Eram coisas inestimáveis⁹⁵, como se verifica pela violação dos muros de Roma, que atraía a sanção capital⁹⁶. O lugar religioso é exemplificado como o local cedido para enterrar o defunto, aquele local, mesmo que fosse alheio, deixaria de pertencer ao particular⁹⁷.

A propriedade santa seria tudo aquilo que está apoiado em uma sanção, mesmo que não haja consagração a algum deus. Um grande exemplo de propriedade que não seria profana, nem sagrada, mas santa, seriam as leis⁹⁸. A explicação pode ser encontrada em Cícero⁹⁹: “[...] lei é a razão suprema da Natureza, que ordena o que se deve fazer e proíbe o contrário. Esta mesma razão, uma vez confirmada e desenvolvida pela mente humana, se transforma em lei[...];” portanto, lei seria a *força da Natureza, o espírito e a razão do homem dotado de sabedoria prática, o critério do justo e do injusto*. Destarte, não poderiam ser apropriáveis nem serem entendidas como uma normatização qualquer, pois sua origem não poderiam ser os mandamentos do povo, os decretos dos líderes ou as sentenças judiciais, pois – isto – tornaria o direito sinônimo de roubo, adulteração e falsificação, quando “[...] fosse ratificado pelos desejos ou decisões da massa”¹⁰⁰. Por exemplo, as leis Tícias, Apuléias e a lei agrária de Druso foram vistas como exemplos de

90 [D.1.8.6.2]

91 [D.1.8.9pr]

92 [D.1.8.6.3]

93 [D.1.8.8.2]

94 Presidente é um nome genérico, podendo ser atribuída tanto a procônsules quanto aos legados de César ou aos regentes das províncias [D. 1.18.1].

95 [D.1.8.8.4]

96 [D.1.8.11]

97 [D.1.8.6.4]

98 [D.1.8..9.3]

99 Cicero, 1967, p. 40

100 Cicero, 1967, p. 50.

normas que não são leis, ao passo que as leis tidas como justas não seriam suscetíveis de anulação¹⁰¹.

Além do que ficou codificado no Digesto, há outras contribuições que podem ser verificadas diretamente em Gaio, à impossibilidade de usucapião das coisas sagradas e religiosas, nem mesmo no caso do possuidor de boa-fé, o que estaria de acordo com a Lei das XII Tábuas¹⁰². A influência do cristianismo alterou o sentido das coisas pertencentes ao direito divino, pois as coisas sacras ou consagradas passaram a ser somente as coisas que se consagrassem a Deus por meio dos bispos, os novos pontífices¹⁰³.

3.2 Instituições romanas do período republicano: o sentido perdido de coletivo, propriamente dito

Retornando na Antiguidade para antes da codificação, verifica-se que a família romana, base da Urbe, é a chave para se entender o sentido daquela coletividade. O chefe de família (*pater familias*) era o responsável pela administração dos bens de todos os membros de sua família, até a sua morte, possuindo grande autoridade moral¹⁰⁴. O *heredium* talvez tenha sido o primeiro tipo de propriedade particular, caracterizada por ser vinculada à família como domicílio, fundiária, hereditária e inalienável¹⁰⁵.

A família romana difere sobremaneira da configuração das famílias contemporâneas: aparentavam ser organizações de tipo semi-estatal¹⁰⁶, sendo fechadas em si mesmo e tendo no *pater familias* um chefe com poderes absolutos sobre esposa, descendentes, parentes adotados, clientes (vassalos) e (num primeiro momento) poucos escravos.

Provavelmente foi somente por necessidade e pragmatismo que aqueles antigos *chefes* – acostumados a exercerem com potestade todas as funções necessárias para a sobrevivência da família – concordaram em criar a urbe romana¹⁰⁷. Até então, os bens da família eram administrados pelo *pater cor-*

101 Cicero, 1967, p. 67.

102 Gaio, 1955, p. 85 [G.2.48-49].

103 Cretella Júnior, 1997, p. 167.

104 Rocher, 1984, p. 109.

105 Ribas Alba; Serrano Vicente, 2015, p. 30.

106 Valditara, 2008, p. 4-5.

107 As famílias romanas ao se enriquecerem, passaram a ser alvo de saqueadores, não conseguindo manter a ordem interna e administrar seus domínios como convinha a seus interesses. [Valditara *et al.*]

respondente, que não os titulativava sobre sua pessoa, mas os organizava e os defendia como bem de toda sua organização¹⁰⁸. Os filhos permaneciam sobre a guarda do pai até que este viesse a falecer; neste momento, estes potencializavam sua latente capacidade e se transformavam em chefes de sua família, com divisão do patrimônio da família originária. Em um momento anterior à fundação da Urbe, os *pater familias* foram se organizando em torno de seu ancestral comum, sob o nome de *gen*, que tinha como função exclusiva a defesa externa, em especial da terra (*ager publicus*)¹⁰⁹. Como a terra não poderia ser titularizada, o seu uso passou a ser concedido por meio de um contrato de *clientela*, para que os estrangeiros que buscassem abrigo pudessem se agregar às famílias sem que esta perdesse a titularidade do bem¹¹⁰.

Quando as *gentes* se organizaram na *Liga dos Sete Montes*, para reforçar ainda mais a segurança interna e externa, surgiram as *cúrias*¹¹¹, que possibilitaram a união daqueles que não possuíam um ancestral comum, esta instituição permaneceu após a fundação da *cidade romana*, quando o povo se reunia naquelas assembleias¹¹².

A legitimação do poder que ocorreu por meio do voto nas *cúrias* revela que o poder (*potestas*) do rei não poderia ser absoluto como o do *pater familias*¹¹³; provavelmente foi um restrito conjunto de *chefes* reunidos em conselho (Senado) que elegeram o Rei vitalício para manutenção da ordem¹¹⁴; em razão disto, a figura real se esforçava para realizar um bom governo, pois seu poder não provinha de graça divina¹¹⁵.

Mas não houve o surgimento de uma cidade-estado ou de um Estado romano dentro das categorias modernas, pois o que se criou foi um local para se tratar de interesses comuns (públicos), que afetavam a todas as

108 Cf. Ribas Alba (2015, p. 28) na época primitiva a morte do *pater familias* não possuía o condão de tornar alienável o patrimônio familiar, somente se substitua o administrador dos bens.

109 Valditara (2008, p. 6).

110 Durant, 1971, p. 19.

111 As *cúrias* e uma organização ainda primitivas, que se perdeu no tempo, possibilitaram que houvesse a transição entre a organização pelo vínculo de sangue e a fundação da cidade (Ribas Alba, 2015, p. 40).

112 Durant, 1971, p. 10. Petit, p., 1971, p. 197. Lívio, 2008, Livro I, XIII, p. 67.

113 Lívio, Livro I, VII.

114 Valditara, 2008, p. 12.

115 Rouland, 1997, p. 37.

famílias. Desta forma, a soberania era partilhada entre a coletividade de cidadãos¹¹⁶ e a coerção exercida por um rei eleito, vitalício e não hereditário. O Senado e os comícios por cúrias (assembleias) não permitem que se considere aqueles primeiros reis como monarcas absolutistas: apesar de exercer todas as funções diretamente, não era proprietário dos bens da urbe, nem costumava desconsiderar o que se manifestava nas assembleias ou se tratava no Senado, pois sabia que o poder provinha das famílias, tanto que, quando morria, cabiam aos Senadores exercerem o poder real no interregno. A propriedade neste período foi o fundamento da autonomia da comunidade familiar, sendo representada pelo seu *pater*, que, como visto, não era proprietário singular¹¹⁷.

Quando houve a revolução republicana, não se quer dizer que se pretendeu modificar a organização constitucional, mas sim preservar a propriedade do povo romano (*res publica*) dos abusos cometidos pelo Rei Tarquínio (o Soberbo), que pretendia criar uma dinastia aos moldes orientais. Para se resguardar *Res Publica* (coisa pública no sentido jurídico próprio) de novas ambições, foram criadas as magistraturas para suprirem a atuação do Rei, cujo poder foi fatiado, o que deu início às magistraturas laicas e religiosas. Não é o objetivo deste trabalho explicar como e quando as magistraturas inicialmente patrícias surgiram (Consulado, Pretura, Edilidade Curul, Censura, Questura), assim como não se irá adentrar ao surgimento do Tribunato da Plebe e da Edilidade Plebeia. Entretanto, é importante ressaltar que aquelas magistraturas republicanas surgiram como forma de se preservar a propriedade do povo romano (consequência de um processo de disputas entre as ordens patrícia e plebeia), permitindo que se agregasse o novo, sem destruir sua identidade, organizada por meio da sociedade¹¹⁸.

O direito quiritário deve ser contextualizado na época agrária escravista de subsistência, quando as famílias romanas cresceram por meio de conquistas e estabeleceram um direito sobre o distribuído, razão pela qual, na época de revolução plebeia, pensava-se em redistribuir a propriedade e não em tomar a propriedade. No período republicano, as instituições conceituaram a propriedade (ou titularidade de bens) de uma forma bem diferente: “O

116 Pilati, 2017, p. 38.

117 Valditara, 2008, p. 29.

118 Cf. Lobrano (1983, p. 110), a própria atuação dos Tribunos da Plebe nunca foi no sentido de paralisar as magistraturas ou destruir a Urbe, mas sim se defenderem dentro da Urbe.

que hoje se entende como Propriedade era descrito por: *habere possidere uti frui licere. Licet, licere, licuit* ou *licitum* est tem o sentido de: o que se permite ter, possuir, usar e fruir (do patrimônio coletivamente conquistado)¹¹⁹.

A titularidade do território era do Povo Romano (*Populus Romanus*), que deve ser entendido como uma ficção jurídica construída a partir da realidade de um agrupamento armado, que defende e aumenta seu domínio¹²⁰. Conseqüentemente, a terra (*ager publicus*) segue a lógica de houve uma ocupação bélica ou uma defesa ativa por meio da força e aplicação soberania (*maiestas*). O uso do *ager publicus* ocorria fora de qualquer titularização, pois, a conquista era considerada mérito de todos daquele povo, sendo, portanto, coisa do povo (*res publica*). Poderia haver um uso comum da terra como no caso do *ager compascuus*. Quando a divisão e atribuição das terras passou a ser feita com caráter pleno e irrevogável originou-se a propriedade privada com características de domínio (*dominium*)¹²¹.

A propriedade particular sofreu limitações em razão de interesse coletivo, como o dever de proprietários manterem as vias públicas que lhe forem limítrofes em bom estado de conservação, não poderem demolir um imóvel para especular com os materiais, assim como a expropriação de um bem particular em razão de utilidade pública. Neste caso, mesmo que não tenha havido lei específica sobre desapropriação, os cidadãos, provavelmente, verificariam justiça na decisão do magistrado¹²².

Na Roma Republicana houve três sistemas jurídicos distintos, que conviviam de forma complementar: o *ius civile*, o *ius honorarium* e o *ius gentium*. O *ius civile* (direito dos civis ou, melhor, direito dos cidadãos) diz respeito ao direito gerado a partir dos costumes (*mores*) – encontrados, em grande parte, na Lei das XII Tábuas – e desenvolvido em direitos público e privado¹²³. O *ius honorarium* ou *ius pretorium* (respectivamente direito honorário ou direito pretoriano) é o direito que surgiu das modificações que os Pretores inseriram no ordenamento jurídico para aperfeiçoar, suprir ou corrigir o direito dos cidadãos¹²⁴. O *ius gentium* (direito das gentes) foi o

119 Pilati, 2017, p. 37.

120 Castro, 2019, p. 204 e ss.

121 Ribas Alba e Serrano Vicente, 2015, p. 30-31.

122 Iglesias, 2012, p. 338-339.

123 Paricio; Barreiro, 2014, p. 78-79.

124 Paricio; Barreiro, 2014, p. 80-82.

sistema jurídico surgido das relações comerciais e culturais entre cidadãos (*cives*) e estrangeiros (*peregrini*), sendo que seu nome alude a um direito que sendo romano, estende-se a estrangeiros¹²⁵.

Retornando ao direito do cidadão (*ius civile*), tem-se que o público e privado em Roma adquiriu significações que não se enquadram nos paradigmas jurídicos modernos. Uma forma prática de se verificar se uma norma antiga tratava de direito público ou privado romano pode ser encontrada em Meira¹²⁶, que se resume a verificar se o escopo visa o indivíduo (direito subjetivo, privado) ou a coletividade (direito objetivo, público). Por exemplo, houve um direito penal privado – que deu origem ao moderno direito das obrigações – e um direito penal público que, inicialmente, somente tratou da conduta de alguém que traísse à República (*perduellio*) ou assassinasse um *chefe de família* (*parricidium*). Ambos eram crimes que atentavam contra a subsistência da sociedade enquanto grupo comum¹²⁷.

Essa concepção de direito público e privado permitiu que o Direito barrasse manifestações de interesses individuais dos *patres* que fossem nocivas ao *populus romanus*¹²⁸. Em linhas gerais, pode-se afirmar que tudo o que afetasse mais a coletividade do que o indivíduo seria objeto do direito público, o que excluía a possibilidade de haver um uso ilimitado e irresponsável da propriedade. O desenvolvimento do Direito (*ius*) ocorreu pela manutenção dos conceitos primitivos e pela resolução dos casos que se apresentavam na urbe¹²⁹. Como as leis eram consuetudinárias e guardadas em sigilo e interpretadas somente por sacerdotes (pontífices), evitavam-se alterações na estrutura social. De fato, por muito tempo os costumes se apresentaram como a única fonte certa do direito privado¹³⁰.

125 Paricio; Barreiro, 2014, p. 83-84.

126 Meira, 1972, p. 184-208.

127 Rocher, 1984, p. 109.

128 A cognição “mágico-sacral-religiosa” e a cognição do *ius* foram realizadas para a compreensão de como deveria ser a atuação dos *patres*, pelo que se criou o colégio dos sábios pontífices que prescreviam aspectos de sociabilidade terrenos e divinos (Nicolete, 1991, p. 76-77).

129 O desenvolvimento do *ius* ocorreu pelas respostas (*responsa*) dos pontífices aos *patres* sobre conflitos entre famílias e *gentes*, cuja consulta se baseava na recordação das tradições (*mores*), experiências sociais e conceitos religiosos (Nicolete, 1991, p. 76-78).

130 Sendo o *fas* a norma que regula a relação com o divino, o *ius*, produzido nos dias *fasti* era a aplicação daquela norma por meio de *sacra*, cujas fórmulas ao serem somente reveladas casuisticamente pelos sacerdotes, permitiam o equilíbrio e a manutenção dos valores romanos (VALDITARA, 2008, p. 22). Também nesse sentido Durant (1971, p. 21) e Petit E. H. J. (2003, p. 43).

Quando a organização romana passou a depender de plebeus, que não se encaixavam na estrutura gentílica e, conseqüentemente, do *ius civile*, surgiram instituições que permitiram a participação daquela massa por meio de tribunos, assembleias, plebiscitos. Ou seja, entre a *soberania (maiestas)* do povo (*populus*) e o *governo*, os Romanos inseriram o elemento do Tribunato como garantidor de direitos da massa plebeia¹³¹. A atuação dos pretores não pode ser desconsiderada, pois ajuda a compreender o sistema jurídico romano. Como a propriedade quirítária era da coletividade familiar, se um peregrino adquirisse um terreno, dentro de Roma, por não possuir a cidadania, poderia sofrer uma ação reivindicatória. Num primeiro momento o pretor criou exceções, como a devolução do valor pago, em outro momento, realizava a outorga da cidadania *ad hoc*, para decretar, de forma casuísta, a usucapião para o peregrino¹³².

Ao final da República, houve o regime político de “democracia direta (assembleias populares com suas magistraturas e o controle pelo Senado)”¹³³ nos municípios que, organizações que surgiram no séc. IV a.C. enquanto comunidades-cidadãs que se incorporaram ao *ager publico* – permanecendo até hoje como instituição política importante¹³⁴-, mas que mantinham autonomia administrativa, constituição interna simplificada e magistrados eletivos, Senado local, assembleia com poderes legislativos, judiciais e eleitorais, exercendo mantendo o exercício de sua *res publica*¹³⁵.

As comunidades, em âmbitos províncias, foram organizadas e regulamentadas de formas diversas, sendo que o *populus* permitiu, muitas vezes, o autogoverno com a impossibilidade de se suprimir a propriedade privada quirítária¹³⁶.

Por fim, cabe ressaltar que o termo *Comum* provavelmente se enquadra no sentido da república dos romanos, pois, verifica-se que no latino medieval, a palavra *commune* estava propriamente para “república”¹³⁷, desde que fosse uma comunidade que pudesse se regulamentar juridicamente pela

131 Lobrano, 2009, p. 21

132 Pilati, 2017, p. 41.

133 Pilati, 2013, p. 39.

134 Elevado à categoria de ente estatal pela constituição da República Federativa do Brasil, art. 1º.

135 Ribas; Serrano Vicente, 2015, p. 100-101.

136 Sobre o assunto ver Ribas Alba e Serrano Vicente (2015, p. 103 e ss.).

137 Lobrano, 2004, p. 5.

votação em assembleias e resolver os conflitos ali existentes. Parece forçoso reconhecer que a chave de tudo encontra-se no conceito de *populus*, ou seja, em se tornar comum os interesses do povo (sociedade), à exemplo do que se pode observar palpavelmente no direito helvético¹³⁸.

4. Conclusão: uma visão prospectiva

O mundo jurídico se depara com a emergência do Comum, que propõe ser uma alternativa às correntes de pensamento que surgiram no mundo moderno como válidas para normatizar espaços socioambientais. A análise jurídica do *Comum* deve passar pela análise romanista por diversos fatores. A propriedade romana não teve origem em um direito natural, absoluto e individualista, como pode-se imaginar. Pelo contrário, surgiu em um momento em que a ficção jurídica, que servia para explicar a *Urbe* romana, foi o *Populus* e não Estado.

O direito romano reconheceu diversos tipos de propriedade, inclusive, algumas que podem ser tidas como bens comuns, como o ar, a água em curso, margem dos rios, o mar e os litorais do mar. Houve ainda outras qualidades de propriedades, que não se enquadram no binômio público x privados, como as *Universitatis* que são coisas da coletividade, assim como as coisas relativas ao direito divino, como as leis, os túmulos e muralhas, portas da cidade e os limites dos campos.

Consideradas as linhas gerais, nota-se, a título conclusivo que a coisa pública chegou a adquirir em Roma um sentido verdadeiramente republicano, pois o romano, ao não se atar a paradigmas de representação fictícia, conseguiu se colocar na posição de condômino (*communio*) dos bens da *Urbe*. Não se quer dizer que a Sociedade romana foi isenta de falhas. Entretanto, o sistema jurídico romano republicano permitiu que se pudesse contemplar, com maior amplitude, fenômenos que o dogmatismo do paradigma jurídico moderno despreza.

Conclui-se, em uma visão prospectiva, que o Direito Ocidental possuiu em suas raízes manancial suficiente para analisar o fenômeno emergente do *Comum* por meio de uma experiência jurídica milenar que, por ter sido registrada, pode ser utilizada como nova teoria jurídica.

138 Castro, 2019, p. 204-209.

Referências

- ALFÖLDY, Gèza. *A história social de Roma*. Tradução de Maria do Carmo Cary. Lisboa: Presença, 1989.
- AMUNATEGUI PERELLO, Carlos Felipe. Las “gentes” y la propiedad colectiva. *Rev. estud. hist.-juríd.* Valparaíso, n. 32, p. 39-58, 2010. Disponível em <https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_art-text&pid=S071654552010000100001&lng=pt&nrm=iso> Acesso em: 06 abr. 2020.
- BERNARDES, Márcio de Souza. *A (re)invenção do comum no novo constitucionalismo latino-americano: ecologia política, Direito e resistência na América Latina*. 2017. 309 f. Tese de Doutorado - Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC, Florianópolis, 2017.
- BOLLIER, David. *Pensar desde los comunes: una breve introducción*. Madri: Traficantes de Sueños, 2016.
- BOLLIER, David; HELFRICH, Silke (Org.). *The wealth of the commons*. Amherst, MA: Levellers Press, 2012.
- BRETONE, Mario. *História do direito romano*. Tradução de Isabel Teresa Santos e Hossein Seddighzadeh Shooja. Lisboa: Estampa, 1998.
- CAPRA, Fritjof. MATTEI, Ugo. *A revolução ecojurídica: o direito sistêmico em sintonia com a natureza e a comunidade*. Tradução Jeferson Luiz Camargo. 1ª edição. São Paulo: Editora Cultrix, 2018.
- CASTRO, Cláudio Henrique de. *O Referendo como requisito procedimental de vigência das mudanças constitucionais no Brasil Contemporâneo: uma proposta inspirada no Direito Romano e na democracia direta da Confederação Suíça moderna*. Universidade do Extremo Sul Catarinense (PPGD-UFSC). Orientador: José Isaac Pilati, 2019.
- CATALANO, In: *Seminários de direito romano*. Brasília: Universidade de Brasília, 1982, p. 13-29.
- CRETELLA JÚNIOR, J. *Curso de Direito Romano*. 20ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1997.
- CRETELLA JÚNIOR, J., CRETELLA, Agnes in GAIO. *Institutas do Jurisconsulto Gaio*. Tradução J. Cretella Júnior, Agnes Cretella. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 2004.
- DARDOT, P; LAVAL, C. *A nova razão do mundo: ensaio sobre a sociedade neo-liberal*. Tradução de Mariana Echalar. 1. ed. São Paulo: Boitempo, 2016.

- DARDOT, P; LAVAL, C. *Comum: ensaio sobre a revolução no século XXI*. Tradução de Mariana Echalar. 1. ed. São Paulo: Boitempo, 2017.
- DE ANGELIS, Massimo. Introduction. *The commoner*. n. 11, p. 1, 2006. Disponível em: <<http://www.commoner.org.uk/?p=24>>. Acesso em: 06 abr. 2020.
- DURANT, Will. *César e Cristo: história da civilização romana e do cristianismo até o ano 325*. Tradução de Mamede de Souza Freitas. 2. ed. Rio de Janeiro: Record, 1971.
- GAIO. *Institutas do Jurisconsulto Gaio*. Tradução J. Cretella Júnior, Agnes Cretella. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- HARDT, Michael; NEGRI, Antonio. *Império*. Tradução: Berilo Vargas. 2. ed. Rio de Janeiro: Record, 2001.
- HARDT, Michael; NEGRI, Antonio. *Multidão: guerra e democracia na era do Império*. Rio de Janeiro: Record, 2005.
- HARDT, Michael; NEGRI, Antonio. *Bem-estar comum*. Rio de Janeiro: Record, 2016.
- HARDIN, Garrett. The tragedy of the Comum. In: *Science* 162, 1968.
- HOUART, François. Dos bens comuns ao “bem comum da humanidade”. In: Conferência “Dos bens comuns ao Bem Comum da Humanidade”, 2011, Roma. Tradução Conceição Rosa de Lima Conceição. *Anais [...]*. Bruxelas, Fundação Rosa de Luxemburgo, 2011.
- IGLESIAS, Juan. Direito romano. 18. ed. Espanhola. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 2012.
- JUSTINIANO I, Imperador Bizantino. *Institutas do imperador justiniano: manual didático para uso dos estudantes de direito de Constantinopla, elaborado por ordem do Imperador Justiniano, no ano de 533 d.C.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- GRANDAZZI, Alexandre. *As origens de Roma*. Tradução de Christiane Gradwohl Colas. São Paulo: Unesp, 2010.
- KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*. Tradução de Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. 12. ed. São Paulo: Perspectiva, 2013.
- LINEBAUGH, Peter. *El manifesto de la Carta Magna: comunes y libertades para el pueblo*. Traducción Uaiza Hernández Velázquez y Asrtor Díaz Simón. 1. ed. Madrid: Traficantes de Sueños, 2013. Licencia Creative Commons.
- LÍVIO, Tito. *Historia de Roma: desde a fundação da cidade*. Edição Bilingüe. Tradução de Mônica Costa Vitorino. Introdução e notas de Júlio

- César Vitorino. Revisão da Tradução Guilherme Gontijo Flores. Belo Horizonte: Crisálida, 2008.
- LÍVIO, Tito. *Historia de Roma*: desde su fundación. Libros I a X. Traducción del inglés (Rev. Canon Roberts) al Castellano por Antonio Diego Duarte Sánchez, 2011. Disponível em: <<http://historicodigital.com/download/tito%20livio%20i.pdf>>. Acesso em: 06 abr. 2020.
- LOBRANO, Giovanni. *Il potere dei tribuni dela plebe*. Milano: Giuffrè, 1983.
- LOBRANO, Giovanni. Comuni, repubblica e federazione tra diritto romano e diritto inglese. *Diritto@Storia*: rivista internazionale di scienze giuridiche e tradizione romana, Sássari, n. 6, 2007.
- LOBRANO, Giovanni. A teoria da respublica (fundada sobre a “sociedade” e não sobre a “pessoa jurídica”) no Corpus Juris Civilis de Justiniano (Digesto 1.2-4). *Revista Seqüência*, n. 59, p. 13-41, dez. 2009.
- LOBRANO, Giovanni; ONIDA, Pietro Paolo. Rappresentanza o/e partecipazione. Formazione della volontà “per” o/e “per mezzo di” altri. Nei rapporti individuali e collettivi, di diritto privato e pubblico, romano e positivo. *Diritto @ Storia*: rivista internazionale di scienze giuridiche e tradizione romana, Sássari, n. 14, 2016.
- MATTEI, Ugo. *Bienes Comunes*: um manifesto. Tradução Gerardo Pisarello. Madrid, SEPS, 2013.
- MEIRA, Silvio Augusto de Bastos. *A Lei das XII Tábuas*: fonte do direito público e privado. 3ª ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 1972.
- MEIRA, Silvio Augusto de Bastos. *Curso de direito romano*: história e fontes. São Paulo: Saraiva, 1975.
- MEIRA, Silvio Augusto de Bastos. O Direito Romano e o Novo Mundo* (Nunca o Brasil precisou tanto do Direito Romano, como agora). Conferência proferida no Congresso Ítalo-Sul-Americano de Direito Romano, em Aracaju, Sergipe, Brasil, em agosto de 1987. *Revista de Ciência Política*, Rio de Janeiro, maio/jul. 1989.
- NICOLETE, Claude. O cidadão e o político. In: GIARDINA, Andrea (Org.). *O homem romano*. Tradução de Maria Jorge Vilar de Figueiredo. Lisboa: Presença, 1991. p.73-86.
- OSTROM, Elinor. *Governing the Commons*: the evolution of institutions for collective action. New York: Cambridge University Press, 1990.
- OSTROM, Elinor. *El gobierno de los bienes comunes*: la evolución de las instituciones de acción colectiva. 1. ed. Cidade do México: Fondo de Cultura Económica; Cuernavaca: Centro Regional de Investigaciones

- Multidisciplinares, Universidad Nacional Autónoma de México: Instituto de Investigaciones Sociales, 2000.
- OSTROM, Elinor. *Sem Fronteiras* – Elinor Ostrom, a vencedora do Nobel de Economia. 2009. Disponível em <<https://www.youtube.com/watch?v=2QG7KRSfs6c>> Acesso em: 06 abr. 2020.
- OSTROM, Elinor; HESS, Charlotte. *Understanding knowledge as a commons: from theory to practice*, 2007.
- OXFAM. *Uma economia para os 99%*. Documento informativo da Oxford Committee for Famine Relief – OXFAM. OXFAM Internacional, Oxford, jan. 2017.
- OXFAM. *Bem público ou riqueza privada*. 2018. Disponível em: <https://www.oxfam.org.br/sites/default/files/arquivos/2019_Bem_Publico_ou_Riqueza_Privada_pt-BR.pdf?utm_source=site&utm_medium=social&utm_campaign=davos2019_davos2019-leads-site&utm_content=visitantes-site&utm_term=botao-baixar_botao-baixar_cpc_botao-site_baixar.> Acesso em: 15 set. 2019.
- PARICIO, Javier; BARREIRO, A. Fernander. *História del derecho romano e su recepción europea*. 10. ed. Madrid: Marcial Pons, 2014.
- PEZZELLA, Maria Cristina Cereser. *Propriedade privada no direito romano*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1998.
- POLETTI, Ronaldo. *Elementos de direito romano público e privado*. Brasília, DF: Consulex, 2014.
- RENDUELES, César; SUBIRATS, Joan. *Los (bienes) comunes: oportunidad o espejismo?*. Madri: Icaria, 2016.
- RIBAS ALBA, José Maria. *Libertad: la vía romana hacia la democracia*. Granada: Editorial Comares, 2009a.
- RIBAS ALBA, Jose Maria. *Democracia en Roma: introducción al derecho electoral romano*. Granada: Editorial Comares, 2009b.
- RIBAS ALBA, José Maria. *Génesis del derecho en Roma: prolegomenos al estudio del derecho romano arcaico*. Madrid: Tecnos, 2015.
- RIBAS ALBA, José Maria. SERRANO VICENTE, Martín. *Derecho Romano: Volume I: Introducción Histórica Derecho de Personas y de Familia Derecho Procesal*. Madrid: Tecnos, 2015.
- RUSCHEL, C. V.; PORTANOVA, R. S. Global Commons and what gets lost in translation: associating nomenclatures with concepts. In: José Rubens Morato Leite; Melissa Ely Melo; Heidi Michalski Ribeiro. (org.).

- Innovations in the ecological rule of law*. São Paulo: Inst. O direito por um Planeta Verde, 2018, v. 1, p. 91-109.
- SAVAZON, Rodrigo. O comum entre nós: da cultura digital à democracia do século XXI. In: SILVEIRA, Sérgio Amadeu da. *Coleção democracia digital*. São Paulo: Editora SESC, v. 3, 2018.
- PETIT, Eugène Henri Joseph. *Tratado elementar de direito romano*. Tradução de Jorge Luíz Custódio Porto/Adaptação e notas Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: Russell, 2003.
- PETIT, Paul. *História antiga*. Tradução de Pedro Moacir Campos. São Paulo: Edipe, 1971.
- PILATI, José Isaac. *Audiência pública na Justiça do Trabalho*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.
- PILATI, José Isaac. *Planejamento urbano: o povo constitucional e a tarefa teórica de resgate do coletivo*. Seqüência: estudos jurídicos e políticos, jan. 2007. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15071>> Acesso em: 06 abr. 2020.
- PILATI, José Isaac. *Propriedade & função social na Pós-Modernidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.
- PILATI, José Isaac. *Panorama das fontes de Direito Romano Clássico e seu resgate na pós-modernidade jurídica: as Institutas de Gaio em particular*. Unisul de Fato e de Direito: revista jurídica da Universidade do Sul de Santa Catarina, [S.l.], v. 3, n. 6, p. 27-41, jun. 2013b. ISSN 2358-601X. Disponível em: <http://www.portaldeperiodicos.unisul.br/index.php/U_Fato_Direito/article/view/1459> Acesso em: 06 abr. 2020.
- PILATI, José Isaac. *Função social e tutelas coletivas: contribuição do direito romano a um novo paradigma*. Seqüência: Estudos Jurídicos e Políticos, jan. 2005. ISSN 2177-7055. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15184/13810>> Acesso em: 06 abr. 2020.
- ROCHER, Laura Sancho. *El Tribunado de la Plebe en la República Arcaica (494-287 A.C.)*. Zaragoza: Gorfisa, 1984.
- RUNCIMAN, Steven. *A civilização Bizantina*. Trad. Waltensir Dutra. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1961.
- Seminário internacional sobre ensino jurídico. Rio de Janeiro: Editora Con-sulex, 1996.

- SILVEIRA, Sérgio Amadeu da; SAVAZONI, Rodrigo. *O conceito do comum: apontamentos introdutórios*. Liinc em Revista, Rio de Janeiro, v.14, n.1, p. 5-18, maio 2018.
- SUETÔNIO. *A vida dos doze Césares: Júlio César, Augusto, Tibério, Calígula, Cláudio, Nero, Galba, Óton, Vitélio, Vespaziano, Tito, Domiciano*. Trad. Sady-Garibaldi. São Paulo: Ediouro, 2002.
- TEPEDINO, Gustavo. Direitos Fundamentais e acesso aos bens: entram em cena os commons. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*, Belo Horizonte, vol. 15, jan./mar. 2018, p. 11-14.
- VALDITARA, Giuseppe. *Lo stato nell'Antica Roma*. Soveria Manelli: Rubbettino, 2008.
- VIEIRA, Miguel Said. “*Relato Do Encontro ‘O Futuro Dos Bens Comuns.’*”. 2009. Disponível em <<http://ssrn.com/abstract=2574934>> Acesso em: 06 abr. 2020.
- VIEIRA, Miguel Said. Bens comuns: uma análise linguística e terminológica. *Matlit*, v. 3, p. 99-110, 2015.

Recebido em 22 de abril de 2020.

Aprovado em 03 de junho de 2020.

RESUMO: Este artigo tem por objetivo discutir a temática do Comum a partir da vertente do direito romano, tendo como foco a análise da propriedade, a partir do método do contraponto jurídico entre paradigmas distintos. Para a realização deste objetivo geral, o artigo se dividiu em duas partes distintas: num primeiro momento se explicou a emergência dos comuns, por meio de autores especializados nesta temática, para, num segundo momento, verificar como o Direito Romano tratou de propriedades que hoje podem se enquadrar no que se denomina Comum. Utilizou-se o método de abordagem dedutivo, mediante pesquisa bibliográfica. Ao final, pôde-se responder ao questionamento sobre “como Direito Romano pode contribuir para uma fundamentação jurídica do comum”. Em linhas gerais, conclui-se que existem contribuições que se encontram nas Institutas de Gaio, no *Digesto* de Justiniano e na própria concepção de República dos Romanos, que podem ser aproveitados pelo Direito.

Palavras-chave: comum; direitos humanos; instituições políticas; participação social; republicanismo.

ABSTRACT: This article aims to discuss the theme of the Common from the sight of Roman law, focusing on the analysis of property, from the method of the legal counterpoint between different paradigms. In order to achieve this general objective, the article was divided into two distinct parts: at first, the emergence of the commons was explained, through specialized authors in this subject; in a second moment, it was verified how the Roman Law dealt with properties that today can fit into what is called common. The deductive approach method was used through a bibliographic research. In the end, one could answer the question “how can Roman law contribute to a legal foundation of the common”. In general, it can be concluded that there are contributions found in the Institutes of Gaius, Justinian’s Digestion, and in the very conception of the Republic of the Romans, which can be used by law.

Keywords: commons; human rights; political institutions; social participation; republicanism.

Sugestão de citação: BORGES, Gustavo Silveira; FILÓ, Maurício Savino da Cunha. Cartografia contemporânea do comum e sua vertente no Direito Romano: um contraponto jurídico. *Revista Direito, Estado e Sociedade*, Ahead of print, 2021. DOI: <https://doi.org/10.17808/des.0.1434>.

Construção retórica da argumentação jurídica¹

Rhetorical construction of legal argumentation

João Maurício Adeodato*

Faculdade de Direito de Vitória, Vitória – ES, Brasil

1. Introdução: bases conceituais e metodológicas para uma visão realista da argumentação jurídica

O objetivo geral deste artigo é compreender o que se deve entender empiricamente por argumentação, atividade hoje muito discutida e palavra empregada em diversos sentidos. Pode-se dizer que a maioria dos autores que se interessam por teoria da argumentação permanece presa aos cânones criados a partir da *Retórica* de Aristóteles. Isso significa assumir uma perspectiva metodologicamente normativa, ou seja: sobretudo na teoria do direito, os autores discutem como acham que a argumentação deveria ser e não como ela efetivamente acontece.

Essa perspectiva dominante entende a argumentação e a própria retórica exclusivamente como persuasão, a “arte” da persuasão. Resumindo, Aristóteles afirma que a persuasão pode acontecer pelas vias de *ethos*, *pathos* e *logos*: “a primeira espécie depende do caráter pessoal do orador; a segunda, de provocar no auditório certo estado de espírito; a terceira, da prova, ou aparente prova, é fornecida pelas palavras do discurso propriamente dito”².

1 Apoio do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico – CNPq.

* Professor da Faculdade de Direito de Vitória. Ex-Professor Titular da Faculdade de Direito do Recife. Livre Docente da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Professor Convidado e Pesquisador da Fundação Alexander von Humboldt. Pesquisador 1-A do CNPq. E-mail: jmadeodato@gmail.com.

2 ARISTÓTELES, 1990b, p. 595 (I, 2, 1356a).

Isso já significa excluir da retórica e da argumentação todo discurso que não se processe por essas três vias, uma redução muito significativa. Muitos autores permanecem fiéis a essa tripartição de Aristóteles³, mas outros, embora identifiquem argumentação e persuasão, reduzem ainda mais seu âmbito, considerando que a persuasão ocorre unicamente pela via do *logos*, pressupondo igualdade entre as partes, coerência, “racionalidade”. São ainda mais idealistas⁴.

Este artigo apela à tradição anterior a Aristóteles e defende a tese de que a argumentação vai muito além da persuasão, pois o discurso humano é também constituído por outras vias e ações linguísticas em que o orador não visa convencer os participantes. Metodologicamente, adota uma postura descritiva, isto é, não normativa. A persuasão é um procedimento argumentativo muito importante e eficiente, sem dúvida, mas não se pode reduzir a argumentação a ela, pois exige pressupostos difíceis e raros de se encontrar. Uma teoria da argumentação realista procura explicar as diferentes maneiras pelas quais o discurso efetivamente ocorre, deixando em segundo plano a opinião de cada autor sobre como ele deve ser⁵.

Para esclarecer esse objetivo e essa tese, o trabalho começa por estudar as bases clássicas da argumentação, em torno do conceito de silogismo, e propõe uma classificação. Como o entimema, para Aristóteles e sua tradição, é o silogismo retórico por excelência, a forma de expressão da persuasão, o artigo passa então a explicar e exemplificar – de forma original, pois os textos de Aristóteles não são claros a respeito – o que distingue os tipos de silogismo. Isso para introduzir o conceito de silogismo erístico e a tese fundamental do trabalho, qual seja, a de que as perspectivas normativas de Aristóteles, e de quase todos os autores que se ocuparam da argumentação jurídica, eliminaram as vias erísticas da retórica e assim de toda a argumentação.

Em outras palavras, a autoridade de Aristóteles contribuiu para que conselhos idealistas passassem a ser vistos como descrições da realidade, pois os teóricos da argumentação racional, por exemplo, não deixam claro que estão expondo sua opinião sobre como a argumentação deveria ser, segundo aquilo que acham o modelo ideal, mas antes fazem parecer que

3 Como SCHLIEFFEN, 2006, p. 42–64.

4 Por exemplo, ARENDT, 1968, p. 120 s; ALEXI, 1978.

5 GAST, 2015.

descrevem como o mundo real, desde que eficiente e bem-organizado, efetivamente funciona. Esse tipo de filosofia é de pouca valia para o profissional ou estudante de Direito, vez que não corresponde aos dados empíricos com os quais trabalha ou pretende trabalhar.

A proposta deste artigo é, portanto, chamar atenção para a conveniência de reinserir no estudo da argumentação o que faz e sempre fez parte dela: simulação, ironia, bajulação, arrogância, falsa modéstia, mentira... São tão numerosas as vias erísticas, que não há um catálogo e algumas nem nome têm; ou seja, há grande confusão entre elas. Paralelamente, o artigo sugere que as vias erísticas não são necessariamente maléficas por se afastarem de uma verdade: a qualidade ética de um argumento vai depender do contexto e jamais de sua verdade ou falsidade.

No campo do direito, a argumentação constitui uma das fases do trabalho jurídico dogmaticamente organizado na sociedade complexa, faz parte de uma sequência de procedimentos que produz uma decisão sobre um problema considerado juridicamente relevante. O número e detalhamento de suas fases variam segundo o autor⁶ e o importante é que sejam entendidas como uma abstração pedagógica, conceitos ideais, assim como sua ordem cronológica, do conflito à decisão, passando pela “inegabilidade dos pontos de partida”, interpretação, argumentação, proibição do *non liquet* etc. Na realidade empírica essas fases se interpenetram, há zonas cinzentas, idas e vindas, em uma palavra: elas se misturam. E na prática, um profissional do Direito experiente procura imaginá-las simultaneamente, ao traçar sua estratégia de abordagem de um caso.

Porém há diferenças de atitudes que podem ser mais bem compreendidas quando se distinguem argumentação e interpretação como duas fases distintas. A interpretação é como um pré-requisito da argumentação, pois argumentar é tentar fazer prevalecer uma interpretação. Qualquer orador, em qualquer argumentação, parte de padrões de discurso que se apresentam como válidos no ambiente do caso, escolhe aqueles que melhor se adaptam a defender seus interesses e os interpreta. No Direito, interpretar é dar um significado a uma fonte válida (contrato, testamento, decreto, jurisprudência), com referência a uma situação concreta única. No mais das vezes, a base das fontes alegadas é uma lei e o problema jurídico é um conflito.

6 Por exemplo: FERRAZ JÚNIOR, 1980, p. 95 s., identifica dois “constrangimentos”; BALLWEG, 1989, p. 229 s., os amplia para quatro; e MÜLLER, 1994, p. 162 s., apresenta onze fases.

De posse dessa interpretação, cada participante tenta fazer com que a sua seja a mais próxima possível daquela que venha a se concretizar na decisão do caso. Pois bem: o caminho entre a interpretação e a decisão é a argumentação, o procedimento ou conjunto de procedimentos pelos quais as interpretações discrepantes tentam prevalecer. A argumentação pressupõe assim um espaço comum, uma arena de regras tópicas generalizadas, e tem uma função social civilizatória, mesmo quando não atinge a persuasão, pois substitui a violência⁷.

Os estudos iniciais sobre a faculdade humana de argumentar estão nos primórdios da filosofia grega, tanto na ontológica de Platão e Aristóteles quanto na retórica da sofística de Górgias e Protágoras. Situar o significado da argumentação, com base nas diferenças entre os enunciados linguísticos que as expressam, permite entender seu desenvolvimento na história das palavras e seu significado hoje.

As primeiras referências chamaram esses enunciados de “silogismos” (συλλογισμός, *syllogismós*) palavra literalmente formada por “com” (σύν, *syn*) e “cálculo” (λογισμός, *logismós*). Essa palavra “cálculo”, numa tradução de uma perspectiva moderna, também trazia acepções como “avaliação”, “ponderação”, “racionalidade”; daí a palavra silogismo ser comumente identificada com “argumento”.

Para definir o silogismo, o “conceito” pode ser tomado como a unidade do discurso, o elemento inicial, em que pese a suas variações de significado na história da filosofia. Às vezes entendido como uma ideia platônica, às vezes como um “universal”, às vezes como expressão simbólica de ideias, de toda forma, o conceito se exterioriza por uma palavra e se une a outros conceitos e palavras para formar juízos.

O juízo expressa-se pela frase ou sentença e consiste em um encadeamento de conceitos: os conceitos de “mulher” e “mortal” unem-se no juízo “a mulher é mortal”, por exemplo. Um encadeamento de juízos, por seu turno, forma um silogismo. Um encadeamento de silogismos consiste num argumento, embora possa haver argumentos contidos em um único silogismo.

Essa definição é mais ampla do que a dominante, inspirada em Aristóteles, a qual entende o silogismo necessariamente como um raciocínio dedutivo; a inconsistência de colocar todo silogismo como dedução é que isso exclui

7 ADEODATO, 2014, p. 301 s.

a indução da classificação dos silogismos, negando assim a possibilidade de entimemas paradigmáticos, que são gerados por observação indutiva.

Estudando essas formas da linguagem humana, expressão do pensamento, os gregos antigos cuidaram de classificar os silogismos e também os juízos que os compõem. Embora Aristóteles seja o autor fundamental, pelo muito que sobreviveu de sua obra, é razoável concluir, e ele mesmo cita diversos precursores, que boa parte das ideias debatidas não é sua criação exclusiva.

Antes de sugerir uma classificação dos silogismos, três ressalvas são aqui feitas.

Primeiro, como os silogismos constituem formas de pensamento e expressão da espécie humana, e por isso se tornaram tema recorrente, as maneiras e critérios para classificá-los, ordená-los, estudá-los são muito numerosas, como se pode ver nas diversas “figuras” que Aristóteles lhes atribui nos *Primeiros Analíticos*. Este trabalho precisa então fazer opções.

Em segundo lugar, termos tão antigos, carregados de alta porosidade, não permitem definição e classificação exata. O termo (*porosity*) é inspirado em Friedrich Waismann e seu conceito de textura aberta da linguagem⁸, mas também em Nicolai Hartmann e seu conceito platônico de irracionalidade do individual⁹, afirmando que todo real é individual e todo individual é impossível de ser apreendido em sua totalidade pelo ser humano, logo, é “irracional”. Aqui, porosidade é termo utilizado, mais especificamente, para designar as variações (ambiguidade e vagueza) de significado (sentido e alcance) das palavras ao longo do tempo e do espaço; é, por assim dizer, a história da palavra¹⁰.

Finalmente, conforme apontado acima, a grande quantidade de teorias da argumentação diferentes e debates intermináveis se deve ao fato de serem normativas, ou seja, cada autor tem sua solução. Neste trabalho, que adota uma abordagem analítica descritiva, vai ser sugerido um caminho para compreender como se formou, na história do pensamento ocidental, a ideia de argumento. E assim deve ser lido este texto, como uma proposta metodologicamente diferente daquelas dominantes no estudo da argumentação.

8 WAISSMANN, 1951.

9 HARTMANN, 1949, p. 302 s.

10 STRUCHINER, 2002, p. 18.

2. Os tipos de silogismos e uma visão crítica da classificação tradicional

O silogismo apodítico (*ἀποδεικτικός*, *apodeiktikós*) é aquele logicamente evidente, que supostamente não pode ser controvertido pela “razão” (entendida como *logos*) humana. Ele constrange, obriga à sua aceitação. É também por vezes chamado de apofântico (*ἀποφαντικός*, *apofantikós*), porque ambos apresentam a mesma característica de serem silogismos necessários, sejam verdadeiros, como “a mulher é animal”, sejam falsos, como “o ser humano é invertebrado”. Os silogismos apofânticos distinguem-se dos contingentes, dos quais não faz sentido dizer se são verdadeiros ou falsos, como “é melhor ser casado do que solteiro”. Esse caráter logicamente necessário dos silogismos apofânticos leva diretamente à ideia de verdade, o que provoca a metonímia, a rigor incorreta, de identificar silogismos apodíticos e apofânticos.

Para ser fiel a Aristóteles, porém, silogismos apofânticos (permitem separar o verdadeiro do falso) são o gênero do qual os silogismos apodíticos (evidentes) constituem uma das duas espécies, ao lado dos demonstrativos (verificáveis por cálculo).

Os silogismos apodíticos são evidentes, no sentido de que se impõem de modo imediato, sem que seja preciso proceder a qualquer forma de comprovação ou justificação. São frutos de uma intuição intelectual comum a todos os seres humanos, tais como os enunciados matemáticos e lógicos mais simples (“ $2 + 2 = 4$ ” ou “se $a > b$ e $b > c$, logo $a > c$ ”).

Um silogismo é demonstrativo se parte de premissas verdadeiras, com base nos primeiros princípios do conhecimento procurado, e é capaz de chegar à verdade e produzir ciência. As premissas do silogismo demonstrativo precisam ser: 1) verdadeiras; 2) as causas da conclusão; 3) melhor conhecidas do que ela; e 4) anteriores a ela. Se a demonstração é uma inferência de premissas necessárias, aquilo que é accidental, contingente, não pode ser conhecido demonstrativamente. As premissas dos silogismos demonstrativos são então juízos apodíticos, pois se precisassem ser demonstradas haveria um regresso ao infinito e a demonstração jamais chegaria a um termo¹¹.

Embora partindo de silogismos apodíticos, os silogismos demonstrativos exigem tempo e cálculo, além de pressuporem bases e conhecimentos comuns entre orador e ouvinte para chegar à verdade, pois suas conclusões se pretendem verdadeiras, mas não são evidentes. Saber se o quadrado da

11 ARISTÓTELES, 1990d, p. 98 (I, 71b, 15-30).

hipotenusa é igual à soma do quadrado dos catetos em um triângulo retângulo ou saber em que dia da semana cairá o dia 12 de março de 2056 são problemas que não têm respostas evidentes e por isso precisam ser demonstradas.

Aristóteles chega a afirmar que a persuasão – que considera objeto da retórica, lembre-se – “é claramente uma forma de demonstração, pois somos mais completamente persuadidos quando consideramos algo como demonstrado” e menciona “entimemas demonstrativos”, diferentes dos “refutativos”, o que aumenta a dificuldade de definir seus critérios de classificação¹². Parece querer dizer que alguns entimemas são mais eficazes por se basearem em demonstrações, mas não se identificam com elas. Na classificação, não faz sentido dizer que um silogismo é ao mesmo tempo entimemático e demonstrativo, vez que o entimema se baseia na opinião e a demonstração em evidências.

O chamado silogismo dialético é ainda mais difícil de ser definido, devido às diferenças no entendimento dos diversos pensadores, tais como Platão, Quintiliano ou Schopenhauer, referidos adiante, que se dedicaram ao significado da expressão “dialética” (διαλεκτική, *dialektiki*). Inclusive em um mesmo autor, como novamente em Aristóteles, a palavra é utilizada com significados complexos de conciliar.

Para começar, como a indução é outra espécie do modo de pensar dialeticamente, além do silogismo, não é exato falar em silogismo dialético. Aristóteles fala em “raciocínio” dialético¹³. Ele afirma que “a retórica é a contrapartida da dialética” e, poucas linhas depois, assevera que “a retórica pode ser vista como um ramo da dialética”¹⁴. Aqui há também uma dificuldade no texto do filósofo quanto a esses conceitos, na relação contém / está contido.

Quando aplicado à filosofia e à ciência, que buscam a verdade, o raciocínio dialético pode ser empregado de maneira indutiva, que vai do particular para o geral, ou de forma dedutiva, em sentido contrário; e só esta última equivale ao silogismo dialético. Quando aplicado à argumentação retórica, que procura fazer prevalecer uma opinião, o raciocínio dialético também se exprime, respectivamente, por meio do exemplo, que é um tipo de indução, e do entimema, que é um tipo de dedução. Em outros termos, a rigor

12 ARISTÓTELES, 1990b, p. 594, 649 (I, 1, 1355a e II, 23, 1400b).

13 ARISTÓTELES, 1990d, p. 97 (I, 71a, 1-10). Nesta versão em língua inglesa, a palavra é “reasoning”.

14 ARISTÓTELES, 1990b, p. 593 (I, 1, 1354a).

a dialética em Aristóteles é uma forma de pensar, um método, e não uma espécie a mais na classificação dos silogismos. O raciocínio dialético pode ser indutivo ou dedutivo, tanto nas ciências como na retórica: a indução equivale ao exemplo e a dedução, ao entimema.

Enquanto o silogismo demonstrativo parte de juízos apodícticos, o entimema não se fundamenta na verdade, mas em opiniões genericamente aceitas por todos, pela maioria ou pelos mais sábios¹⁵. Mas são ambos silogismos, posto que “afirmam certas coisas e algo diferente do que foi afirmado se segue”¹⁶.

	Indutivo (na Ciência ou Filosofia) / Exemplo (na Retórica)
	Dedutivo ou Silogístico (na Ciência ou Filosofia) / Entimema (na Retórica)

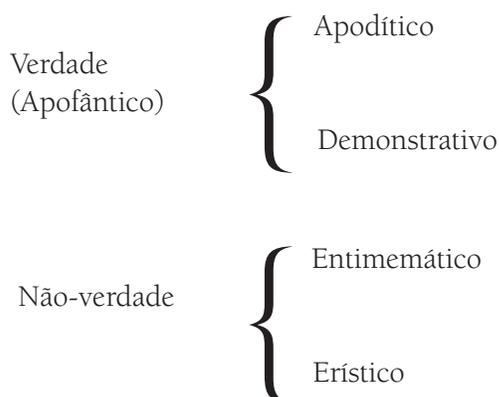
Observe-se também que não é o rigor formal do silogismo que garante a verdade da assertiva. Só se as premissas forem verdadeiras e o procedimento dedutivo rigoroso, a afirmação conclusiva também o será. Se as premissas são opinativas e a elas não se pode atribuir o caráter da verdade, mesmo com uma dedução absolutamente coerente a assertiva conclusiva também constituirá uma opinião. Há uma intransponibilidade entre a verdade e a opinião, uma excludência mútua. A opinião dominante (ἔνδοξα, *éndoxa*) é um dos fundamentos mais comuns do entimema, por isso a conclusão desse tipo de premissa será necessariamente opinativa. Lembrando que a *éndoxa* difere da *doxa* (δόξα, *dóxa*) porque esta é individual, enquanto aquela é aceita por muitos e prepondera no ambiente social.

O encadeamento formal das partes do silogismo pode ser necessário, logicamente correto, sem que suas premissas ou conclusão sejam verdadeiras. Esse silogismo formalmente perfeito se denomina “protase” e é importante por mostrar a diferença entre verdade e coerência lógica. Por exemplo: Todo homem é imortal; Sócrates é homem; logo, Sócrates é imortal.

15 ARISTÓTELES, 1990e, p. 143 (I, 1, 100b, 25).

16 ARISTÓTELES, 1990c, p. 39 (I, 1, 24a, 24b), onde o próprio Aristóteles refere sua *Tópica* (100a29, 104a8), 1990c. Ressalte-se que o silogismo dialético é estudado por Aristóteles na *Tópica* e o entimema, na *Retórica*.

De uma perspectiva retórica, um critério adequado para classificar os silogismos na obra de Aristóteles pode ser a possibilidade ou não de pretender chegar à verdade:



Partir de premissas verdadeiras, admite Aristóteles, seria o ideal, mas isso nem sempre é possível. Há assuntos importantes, como na política e na ética em geral, que não admitem a classificação de verdadeiro ou falso. Por exemplo: não faz sentido perguntar se é mais verdadeiro ter a profissão de ferreiro ou de oleiro, professor ou comerciante. Para isso só há opiniões, como dizer que se deve escolher a profissão mais de seu agrado, a profissão mais bem remunerada ou a profissão de mais prestígio social. Para esse tipo de situação existem silogismos entimemáticos e erísticos e a necessidade de estudá-los.

Diante de divergências sobre o conteúdo do entimema, muitos autores vieram a preferir um conceito formal, que acabou por se tornar muito difundido: o entimema é um silogismo que silencia uma ou até duas entre suas três sentenças (premissa maior, premissa menor e conclusão). Marcus Quintiliano o denomina “silogismo imperfeito”¹⁷.

Para Aristóteles essa definição formal é insuficiente, pois o silêncio só funciona se houver algum acordo sobre premissas de conteúdo, que indiquem certas decisões em detrimento de outras, ainda que subentendidas. O entimema, que o filósofo chama silogismo retórico, precisa dizer que condutas devem ser preferidas e em detrimento de outras.

17 QUINTILIANUS, 1988, p. 653: “habet enim rationem et propositionem, non habet conclusionem: ita est ille imperfectus syllogismus.”

Sugere, então, que os silogismos entimemáticos se dirigem por probabilidades, cujas premissas são expressões da *endoxa*. Aristóteles defende assim que o conteúdo dos entimemas, a probabilidade, é dirigido por três vias: os lugares-comuns difusos no meio (τόποι, *topoi*), os exemplos passados (παράδειγμα, *parádeigma*) e os indícios (ένδειξη, *éndeixi*).

A argúcia dessas observações de mais de 2.000 anos pode ser confirmada por uma experiência trivial moderna: se um sujeito A praticou um crime e reincidiu e o mesmo aconteceu com os sujeitos B e C, a inferência de que todo criminoso (ou “quase” todo) reincide é imediata. O entimema paradigmático se baseia nessa característica de que as pessoas creem que os exemplos do passado se repetem. E logo sua conclusão de que todo criminoso será reincidente se torna um lugar-comum naquele meio, constitui um entimema tópico, que dá origem a novos entimemas, como o de que se deve suspeitar primeiro de ex-condenados ou que a reincidência deve ser mais drasticamente punida. Mas isso não pode ser chamado de uma “verdade”.

Se alguém é visto empunhando uma pistola ao lado de um cadáver ensanguentado, esse alguém provavelmente é o assassino, ainda que se trate de um suicídio. O entimema por indícios é apoiado pelo hábito mental de associar fenômenos que já foram observados antes a uma lei permanente e inexorável de causa e efeito. Ninguém para e pensa que nem sempre onde há fumaça há fogo. Neste exemplo, a premissa maior “toda pessoa armada encontrada ao lado de um cadáver é autora do homicídio” é pressuposta sem maiores considerações.

A esfera do silêncio, enfatizada pelo conceito formal de entimema mencionado acima, é eficaz quando pressuposições não são postas em dúvida. É precisamente nessas pressuposições sobre as quais se silencia que reside a força do argumento, pois vai caber a cada receptor da mensagem inserir a sentença ausente no silogismo do orador. Essa esfera do silêncio pode ser totalmente oculta ou se mostrar por meio de expressões imprecisas, ambas à disposição de serem preenchidas pelo ouvinte. Neste segundo caso, pode haver uma sentença qualquer (premissa maior, premissa menor, conclusão), que nada expresse concretamente, como “os princípios básicos da justiça devem ser cumpridos”. À inversa, sentenças com menos ambiguidade e vagueza tendem a causar mais desacordo.

Daí a tendência e a necessidade espontâneas, no discurso humano, de encontrar termos vagos e ambíguos para alcançar acordos, por momentâneos que sejam. No direito escrito, basta observar constituições, tratados

internacionais, leis, contratos etc., cujos textos mostram claramente essa estratégia, mesmo que tenha sido empregada inconscientemente. Abundam termos como “dignidade”, “privacidade”, “moderação”, pois cada pessoa ou grupo aliado acha que o significado que dá a essas expressões abstratas, e mesmo às palavras em geral, é o significado correto ou o único possível.

Para isso pode ser até mais eficiente ainda o silêncio, que parte da suposição de que aquilo que seria expressado é evidente, de que não é oportuno ou de que, mesmo sem ser óbvio, é de conhecimento e acordo do receptor da mensagem. Diante de termos ambíguos e vagos, repita-se, a estratégia é fazer o ouvinte preencher os significados dos termos segundo lhe convém. Diante do silêncio, sem os limites impostos pela palavra, mais fácil ainda a tarefa e consequente acordo. Por isso os conceitos formal (silogismo no qual faltam um ou dois enunciados) e material (probabilidades fundamentadas em catálogos de *topoi*, paradigmas ou indícios) não se excluem e podem ser conciliados.

Isso implica que o silogismo entimemático, embora não demande grande conhecimento ou tempo disponível, diferentemente do demonstrativo, exige algum acordo entre o orador e o ouvinte, certa coincidência pressuposta de opiniões sobre o assunto. Quando não existem esses pontos comuns, o que acontece com muita frequência, a argumentação lança mão da erística.

A rigor, os silogismos apodícticos e demonstrativos, considerados isoladamente, não constituem argumentos, pois visam à verdade e não à persuasão. Porém tornam-se importantes para compreender a argumentação porque são muitas vezes usados para apoiar argumentos propriamente ditos (entimemas e erismas), que vão muito além das evidências e demonstrações em que supostamente se baseiam. As pessoas argumentam entremeando e enredando silogismos demonstrativos, como por exemplo: “Uma pessoa não pode estar em dois lugares ao mesmo tempo > Fulano estava a mil quilômetros de distância do local no momento do crime > Fulano não é o autor”, com silogismos entimemáticos como: “A maioria dos criminosos volta ao crime > Fulano já cumpriu pena > Fulano vai voltar (ou voltou) ao crime” ou “Toda testemunha diz a verdade > Esta testemunha diz que o réu é inocente > Logo, o réu não praticou o crime.”

Em sua *Retórica*, Aristóteles classifica o que chama de linhas de provas positivas e negativas para fornecer um catálogo daquelas que dão suporte aos argumentos entimemáticos e lista 28 delas. Essas provas são os *topoi*, os lugares-comuns geralmente aceitos no ambiente discursivo, muito importantes na argumentação persuasiva.

Algumas consistem em argumentos técnicos utilizados pela hermenêutica jurídica, como o argumento *a fortiori*: se nem os deuses são oniscientes, certamente os seres humanos não o são. Outras se orientam pela indução pura e simples, como, no exemplo de Aristóteles, não se deve entregar o cuidado dos próprios cavalos a pessoas que trataram mal cavalos alheios ou deixar cuidar da segurança aqueles que não conseguiram garantir a segurança de outras pessoas. Outras ainda ponderam consequências consideradas boas ou más e são relativas aos interesses do orador: a educação leva tanto à sabedoria quanto à impopularidade e assim se confrontam os *topoi* “não é desejável ser educado porque é ruim ser impopular” e “é bom ser educado porque é bom ser sábio”. E assim por diante¹⁸. Como se vê, são máximas com conteúdo ético, escolhas para nortear a conduta.

Aristóteles distingue as opiniões em aquelas que são aceitas por serem defendidas pela maioria, pelos mais sábios ou mais probos, do enunciado que somente aparenta ter o reconhecimento da opinião, sem tê-lo. Assim procura distinguir o entimema do silogismo erístico, imputado à prática sofística.

Afirma que uma pessoa deve ser definida como “sofista” segundo seus (maus) propósitos morais, ao passo que é definida como “dialética” não por conta de seus propósitos morais, mas sim por suas faculdades argumentativas¹⁹. Isso significa que alguém pode argumentar de maneira dialética e erística ao mesmo tempo e por isso não se deve entender o raciocínio dialético como uma espécie de silogismo, como já dito. Mostra também como a distinção entre silogismos erísticos e os demais, para Aristóteles, radica numa pretensão de correção ética.

Na origem da erística (ἐριστική, *eristikos*) está a palavra Éris (Ἔρις, *Eris*), nome da deusa da discórdia e das disputas. Designa a arte de participar de debates com o objetivo pragmático de vencer os que discordam, ou seja, a vitória é o principal objetivo e os apelos a fatos e à verdade são apenas estratégias nessa direção. O orador aproveita quaisquer meios, como a ignorância ou o despreparo técnico dos oponentes e ouvintes, para enredá-los em afirmações contraditórias, indignas de crédito ou simplesmente falsas. Em razão do prestígio de Aristóteles e de sua obra sobre as refutações sofisticas ou falácias, traduzida para o latim como *De sophisticis elenchis* e

18 ARISTÓTELES, 1990b, p. 645-649 (II, 23, 1397a-1400b).

19 ARISTÓTELES, 1990b, p. 595 (I, 1, 1355b).

para o português como *Dos elencos sofisticos* (ou *Dos argumentos sofisticos*), a erística é também chamada de elêntica²⁰. Mas sempre de uma visão contrária.

A erística era ensinada e praticada pelos sofistas, por isso erismas são por vezes apresentados como sinônimos de sofismas, assim como de paralogismos (παραλογισμός, *paralogismós*). Porém há autores que distinguem esses últimos termos sob o critério da intenção do orador, entendendo o sofisma como um silogismo propositalmente construído para enganar (defeito ético), ao passo que o paralogismo seria simplesmente equivocadamente por defeitos no raciocínio (incompetência ou falha técnica).

Em um sentido mais técnico, a erística consiste na arte de argumentar a favor ou contra qualquer tese, independentemente de seu conteúdo, e era parte importante da educação dos jovens para o debate público, na Grécia clássica. Pretendia levar também a um distanciamento crítico diante das convicções. Observe-se que as afirmações podem ser conscientemente falsas, isto é, o orador pode saber que está mentindo, mas isso não tem que ocorrer necessariamente para que um silogismo seja chamado de erístico. A erística abrange assim também os paralogismos. Mas o problema de falar em um silogismo objetivamente falso é que isso exige a crença na verdade. Para quem recusa a certeza da verdade, só a intenção subjetiva, a sinceridade, pode garantir a distinção entre os silogismos erístico e entimemático.

O significado varia com o autor, como dito acima. Platão, por exemplo, considera a erística como o oposto de dialética e acusa sofistas como Eutidemo de confundir os dois tipos de discurso, com o fito de dar à erística dignidade filosófica. A erística, ao contrário da dialética, não é capaz de conduzir ao conhecimento. Já Schopenhauer considera a erística um tipo de dialética e compreende a dialética como sinônimo de retórica²¹.

Uma derradeira forma de silogismo é a abdução (ἀπαγωγή, *abductio*), trazida por Charles Sanders Peirce e seus discípulos para a linguística moderna como uma nova espécie de silogismo, além dos indutivo e dedutivo expressamente classificados por Aristóteles²². Esse tipo de argumento é também chamado de inferência abdutiva, retrodução ou simplesmente presunção, pois que se baseia em conjecturas.

20 Esta obra é considerada um apêndice da *Tópica*, segundo FERRATER MORA, 1968, tomo 2, pp. 700 s.

21 PLATÃO, 1990b, p. 65 (271c); SCHOPENHAUER, 2020, pp. 6 s.

22 LANIGAN, 1995, p. 49-70.

Se a indução parte do caso (premissa menor) e do resultado (conclusão) para chegar à regra (premissa maior) e a dedução vai da regra (premissa maior) e do caso (premissa menor) para o resultado (conclusão), por simples análise combinatória há uma terceira possibilidade: ir da regra (premissa maior) para o resultado (conclusão) e daí para o caso (premissa menor), a qual constitui o silogismo abduativo, que a princípio Peirce chamou simplesmente de “hipótese”, em seu famoso texto²³.

Apesar dos pontos comuns, para o pragmatismo indução e abdução não se confundem. A indução, como se sabe, vai da semelhança entre os particulares para o geral. Não leva à mesma certeza da dedução, mas a abdução se pretende menos rigorosa do que a indução, pois procura apenas a melhor solução possível, não o conhecimento.

Dentre os critérios para escolher essa solução “melhor” está, por exemplo, a chamada “navalha de Occam”, maneira de pensar respeitada entre os juristas, sugerida no século XIV por Guilherme de Occam. Por esse critério, deve-se escolher a solução mais simples ou menos extraordinária, diante daquelas que se apresentam como proximamente plausíveis. Também chamada lei da economia e lei da parcimônia²⁴.

Neste ponto, a questão não é somente separar abdução de dedução, mas abdução de entimema. A distinção é importante para separar o possível do provável, conceitos muitas vezes ingenuamente confundidos ou utilizados um pelo outro como estratégia para confundir interlocutores incautos. E, insista-se, a probabilidade é o fundamento dos entimemas.

O raciocínio abduativo, guiado por essa regra da parcimônia ou simplicidade, seria o caminho quando não se dispõe de um conjunto completo de observações – o que quase sempre ocorre nos conflitos humanos – e é preciso prosseguir para uma solução.

Sua importância para o direito é óbvia. Quando os jurados ouvem evidências em um processo criminal, devem considerar se a acusação ou a defesa oferecem a solução mais plausível para os problemas levantados pelos dados colocados. Embora não haja certeza sobre seu veredicto, vez que podem existir evidências adicionais que não foram admitidas no caso, eles fazem o seu melhor palpite com base no que acham que sabem.

Enquanto a indução exige que as evidências que sustentam o argumento

23 PEIRCE, 1958.

24 FERRATER MORA, 1968, p. 786 s.

sejam razoavelmente definidas e confirmem ou rejeitem a hipótese, o raciocínio abduativo é caracterizado pelo caráter lacunoso, seja nos argumentos, seja nos dados empíricos em que se baseiam, seja em ambos. Um paciente pode estar inconsciente ou deixar de relatar alguns de seus sintomas, por exemplo, resultando em evidências incompletas, ou um médico pode chegar a um diagnóstico que não explica alguns dos aspectos relatados, mas é preciso chegar ao diagnóstico mais provável. O advogado e a juíza têm que proceder do mesmo modo.

Sabe-se que um revólver serve para matar pessoas (regra) > Esta pessoa matou a vítima (conclusão) > Porque esta pessoa traz na mão um revólver fumegante e está ao lado da vítima (caso). Ocorre que outras explicações são viáveis: a pessoa pegou o revólver largado no chão depois que o assassino se evadiu; o assassino sequestrou o filho da pessoa para obrigá-la a assumir o crime; a vítima se suicidou etc. Porém é a mais simples que se abduz dos dados observados.

O que se vê é a eficiência de adotar a abdução como via complementar à indução, quando esta leva a diferentes resultados e incerteza. Por isso, a abdução seria uma fase final da indução e não uma terceira via independente de argumento. De acordo com esta tese, a abdução é apenas um dos fundamentos tópicos, já classificados por Aristóteles, ou mesmo um sinônimo da indução tradicional.

De toda maneira, uma distinção por critério formal pode ser aplicada nos seguintes exemplos:

Dedução

Regra: todas as pessoas presentes aqui são filósofas.

Caso: estas pessoas estão aqui presentes.

Resultado: estas pessoas são filósofas.

Indução

Caso: estas pessoas estão presentes aqui.

Resultado: estas pessoas são filósofas.

Regra: todas as pessoas presentes aqui são filósofas.

Abdução

Regra: todas as pessoas presentes aqui são filósofas.

Resultado: estas pessoas são filósofas.

Caso: estas pessoas estão presentes aqui.

Na tentativa feita agora de separar e definir criteriosamente esses conceitos e tipos de silogismos é que se percebem suas ambiguidade e vagueza, com as grandes variações de significado ao longo do tempo e com as diversas perspectivas da parte dos estudiosos que se debruçaram sobre o tema. No fundo, esse arsenal retórico de regras e raciocínios são todos componentes daquilo que a sabedoria antiga chamou de “prudência”, como na palavra jurisprudência, pois é nesse universo que o ser humano sábio, e aí o jurista competente, tem que pensar e caminhar.

Relembre-se: todos esses estudos feitos por Aristóteles concentram-se sobre a persuasão, que considera o objetivo exclusivo da argumentação, deixando de fora uma tradição muito antiga e desde sempre vinculada à advocacia e ao direito em geral. E, curiosamente, os juristas só discutem seus ideais argumentativos.

3. O confronto milenar entre as teorias da argumentação sofística e aristotélica

Foi colocado acima que, antes de Aristóteles, a retórica compreendia todo tipo de argumento, independentemente de posicionamentos éticos, e consistia no estudo e aprendizado das vias para fazer seu discurso prevalecer em um debate. Essas vias apresentavam todos os matizes. Os mestres da retórica eram os sofistas, contra os quais a tradição inaugurada por Platão e Aristóteles iria se insurgir desde o início.

Com esse objetivo, Platão separa claramente retórica e filosofia: o conhecimento é a verdade, o alimento da alma, e a sedução da sofística só afasta o rigor no método. Sócrates chega a dizer que é vergonhoso ser um sofista e que a eloquência é um perigo. Protágoras responde que sua profissão é ensinar a arte da política e fazer dos homens bons cidadãos²⁵. Aristóteles concorda que a retórica não tem a dignidade da filosofia, mas reconhece a relevância de seu estudo a ponto de escrever sua própria *Retórica*.

Ele reduz o alcance que os sofistas tinham da retórica, como dito, considerando que só no campo da persuasão se pode falar de retórica. Estratégias discursivas em que não haja uma confluência sincera de informações não fazem parte da retórica, mas sim da erística. Nada obstante, é crucial notar que a inserção da ética não está na definição inicial que o próprio Aristóteles

25 PLATÃO, 1990b, p. 40, 43 (313 e 319).

dá de retórica: “Admita-se que então que a retórica é o poder de observar, em qualquer caso, os meios de persuasão” (ἔστω δὴ ἡ ῥητορικὴ δύναμις περὶ ἕκαστον τοῦ θεωρήσαι τὸ ἐνδεχόμενον πιθανόν, *ésto dè he rhetorikhè dýnamis perì hékaston tōu theorēsai tò endechómenon pithanón*)²⁶.

Ao trazer essa exigência ética para separar a (boa) retórica da mera técnica para vencer um debate a qualquer custo, Aristóteles afirma que os meios de persuasão são *ethos*, *pathos* e *logos*, repita-se. Sua originalidade está mais na recusa da erística, assumindo pretensões éticas, do que na utilização dessas três vias, inclusive aceitas pelos sofistas. Aristóteles introduz a ideia de que a argumentação precisa estar conectada à virtude (ἀρετή, *aretè*) e à ponderação (φρόνησις, *phronēsis*), embora reconheça, conformado, que não há um nome próprio para distinguir o retórico honesto do desonesto²⁷. Isso vai cair como uma luva, séculos depois, no discurso do Cristianismo, uma das grandes forjas da cultura ocidental.

A ideia mais relativista de entender a retórica de modo instrumental, sem a unir necessariamente a uma ética do bem, tampouco era nova e com ela foi confrontado o próprio Aristóteles pelos sofistas, que consideravam “o bem” apenas como uma estratégia para impor a visão moral subjetiva do orador.

Pode-se dizer, simplificadamente, que a persuasão pelo *logos* se deve ao que se diz, ao conteúdo da mensagem, independentemente do contexto, das pessoas participantes etc.; um discurso convence pelo *ethos* quando depende de quem são o emissor e o receptor na comunicação; o *pathos* relaciona-se com as estratégias que controlam as emoções envolvidas no diálogo, como as mensagens são transmitidas.

Chama atenção o filósofo ter inserido o *pathos* na retórica, como caminho legítimo para a persuasão, no mesmo plano do *ethos* e do *logos*, pois o apelo às emoções era um componente importante da sofística que ele queria combater. Quando os compara, contudo, Aristóteles sempre prioriza o *ethos*, as qualidades pessoais do orador, pois “seu caráter quase que pode ser chamado de o meio mais efetivo de persuasão que possui”²⁸.

Tentando definir claramente o critério de Aristóteles para separar sua retórica da erística, o que significa procurar o fundamento da persuasão, chega-se a dois critérios correlatos que podem ser denominados sincerida-

26 ARISTÓTELES, 1990b, p. 595 (I, 2, 1355b).

27 ARISTÓTELES, 1990b, p. 587 (I, 1, 1354a).

28 ARISTÓTELES, 1990b, p. 595 (I, 1, 1356a).

de, do ponto de vista interno, e confessabilidade, do ponto de vista externo. Com efeito, para que um argumento seja persuasivo é necessário que tanto orador quanto destinatário acreditem no discurso, sendo isso o que as três vias (*logos*, *ethos* e *pathos*) têm em comum. Isso faz com que elas precisem ser reveladas explicitamente, não só entre as partes como também perante eventuais auditórios. Em outras palavras, são vias confessáveis, aceitas como bases argumentativas pelos envolvidos. Aristóteles só aceita aquilo que convence o auditório, o qual precisa entender o contexto da mensagem, a estruturação dos argumentos e sinceramente aceitá-los, comungando da opinião do orador.

Por serem tão antigos, esses termos que designam as vias aristotélicas da persuasão variaram muito de significação no tempo e no espaço, ou seja, são palavras dotadas de grande porosidade, como mencionado acima. O estudo dessas variações, começando pela etimologia, fornece um guia eficiente para compreender tais vias.

O significado mais antigo de *logos* aparece no verbo *légein*, como a ação de falar ou dizer, característica dos seres humanos, depois estendida para a ação de pensar. Em textos posteriores o verbo é substantivado e, já com a forma *logos* (λόγος, *lógos*), designa o resultado dessas ações, ou seja, a fala, o pensamento, entre diversos outros sentidos, tais como “palavra”, “opinião”, “razão”, “discurso”. Além das mudanças segundo a época, esses diferentes significados dependem de quem os utiliza, do contexto filosófico, político ou religioso.

Em um fragmento do filósofo pré-socrático Anaxágoras aparece a dicotomia entre *logos* e *érgon* (ἔργον), dispêndio de energia, como se o *logos* fosse uma preparação para o *érgon*, e este é que designa o efeito ou resultado do *logos*. A dicotomia reaparece nos sofistas e ganha uma dimensão ética, pois relacionam *logos* com *nómos* (νόμος) e *érgon* com *physis* (Φύσις), distinguindo o mundo normativo do mundo da natureza.

Nos pré-socráticos, também chamados filósofos da natureza, *nomos* e *physis* não são necessariamente esferas separadas. Ainda que *nomos* exigisse uma escolha ética por parte de uma mente pensante, para autores como Heráclito as leis e costumes éticos daí advindos são oriundos da divindade e por isso tão universais e “físicos” quanto as leis da natureza, já que fazem parte dela. A nova geração de filósofos, os sofistas, e não todos, são os primeiros a colocar *nomos* e *physis* como esferas excludentes, sendo a primeira uma criação humana²⁹. Contrariando a percepção anterior, passam a afirmar

29 GUTHRIE, 1991, pp. 58-59

que a ética, as classes sociais, as instituições etc., não existem por *physis*, mas sim por *nomos*, inaugurando esse debate que permanece até hoje.

Assim é que Protágoras identifica *logos* com o argumento de cada um e faz do que chama de *dissoi logoi* (δισσοὶ λόγοι) seu conceito principal, considerando que todo assunto admite argumentos (*logoi*) divergentes (*dissoi*)³⁰. Os céticos posteriores, como Sextus Empiricus, também lançaram mão da mesma ideia para sopesar posições contrárias (isostenia, ἰσοστένεια)³¹.

Aqui o *logos* já aparece como uma das vias do discurso persuasivo, mostrando que a persuasão passara a fazer parte da retórica sofisticada antes de Aristóteles, ainda que não dissociada da erística. Por isso “o homem é a medida de todas as coisas”, como disse Protágoras, e não há critério objetivo para separar claramente o justo do injusto ou o verdadeiro do falso. Isócrates é outro dos sofistas que vai definir a retórica como a arte do *logos*.

Como aceita essa inserção do *logos* na retórica e faz dele uma de suas vias persuasivas, Aristóteles entende que a esfera da verdade filosófica e científica, que se contrapõe à retórica, não está no âmbito da lógica, mas sim do que denominou analítica. Lógica, para ele, é o estudo do *logos* e o *logos* é uma das vias da persuasão na retórica, ainda que aquela mais próxima da demonstração. Esse significado atual de lógica, como o estudo das regras inexoráveis do pensamento humano, campo dos silogismos apodícticos e demonstrativos, vai ser construído depois e ainda hoje é controverso. O significado mais amplo de *logos* ainda é o estudo do pensamento e de suas expressões discursivas, incluindo o campo da argumentação³².

Também partindo da etimologia, verifica-se que, quando a palavra *ethos* surge, em sua forma clássica, parece resultar de uma fusão de dois termos semelhantes, que designam significados diferentes, os quais não se tinham ainda diferenciado no grego arcaico³³. Na esfera do *érgon*, a expressão *éthos* (ἔθος) significava “hábito”, “costume”, individual ou social, um dado empírico que poderia ser observado como os dados da natureza (*physis*). Já na esfera do *logos*, estendido ao *nomos*, a grafia *éthos* (ἦθος) indica “caráter” ou “forma de pensar”, o que vai gerar a ligação entre os significados modernos de “norma” e “ética”.

30 Para essas referências aos filósofos da natureza, pré-socráticos, cf. DIELS; KRANZ, 1906: Anaxágoras, vol. 1, p. 293. Heráclito, vol. 1, p. 54. Protágoras, vol. 2, p. 219.

31 SEXTUS EMPIRICUS, 1985, p. 135 s.

32 UEDING, 1994, p. 624 s.

33 PELLEGRIN, 2001, p. 23 s.

Fazendo confluír as duas acepções, como ocorre depois, *ethos* designa as características de alguém, como ser bem-humorado ou melancólico, um caráter, um conjunto de estados psíquicos e genéticos que resulta no hábito e que também leva a determinadas preferências e atitudes éticas. Esse *ethos* traz ainda um significado não apenas empiricamente observável, mas até físico, pois pode ser percebido nos traços fisionômicos, no olhar, no porte do indivíduo.

Resumindo, a evolução histórica da palavra mostra, inicialmente, uma referência territorial, designa o ambiente no qual o animal tem o hábito de viver segundo suas características físicas, como que seu *habitat* natural. Depois, quando aplicada ao ser humano na esfera ativa, *ethos* consiste em um conjunto de usos e costumes, tanto do indivíduo como da comunidade. Daí evolui para um significado mais abstrato, semelhante ao que hoje se entende pelo caráter do indivíduo ou, metaforicamente, de um povo, ou seja, uma disposição para determinadas atitudes em detrimento de outras, como ser indeciso, sonhador ou pragmático, por exemplo³⁴. Na persuasão pela via do *ethos* do orador, a autoridade daquele que fala precisa estar clara para todos os participantes, pois o discurso convence pela credibilidade de quem fala. Se outra pessoa argumentasse com o mesmo conteúdo, dizendo as mesmas coisas, a mensagem não seria aceita.

Conectada desde a origem à dicotomia entre *physis* (mundo da natureza) e *nomos* (mundo normativo), já referida, a expressão “ética” segue seu curso e adquire um significado descritivo, a maneira como as pessoas efetivamente se comportam no mundo real (natural), e outro prescritivo (normativo), a maneira pela qual as pessoas devem se comportar. São perspectivas fundamentalmente diferentes. Por isso é difícil aos modernos entender que as características do “mau-caráter” de uma pessoa são também posições éticas, como defender tortura, pena de morte ou eugenia. Confundem-se descrição com sua prescrição ao dizer, por exemplo, que o racismo “não é ético”, quando se quer dizer que é uma postura ética má. Para muitas pessoas o racismo é o bom e o justo. Para combater normativamente, é útil antes entender empiricamente.

A palavra *pathos* (πάθος) pode ser traduzida por emoção, sentimento, paixão e era usada na linguagem cotidiana da Grécia antiga de modo semelhante ao que se compreende hoje. A partir dos sofistas, ela ganha um significado

34 LIDDEL; SCOTT, 1996, p. 480, 766; BAILLY, 2000, p. 581, 894.

de controle desses estados d'alma. Não designa mais somente as emoções, mas também o talento para as direcionar, usar as paixões e sentimentos do auditório com o objetivo de conseguir sua adesão ao discurso. Em outros termos, além de designar essas sensações como fenômenos, *pathos* passa a ser um atributo do discurso que as influencia, uma característica eficiente a ser procurada pelo orador, que deve despertá-las e guiá-las para persuadir.

Ao tempo de Aristóteles há uma crescente atenção para com o *logos* do discurso, porém a importância dada ao *pathos* parece ter sido grande na tradição sofística, pois o filósofo faz críticas aos oradores que apelam excessivamente a essa via para conquistar o auditório. Por isso dá ao *pathos* um caráter mais passivo, presente no auditório, que seria atraído pelo *ethos* mais ativo do orador. Hesita, mas mesmo assim considera o *pathos* como uma das três vias persuasivas e está, nesse ponto, mais próximo dos sofistas do que contemporâneos como Hannah Arendt e Robert Alexy, acima referidos.

Aristóteles põe em relevo a necessidade de que o *ethos* e o *pathos* funcionem em conexão no discurso, exatamente pela possibilidade de descontrole do *pathos*, cuja previsibilidade é mais frágil e pode levar a consequências imprevisíveis. Os afetos precisam ser controlados pela virtude do caráter e alcançar o equilíbrio da prudência, a *metriopatia* que combate o domínio avassalador das paixões: "... a virtude refere-se a paixões e ações, nas quais o excesso é uma forma de fracasso..."³⁵. Embora o *pathos* não designasse necessariamente exageros emocionais no discurso, foi esse significado negativo que prevaleceu nas línguas europeias hodiernas, como se percebe nos adjetivos "patológico" e "patético".

Para Aristóteles, que quer distinguir o entimema (núcleo da retórica) do silogismo erístico (núcleo da erística), que ele chama de "silogismo aparente", este último se caracteriza por se basear em premissas e/ou chegar a conclusões que somente "aparentam" ser plausíveis. Embora ele não faça equivaler expressamente plausibilidade a verdade, conceitos mutuamente excludentes em sua *Retórica*, está claro que a base para a diferença é a distinção ideal entre aparência e realidade, ou falsidade e verdade, a qual não é aceita pelos sofistas, que ou recusam qualquer distinção entre os silogismos entimemáticos e os erísticos ou buscam outros critérios.

Um desses outros critérios parte da estrutura formal, pela qual a estratégia erística consiste em uma simples mudança na posição dos termos das

35 ARISTÓTELES, 1990a, p. 352 (II, 5-6, 1106b20-25).

premissas maior e menor e da conclusão. Tome-se um exemplo de silogismo erístico: toda cobra tem língua; Sócrates tem língua; logo, Sócrates é uma cobra. E compare-se com o silogismo apodítico colocado por Aristóteles como exemplo de evidência indiscutível: todo homem é mortal; Sócrates é homem; logo, Sócrates é mortal. Formalizando os juízos, obtém-se o seguinte, no caso do silogismo erístico: todo A (cobra) é B (língua); C (Sócrates) é B (língua); logo, C (Sócrates) é A (cobra). E no caso do silogismo apodítico: todo A (homem) é B (mortal); C (Sócrates) é A (homem); logo, C (Sócrates) é B (mortal)

Silogismo erístico:	todo A – B;	C – B;	logo C – A.
		↑↓	↑↓
Silogismo apodítico:	todo A – B;	C – A;	logo C – B.

No erisma, a premissa menor liga a terceira variável (C) do argumento à segunda variável (B) da premissa maior e não à primeira (A), diferentemente do silogismo apodítico. Assim, o critério não é o de um silogismo apodítico “falso” em conteúdo, mas sim uma maneira diversa de organizar a forma da argumentação.

Para Górgias, por exemplo, as vias erísticas também fazem parte da persuasão e seus efeitos podem ser benéficos de uma perspectiva ética, por isso não cabe ao filósofo ensinar a virtude e a diferença entre o bem e o mal, pois o que parece verdadeiro a essa pessoa não o será para aquela³⁶. E convicções ensejam intolerância, nada mais óbvio.

O que se observa, realisticamente, é que a falsidade ou inverdade de um silogismo supostamente apodítico consiste na falta de correspondência entre a argumentação e os fatos. Ora, como “fato” é um relato argumentativo ontologizado (tornado “real”, “coisificado”), não existem silogismos apodíticos sobre dados empíricos. Afirmações oriundas dos órgãos dos sentidos não admitem a qualificação de verdadeiras ou falsas.

Resumindo, mostrados assim isoladamente, esses erismas parecem saltar aos olhos como absurdos e serão provavelmente desmascarados como “meras” estratégias argumentativas, meras mentiras de evidência; mas essa

36 GUTHRIE, 1991 p. 171.

seria uma visão superficial. Numa argumentação estrategicamente bem estruturada, os erismas aparecem em meio a entimemas e até como novos encadeamentos a partir de silogismos supostamente verdadeiros, apresentados como apodícticos e demonstrativos.

4. Conclusão: inserção da erística na argumentação

A análise dos argumentos erísticos em separado é deveras interessante, mas não foi feita aqui, precisamente porque o objetivo do artigo é chamar atenção para aquelas estratégias do discurso humano que não podem ser reveladas, sob pena de perder sua eficácia. Diferentemente da persuasão, cujas estratégias (*ethos*, *pathos* e *logos*) são percebidas e aceitas pelos participantes, a decisão é também influenciada por vias ocultas. Entende-se por que Aristóteles chama os erismas de silogismos “aparentes”, ainda que sobre outros fundamentos, e separa a retórica que considera ética da retórica erística. A função da argumentação na retórica aristotélica é convencer; na erística, o objetivo é vencer.

Aqui reaparece o problema que divide retóricos aristotélicos e uma retórica realista moderna, para a qual é importante estudar descritivamente a argumentação jurídica para entender o direito. Os primeiros, que acreditam na verdade de determinados silogismos, trasladam indevidamente esse critério para ambientes linguísticos em que não cabem. E defendem que a erística não procura a persuasão, mas apenas a vitória, e utiliza a coerência lógica como uma de suas estratégias apenas quando convém ao orador. Os do outro lado dizem que nenhum discurso busca a verdade, que não existe, mas apenas a vitória, a narrativa vencedora. E acrescentam que a persuasão é parte importante nesse processo, pois é óbvio que é mais estável vencer, convencendo; assim, *logos*, *ethos* e *pathos* fazem parte da retórica, mas raramente prevalecem. Daí a necessidade de pesquisar a erística, o que, na visão da retórica realista, é levado a efeito na teoria da decisão.

Referências

- ADEODATO, João Maurício. *Uma teoria retórica da norma jurídica e do direito subjetivo*. São Paulo: Noeses, 2014.
- ALEXY, Robert. *Theorie der juristischen Argumentation: die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung*. Frankfurt a.M.: Suhrkamp, 1978.
- ARENDT, Hannah. What is authority? In: ARENDT, Hannah. *Between past and future: Eight exercises in political thought*. New York: The Viking Press, 1968 (9th enlarged edition, 1980), cap. 3.
- ARISTÓTELES. Nichomachean Ethics. Tradução W. D. Ross. In: ARISTÓTELES. *The works of Aristotle*. Chicago: Encyclopaedia Britannica, Col. Great Books of the Western World, v.8, 1990a.
- ARISTÓTELES. Rhetoric. Tradução W. Rhys Roberts. In: ARISTÓTELES. *The works of Aristotle*. Chicago: Encyclopaedia Britannica, Col. Great Books of the Western World, v.8, 1990b.
- ARISTÓTELES. Prior analytics. Tradução J. Jenkinson. In: ARISTÓTELES. *The works of Aristotle*. Chicago: Encyclopaedia Britannica, Col. Great Books of the Western World, v.7, 1990c.
- ARISTÓTELES. Posterior analytics. Tradução G. R. G. Mure In: ARISTÓTELES. *The works of Aristotle*. Chicago: Encyclopaedia Britannica, Col. Great Books of the Western World, v.7, 1990d.
- ARISTÓTELES. Topics. Tradução W. A. Pickard-Cambridge In: ARISTÓTELES. *The works of Aristotle*. Chicago: Encyclopaedia Britannica, Col. Great Books of the Western World, v.7, 1990e.
- BAILLY, Anatole. *Dictionnaire Grec Français (avec le concours de E. Egger)*. 27. ed. Paris: Hachette, 2000.
- BALLWEG, Ottmar. Entwurf einer analytischen Rhetorik. In: SCHANZE, Helmut (Hrsg.). *Rhetorik und Philosophie*. München: Wilhelm Fink, 1989.
- DIELS, Hermann; KRANZ, Walther. *Die Fragmente der Vorsokratiker*. 3. ed. Berlin: Weidmannsche Buchhandlung, 1906.
- FERRATER MORA, José. Verbete Sofisma. In: FERRATER MORA, José. *Diccionario de Filosofía*. Buenos Aires: Editorial Sudamericana, tomo 2, 1968.
- FERRAZ JÚNIOR, Tercio. *Função social da dogmática jurídica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.
- GAST, Wolfgang. *Juristische Rhetorik*. Heidelberg: C. F. Müller, 2015.
- GUTHRIE, William Keith Chambers. *The sophists*. Cambridge: Cambridge University Press, 1991.

- HARTMANN, Nicolai. *Grundzüge einer Metaphysik der Erkenntnis*. 4. ed. Berlin: Walter de Gruyter, 1949.
- LANIGAN, Richard L. From enthymeme to abduction: the classical law of logic and the postmodern rule of rhetoric. In: LANGSDORF, Lenore; SMITH, Andrew R. *Recovering pragmatism's voice: the classical tradition, Rorty and the philosophy of communication*. New York: State University of New York, 1995.
- LIDDEL, Henry George; SCOTT, Robert (Comp.). *A Greek-English Lexicon*. Oxford: Clarendon Press, 1996.
- MÜLLER, Friedrich. *Strukturierende Rechtslehre*. Berlin: Duncker & Humblot, 1994.
- PEIRCE, Charles Sanders. Deduction, induction and hypothesis. In: PEIRCE, Charles Sanders. *The collected papers*. Cambridge: Harvard University Press, 1958.
- PELLEGRIN, Pierre. *Le Vocabulaire d'Aristote*. Paris: Ellipses, 2001.
- PLATÃO. Protagoras. Tradução Benjamin Jowett. In: PLATÃO. *The works of Plato*. Chicago: Encyclopaedia Britannica, Col. Great Books of the Western World, v. 6, 1990a.
- PLATÃO. Euthydemus. Tradução Benjamin Jowett. In: PLATÃO. *The works of Plato*. Chicago: Encyclopaedia Britannica, Col. Great Books of the Western World, vol. 6, 1990b.
- QUINTILIANUS, Marcus Fabius. *Institutionis Oratoriae*, Liber V, 14, 1. ed. bilingue de Helmut Rahn (Hrsg.). *Ausbildung des Redners*, em 2 vols. Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft, v. 1, 1988.
- SCHLIEFFEN, Katharina von. Rhetorische Analyse des Rechts: Risiken, Gewinn und neue Einsichten. In: SOUDRY, Rouven (Org.). *Rhetorik. Eine interdisziplinäre Einführung in die rhetorische Praxis*. Heidelberg: C. F. Müller, 2006.
- SCHOPENHAUER, Arthur. *Eristische Dialektik: Die Kunst, Recht zu behalten*. [S.l.]: Digitale Ausgabe, 1851. Disponível em: <<https://onemorelibrary.com/index.php/en/languages/german/book/moderne-westliche-philosophie-181/eristische-dialektik-die-kunst-recht-zu-behalten-2868>>. Acesso em: 09 fev. 2021.
- SEXTUS EMPIRICUS. *Grundriß der pyrrhonischen Skepsis (Pyrrhonian Hypotheses)*, eingeleitet und übersetzt von Malte Hossenfelder. Frankfurt a. M.: Suhrkamp, 1985.

- STRUCHINER, Noel. *Direito e linguagem*. Uma análise da textura aberta da linguagem e sua aplicação no direito. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- UEDING, Gert (Hrsg.). *Historisches Wörterbuch der Rhetorik, Band 5*. Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1994.
- WAISMANN, Friedrich. Verifiability. In: FLEW, Antony (Ed.). *Logic and Language, the First Series*. Oxford: Blackwell, 1951, p. 1-20.

Recebido em 10 de abril de 2020.

Aprovado em 16 de outubro de 2020.

RESUMO: Este artigo pretende compreender o que se deve entender empiricamente por argumentação. Pode-se dizer que praticamente todos os autores que se interessam por teoria da argumentação permanecem presos aos cânones criados a partir da *Retórica* de Aristóteles. Isso significa que assumem uma perspectiva metodologicamente normativa, ou seja, os autores discutem como acham que a argumentação deveria ser e não como ela efetivamente acontece. Este trabalho apela à tradição anterior a Aristóteles e defende a tese de que a argumentação vai muito além da persuasão, pois o discurso humano é também constituído por outras vias e ações linguísticas em que o orador não visa convencer os participantes. Metodologicamente adota uma postura descritiva e procura explicar as diferentes maneiras pelas quais o discurso efetivamente ocorre, deixando em segundo plano a opinião de cada autor sobre como ele deve ser.

Palavras-chave: retórica jurídica realista, argumentação, erística, persuasão.

ABSTRACT: This article aims to understand what should be understood empirically by argumentation. It can be said that the overwhelming majority of authors who are interested in argumentation theory remain attached to the canons created from Aristotle's *Rhetoric*. This means taking a methodologically normative perspective, that is, the authors discuss how they think argumentation should be and not how it actually happens. This paper appeals to the tradition prior to Aristotle and defends the thesis that argumentation goes far beyond persuasion, because the human discourse is also constituted by other linguistic ways and actions in which the speaker does not aim to convince the participants. Methodologically it adopts a descriptive stance and seeks to explain the different ways in which the discourse effectively occurs, leaving in a secondary place the opinion of each author on how it should be.

Keywords: realistic legal rhetoric, argumentation, eristic, persuasion.

Sugestão de citação: ADEODATO, João Maurício. Construção retórica da argumentação jurídica. *Revista Direito, Estado e Sociedade*, Ahead of print, 2021. DOI: <https://doi.org/10.17808/des.0.1445>.

Sobre a proteção de bens jurídico-criminais nas sociedades capitalistas

Regarding the protection of legal-criminal interests on capitalist societies

José Mário Chaves*

*Evolutio – Centro Brasileiro de Capacitação Neuroeducacional,
Belo Horizonte - MG, Brasil*

1. Introdução

Toda infração penal deve ter um objeto jurídico. A lei, ameaçando aplicar uma pena, protege os bens individuais e coletivos mais importantes, transformando-os em bens jurídicos. A ausência de um bem jurídico retira o conteúdo material da norma jurídico-penal e, conseqüentemente, remove qualquer possibilidade de legitimidade. Não havendo um bem preexistente que se queira proteger por meio da norma, qualquer tipificação se torna arbitrária.

O Direito Criminal não cria os bens. É o legislador que, realizando um juízo de valor sobre os bens da pessoa humana e da coletividade, transforma-os – por meio de lei – em bens jurídicos.

O discurso jurídico oficial afirma que a escolha dos bens tuteláveis é neutra, protegendo de maneira equânime os interesses/valores de todas as pessoas. Noutros termos, o processo de criminalização seria realizado de maneira isenta/igualitária pelo legislador. Ademais, o discurso oficial trabalha com a ideia de que as punições previstas na lei seguem critérios de proporcionalidade: danosidade social *versus* pena estabelecida. Também afirma

* Diretor da Evolutio. Professor Universitário. Doutor em Direito pela Universidade Católica de Santa Fé. Mestre em Direito Penal pela PUC Minas. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2952726858304098>. ORCID id: <https://orcid.org/0000-0003-2014-8435>. E-mail: jmariofilho@yahoo.com.br

que as penas impostas pelo juiz seguem critérios de extrema racionalidade, de modo que indiferente da classe social do culpado a pena é imposta de maneira equitativa. De um modo geral, o discurso se traduz nas noções de igualdade e de proteção geral.

No entanto, esse discurso deve ser criticamente revisto. Para completa legitimidade da norma penal, não basta somente à existência de um bem jurídico, o bem tutelado necessita ser de interesse da maioria dos membros do corpo social (*critério democrático*). Isso implica dizer que o bem protegido não pode estar adstrito a uma determinada classe social. O Direito Criminal, a *ultima ratio* do ordenamento jurídico, deve salvaguardar os interesses gerais das pessoas de uma determinada sociedade, não pode estar confinado ao capricho de uma classe dominante. Por esses motivos, a concepção de igualdade e de proteção generalizada pode não ser necessariamente a que ocorre na prática legislativa.

O fito desse artigo não é debater sobre a função¹ do Direito Criminal. Pelo contrário, partindo da concepção de que a missão desse ramo do Direito está vinculada à proteção de bens jurídicos, pretende-se analisar como é feita a escolha desses bens nas sociedades capitalistas. O intuito é debater acerca da suposta equanimidade na seleção dos bens jurídicos e, consecutivamente, na pressuposta neutralidade do Direito Criminal. A hipótese central é que em ambiente capitalista os bens jurídicos protegidos não são de interesse geral da sociedade, uma vez que *tendem* a refletir os interesses de determinadas classes sociais hegemônicas.

A presente investigação diverge das habituais com temática semelhante, pois intenta abrir novos caminhos investigativos voltados a aproximar o Direito Criminal da Ciência Política, invés de tão somente da Filosofia da Política como costumeiramente acontece.

Para construir um conhecimento interdisciplinar, utilizar-se-á do método (de abordagem) dialógico. A combinação de discursos, de disciplinas, de teorias, é metodologicamente melhor para realizar uma leitura crítico-argumentativa do problema proposto nesse artigo. O método em questão é capaz de trazer uma resposta mais satisfatória, uma vez que por meio dele é possível fornecer elementos de diversos campos do saber. Como modalidade de pesquisa, adota-se a pesquisa bibliográfica.

1 Esse artigo não faz distinção entre função, missão, meta e fins. Para uma suposta distinção desses termos, com base numa concepção jurídica e, lado outro, uma sociológica, consultar: MUÑOZ CONDE, 1989, p. 99.

2. As funções explícitas da teorização do bem jurídico-criminal

Como bem asseverou Welzel, “bem jurídico é um bem vital da comunidade ou do indivíduo, que por sua significação social é protegido juridicamente”.² Noutros termos, como ponderou Liszt, “todos os bens jurídicos são interesses humanos, ou do indivíduo ou da coletividade”.³ “[...] Dentre o imenso número de bens existentes, seleciona o direito aqueles que reputa ‘dignos de proteção’ e os erige em ‘bens jurídicos’.”⁴

Na parte especial do Código Penal Brasileiro o legislador positivou quais são os bens jurídicos (vida, patrimônio etc.) que são violados quando alguém infringe uma determinada norma. Nessa diretriz, o legislador utilizou-se do critério da objetividade jurídica para classificar os crimes.⁵ Mais do que isso, representa uma tomada de posição estatal: só há crime quando há violação de um bem jurídico. A adoção dessa ideologia, como diria Hassemer⁶, afasta a concepção de que o delito representaria uma transgressão a normas éticas ou divinas.

Claus Roxin explica que o *ius puniendi* do Estado somente pode ser exercido na medida em que o legislador observa adequadamente a função de tutela de bens jurídicos. Além disso, deve-se levar em consideração o princípio da subsidiariedade. O Direito Criminal deve ser a *ultima ratio*. Somente deve ser chamado a intervir em um problema quando falhar todos os outros mecanismos de solução social.⁷

A razão de o Direito Criminal ser um ramo jurídico subsidiário aos demais se correlaciona a gravidade das penas impostas. A norma jurídico-penal somente deve intervir em último caso e, ainda, em hipóteses de extrema violação aos bens individuais e/ou coletivos.⁸ Noutras palavras, o Direito Criminal não deve imiscuir-se defronte qualquer perturbação da vida comunitária⁹, pois a gravidade de suas penas é, inclusive, um dos motivos que distingue esse ramo do Direito dos demais¹⁰.

2 [1976?], p. 15. (Tradução nossa).

3 2006, pp. 93-94.

4 TOLEDO, 2002, p. 16.

5 HUNGRIA In: HUNGRIA, FRAGOSO, 1979, p. 12.

6 1984, p. 37.

7 1997, pp. 51-67.

8 MUÑOZ CONDE, 2010, pp. 59-60.

9 JESCHECK, 1981. p. 9.

10 BRUNO, 2005, p. 4.

Pode-se pontuar que a postura jurídico-política de proteção de bens jurídicos é a mais adequada e correta, uma vez que todas as manifestações pautadas num Direito Criminal autoritário tentaram desacreditar o conceito de bem jurídico.¹¹ De todo modo, a concepção de que o Direito Criminal carrega a função de tutelar bens jurídicos é majoritária entre os estudiosos desse ramo jurídico.

Como relatou Max Ernst Mayer, o conceito de bem jurídico carrega um significado essencial para a doutrina jurídica geral e para a ciência jurídico-penal.¹²

Luiz Regis Prado analisou as inúmeras funções atribuídas à teorização do bem jurídico e sintetizou-as em quatro: função de garantia ou de limitação do poder de punir do Estado; função teleológica ou interpretativa; função individualizadora; e função sistemática.¹³

A função de garantia tem o condão de restringir a atividade do legislador ao criar as normas jurídico-penais. A função teleológica se relaciona à correta interpretação dos tipos penais, condicionando seu sentido e seu alcance à finalidade de tutela do bem jurídico. Lado outro, a função individualizadora serve como critério de mensuração da pena, devendo o Estado-juiz, no momento de fixá-la, observar o grau de lesão do bem jurídico protegido. Por fim, a função sistemática do bem jurídico: servir de critério para classificar os tipos penais na Parte Especial do Código Penal.

Dentre essas funções postas de maneira generalizada pela doutrina, interessa para concreção deste artigo especificamente a primeira, isto é, a função limitadora do Estado (finalidade extrassistemática).

Segundo Bustos Ramírez e Hormazábal Malarée, a concepção limitadora tem a função político-criminal de demarcar o poder de definição do Estado. Ele só pode criar normas penais que tutelem bens jurídicos. Isso implica dizer que sentimentos, valores éticos ou morais devem ser deixados de lado. A escolha dos objetos que serão protegidos implica uma decisão política do Estado.¹⁴

Porquanto, os bens que serão tutelados por meio da norma têm sua origem num juízo de valor. Afinal de contas, o fato de que algo tenha valor remete necessariamente a um sujeito que o atribui.¹⁵

11 ZAFFARONI, PIERANGELI, 1999, p. 466.

12 2000, pp. 105-106.

13 1997, pp. 48-49.

14 1997, pp. 59-61.

15 AMELUNG In: HEFENDEHL, 2007, pp. 228-238.

A decisão político-estatal de selecionar os bens tuteláveis pelo Direito Criminal está sujeita a diversos fatores, dentre eles a questões ideológicas. Porquanto, a escolha feita pelo Estado/legislador não é neutra. A seleção dos bens pode conduzir a proteção de algo que encobre outra realidade ou, lado outro, algo que simplesmente seja incompatível com o *critério democrático*. Na primeira hipótese, o que se protege não é exatamente o que se afirmou. Na segunda, o que foi tutelado não é justo protegê-lo.¹⁶

Tal fato remete a um profundo problema: há mesmo delimitação do poder estatal, isto é, existem de fato limites à atividade do legislador?

Enrique Bacigalupo leciona que “[...] na medida em que praticamente todo interesse, toda finalidade ou qualquer função do sistema social se pode considerar um bem jurídico, a capacidade limitadora do conceito de bem jurídico é, em verdade, nula”.¹⁷

Afirmar que a função limitadora é nula resulta um tanto quanto exagerada porque, na pior das hipóteses, já tem o escopo de afastar o intuito de salvaguardar normas morais ou divinas. Não obstante, a limitação, de qualquer maneira, é demasiadamente simplória e diminuta. A amplitude do conceito de bem jurídico exige a adoção de uma leitura vincadamente crítica dos bens escolhidos pelo legislador para serem tutelados pelo Direito Criminal.

Uma vez que a identificação do que foi protegido pela norma permite o questionamento da própria norma¹⁸, então se deve intentar conhecer os bens jurídicos tutelados para, ato contínuo, questioná-los. Se o bem jurídico não é adequadamente questionado, a sua teorização cumpre apenas um papel técnico-formal. Contentar-se apenas com a lei penal incriminadora, sem questionar o seu conteúdo, é adotar uma postura de neutralidade que não condiz com a realidade do próprio Direito.

Por essa razão, para impor verdadeiramente limites ao Estado, é preciso adotar uma visão crítica sobre a teoria do bem jurídico. Pensar doutro modo acarreta numa aceitação acrítica da realidade posta. Isso não pode ser (e não é) uma metodologia válida. Afinal de contas, segundo Richard Quinney,

sem o pensamento crítico nós estamos limitados à única forma de vida social que conhecemos – a que existe presentemente. Nós não somos, então, livres

16 HORMAZÁBAL MALARÉE, 1992, pp. 153-156.

17 1999, p. 44. (Tradução nossa).

18 BUSTOS RAMÍREZ, HORMAZÁBAL MALARÉE, 1997, p. 57.

para escolher uma vida melhor; nossa atividade única é o prolongamento do apoio do sistema em que somos escravizados.¹⁹

À vista disso, é preciso fazer uma leitura crítica do Direito Criminal, especialmente no que se refere à escolha dos bens protegidos.

3. Seleção de bens jurídicos e sociedade capitalista

Não foram poucas as teorias criminológicas que partiam da concepção de que o crime seria um dado ontológico pré-constituído ao sistema penal e ao Direito Criminal. Tal postura é inaceitável como método adequado de compreender todos os aspectos correlatos ao “fenômeno criminoso”: sistema penal, formação das normas jurídico-criminais etc.

O crime é algo constituído pelo Estado, pelo Direito Criminal. Como declarado por Roberto Lyra Filho: “A noção de crime está obviamente ligada à de Direito”.²⁰ Até porque, no cenário do Estado de Direito, somente há que se falar em crime se se passou pelo crivo da legalidade. Não há crime sem lei anterior que o defina (Art. 1, do Código Penal Brasileiro). O processo de criminalização é fruto de uma ação estatal. Antes disso, há no máximo o desvalor produzido pela moral, pela religião etc. O desvalor jurídico-penal é inerente à legalidade e, conseqüente, à tipificação do que se considera proibido (reprovação jurídica de uma conduta).

Nesse diapasão, afastando-se do paradigma etiológico-explicativo do crime, é possível asseverar que não há delito antes da positivação de uma lei. A “construção” da criminalização é fruto do juízo de valor do legislador. Valoração que de nenhum modo pode ser considerada neutra.

Apesar dessa última constatação, o discurso jurídico oficial trabalha com a lógica que todos os bens elegidos pelo legislador para serem tutelados pelo Direito Criminal são para atender aos interesses de todas as pessoas. A escolha político-estatal seria imparcial. O legislador representaria a totalidade do corpo social.

19 1980, p. 232.

20 1997, p. 71.

O *Sistema de Justiça Criminal*, operacionalizado nos limites das matrizes legais do Direito Penal, realiza da *função declarada* de garantir uma ordem social *justa*, protegendo bens jurídicos *gerais* e, assim, promovendo o *bem comum*.²¹

Por meio dessa ótica, bastaria a lei, com base na dogmática jurídico-criminal, estabelecer os parâmetros formais para dizer se há, ou não, um comportamento criminoso (fato típico, ilícito e culpável), ditar as penas e as diretrizes para sua individualização e, alfim, estabelecer as causas de exclusão da punibilidade. Esse “filtro dogmático” seria mais que suficiente para garantir segurança aos membros da sociedade.

Há algo recôndito por detrás dessa ficção.

Juarez Cirino dos Santos objeta que “não é possível explicar o comportamento criminoso sem explicar, previamente, a natureza, conteúdo e significação ideológica dos parâmetros jurídicos e políticos de valoração do comportamento social”.²²

Para alcançar esse objetivo crítico-explicativo, é essencial refletir sobre a tessitura jurídico-política estatal. É impreterível evidenciar como são valorados e, ato contínuo, criminalizados os comportamentos humanos numa sociedade capitalista. Afinal de contas, o Brasil adotou o sistema capitalista, conforme se depreende dos postulados elencados pelo constituinte originário no art. 170 da Constituição da República Federativa de 1988.²³

Como se sabe, o sistema feudal, por diversos fatores²⁴, entrou em declínio e foi substituído pelo sistema capitalista de produção. A sociedade que antes era dividida por estamentos²⁵, passou a ser dividida em classes.

21 SANTOS, 2010, p. 10. (Grifos no original).

22 SANTOS, 1979, p. 114.

23 Nesse sentido: “[...] do contexto [artigo 170, caput, da CF] extrai-se que o Brasil se filia ao modelo capitalista de produção, também denominado ‘economia de mercado’ [...]” In: BAS-TOS, MARTINS, 2000, p. 16. Igualmente em: CARVALHO, 2012, p. 1325. De igual maneira em: SILVA, 2012, p. 719.

24 Aumento da fome, da mortalidade e da exploração dos suseranos em detrimento dos servos; ocorrência da pandemia que foi denominada por peste negra; esgotamento das fontes de minério; desenvolvimento do comércio; expansões ultramarinas; surgimento da moeda como valor de troca etc. Em razão disso, somado ao fato de que paralelamente crescia e se fortalecia o grupo social que vivia nos burgos (a burguesia), ocorreu um aumento elevado de êxodo rural, o que, dentre outros fatores, acabou transformando as relações de produção. Passo a passo, começou o processo de acumulação “primitiva” de capital.

25 A sociedade estamental é dividida pelo “status” e pela honra, havendo pouca mobilidade social. Todavia, é mais aberta que a organização social em castas, porém mais fechada que a divisão em classes.

Embora seja difícil, se não impossível, encontrar uma definição de Classe social que conte com o consenso dos estudiosos ligados a diversas tradições políticas e intelectuais, todos estão de acordo em pensar que as classes sociais são uma consequência das desigualdades existentes na sociedade. [...]
[...] Em sentido estrito, só se pode falar de Classes sociais depois das revoluções demo-crático-burguesas do século XIX e do advento da sociedade capitalista.²⁶

A divisão de classes é produzida, e ao mesmo tempo medida, especialmente em razão da diferença de riquezas materiais dos indivíduos. O principal fator, portanto, é o econômico (e suas desigualdades). Se houvesse igualdade social, não haveria, por consequência lógica, divisão em classes.

De qualquer modo, como bem pontuaram Karl Marx e Friedrich Engels, a moderna sociedade burguesa, surgida das ruínas da sociedade feudal, não suprimiu os antagonismos entre as camadas sociais, apenas estabeleceram novas condições de opressão.²⁷ A bem da verdade, “[...] se se considerar a época da escravidão, a do feudalismo ou a do capitalismo, observa-se nelas um fenômeno permanente: a exploração, por aqueles que possuem, daqueles que nada possuem.”²⁸

O capitalismo²⁹ é nada mais nada menos do que a dominação de alguns grupos³⁰ (algumas classes) sobrepondo aos demais, ou seja, esse sistema representa exatamente a dominação político-econômica de um grupo frente aos demais indivíduos da sociedade, quais sejam, os integrantes das classes desfavorecidas/espoliadas.

O sistema capitalista, com sua concentração monopolista de riqueza em poucas mãos, produz e alimenta as desigualdades sociais.³¹ Desigualdade político-econômica e capitalismo caminham *pari passu*.

Esse descompasso parece ser estimulado, ou pelo menos perpetuado, em razão da grande influência do pensamento elitista na sociedade, defendendo que o mundo se compõe de duas classes de pessoas: uns, os seletos,

26 BOBBIO, MATTEUCCI, PASQUINO, 1998, pp. 169-171.

27 2011, p. 46.

28 DAVID, 1998, p. 158.

29 Segundo Claude Jessua o termo capitalismo foi substituído pelos autores liberais por expressões supostamente mais neutras, como “economia de livre empresa” ou “economia de mercado”. In: JESSUA, 2011, p. 7.

30 Grandes empresários, banqueiros etc.

31 DÍAZ, 1975, p. 155.

os egrégios, a elite; outros, o rebanho, a horda, a ralé, a massa irracional e estúpida.³² As classes sociais abastadas mimetizam a esfera econômica-capitalista como sendo “amoral”, de forma que consequências negativas produzidas pelo capitalismo não possam sofrer um juízo de valor desfavorável.

A consequência de tudo isso não poderia ser outra senão:

Numa sociedade complexa, e hierarquizada, dita as leis a classe que dispõe de poder. E, obviamente, armará a ordem legal de sorte a garantir a permanência das desigualdades existentes, das quais decorrem as vantagens que lhes bafejam os membros, tanto quanto os ônus suportados pelas massas oprimidas. Ou seja, a ordem jurídica, elaboraram-na os grupos predominantes em termos de poder, com o propósito político de assegurar a conservação do *status quo* socioeconômico.³³

Nessa mesma linha de raciocínio, Alessandro Baratta expõe que:

[...] O funcionamento do direito não serve, com efeito, para produzir a igualdade, mas para reproduzir e manter a desigualdade. O direito contribui para assegurar, reproduzir e mesmo legitimar (esta última é uma função essencial para o mecanismo de reprodução da realidade social) as relações de desigualdade que caracterizam a nossa sociedade, em particular a escala vertical, isto é, a distribuição diferente dos recursos e do poder, a consequência visível do modo de produção capitalista.³⁴

De igual maneira, é a opinião de Cirino dos Santos. Ele afirma que o sistema jurídico e político de controle social do Estado protegem sobremaneira interesses e necessidades dos grupos sociais hegemônicos da formação econômico-social, excluindo ou reduzindo os interesses e as necessidades dos grupos sociais subordinados.³⁵ “[...] A igualdade legal e a racionalidade social são a expressão abstrata de uma ideologia de classe em uma ordem social desigual.”³⁶

32 DÍAZ, 1975, p. 148.

33 THOMPSON, 2007, p. 47.

34 2017, p. 213.

35 2010, p. 7.

36 SANTOS, 1979, p. 39.

Antinomias superestruturais do Estado e do Direito evidenciam que a aparência de igualdade, de liberdade e de proteção geral dessas instituições acoberta a realidade de reprodução da desigualdade, da opressão e da proteção de classe.³⁷

Pautando-se nessa análise crítico-valorativa da sociedade capitalista, é que a Criminologia Crítica realiza uma leitura do “fenômeno criminoso”. Apesar de essa teoria criminológica não formar um corpo homogêneo de ideias, o núcleo teórico utilizado é comum (quer declarem isso, ou não): as bases conceituais e as hipóteses cunhadas pelo marxismo. Embora exista esse ponto de partida, os mecanismos de análise não se fundam exclusivamente nos textos marxianos.

Se nas sociedades capitalistas o Direito como um todo *tende* a privilegiar a(s) classe(s) dominante(s), o mesmo sucede com o Direito Criminal.³⁸ Assimilar que o sistema legal serve aos interesses das classes privilegiadas, e não à sociedade como um todo, é o primeiro passo para uma percepção crítica do Direito Criminal adotado pelas sociedades capitalistas.³⁹

É possível analisar o Direito Criminal por meio de seus três mecanismos básicos: 1- o mecanismo da produção de normas e conseqüente seleção dos bens protegidos (criminalização primária); 2 - o mecanismo da aplicação das normas, ou seja, o processo penal, englobando a atuação dos órgãos de investigação e findando na sentença (criminalização secundária); 3- o mecanismo da execução da pena ou das medidas de segurança.⁴⁰

Analisando esses três mecanismos é possível desmistificar a afirmação de que existe um Direito Criminal igualitário. Noutros termos, é factível virgular sobre a coexistência de funções latentes correlatas às normas jurídico-criminais.

- a) O direito penal não defende todos e somente os bens essenciais, nos quais estão igualmente interessados todos os cidadãos, e quando pune as ofensas aos bens essenciais o faz com intensidade desigual e de modo fragmentário;
- b) a lei penal não é igual para todos, o *status* de criminoso é distribuído de modo desigual entre os indivíduos;

37 SANTOS, 1984, p. 61.

38 BARATTA, 2017, p. 165.

39 QUINNEY In: TAYLOR, WALTON, YOUNG, 1980, p. 240.

40 BARATTA, 2017, p. 161.

c) o grau efetivo de tutela e a distribuição do *status* de criminoso é independente da danosidade social das ações e da gravidade das infrações à lei, no sentido de que estas não constituem a variável principal da reação criminalizante e da sua intensidade.⁴¹

A elaboração da lei penal, emanada do juízo de valor do legislador, *tende* a não acolher os interesses gerais da sociedade. Conquanto se possam reconhecer bens (jurídicos) que sejam compartilhados por todas as classes sociais, v.g., a vida, a integridade física, a liberdade sexual, uma parcela de proteção recai sobre os interesses das classes poderosas. Essas mesmas classes abastadas que detêm o poder político-econômico, ao criarem as normas jurídico-penais, determinam não apenas os bens (jurídicos) tuteláveis, senão também quem são as pessoas criminalizáveis.

A concepção de um Direito Criminal voltado à proteção de todas as pessoas mascara algumas “funções reais” correlatas à ação punitiva, quais sejam, reprodução do sistema penal injusto e produção ideológica e material das relações de desigualdade na sociedade.⁴²

Os órgãos que atuam nos distintos níveis de organização da justiça penal (legislador, polícia, etc.) agem muitas vezes de maneira seletiva. Eles não representam e nem tutelam interesses comuns a todos os membros da sociedade, senão, prevalentemente, interesses de grupos minoritários dominantes e socialmente favorecidos.⁴³ Não é mais possível conviver com essa violência nefasta e ascensional do sistema penal contemporâneo.

Toma-se como exemplo de norma jurídico-penal voltada à proteção de interesses de grupos dominantes, o tipo penal, ainda vigente, que proíbe a “vadiagem” (art. 59, da Lei das Contravenções Penais). Além disso, a mesma Lei (art. 14, *caput* c/c o inciso II) dita que os condenados por vadiagem são presumidamente perigosos. Quanto a esse ponto, faz bem trazer à baila os ensinamentos de Nilo Batista, ao dizer que para boa parte dos brasileiros, da época do escravismo colonial ao capitalismo contemporâneo, a punição é um fato cotidiano. Para os brasileiros pobres, segundo ele, existem duas opções: ou são presos por vadiagem ou, lado outro, trabalham para receber

41 BARATTA, 2017, p. 162.

42 BARATTA, 1995, p. 54.

43 BARATTA, 2004, p. 301.

um salário-mínimo. Noutros termos, ou são punidos ou aceitam – sem reclamar – ser mal pagos. O Brasil não é, como se pensa, o país da impunidade.⁴⁴

Desse modo, como diria Jock Young, o estudo do controle social deve demonstrar a “verdadeira cor da lei”, qual seja, a de servir de instrumento das classes dominantes.⁴⁵

Como já dito, a produção de normas penais *tende* a proteger os valores das classes dominantes e, ao mesmo tempo, a pré-selecionar os sujeitos estigmatizáveis (das classes dominadas). A legislação penal, por evidente, não deve coincidir com a moral ou a ideologia política das classes hegemônicas.⁴⁶ É preciso atender aos interesses da maioria do corpo social (*critério democrático*).

A seletividade concretizada por meio do Direito Criminal criminaliza condutas que atingem na grande maioria das vezes uma determinada parcela da sociedade: os menos favorecidos economicamente. Afinal, o crime é um fenômeno social que implica a concorrência de diversos fatores, um deles, conforme Liszt bem explanou, as relações econômicas que cercam os indivíduos.⁴⁷

A seletividade do Direito Criminal não é um problema exclusivo da contemporaneidade. Ela representa um antigo vício, sempre tendendo a concentrar na criminalização dos setores sociais subalternos ou marginalizados. Inclusive, o Direito Criminal da modernidade, que passou a utilizar a prisão como pena invés de servir tão somente para contenção provisória de presos, representa exemplo notório de como uma classe pode utilizar das normas jurídicas para o seu próprio favorecimento. Basta observar que na Idade Moderna, a burguesia, visando assegurar o seu domínio de classe, utilizou-se amplamente do sistema criminal para oprimir as classes desprivilegiadas.⁴⁸

Nessa perspectiva, é bom frisar que a pena de prisão não surge necessariamente com a meta de reeducar os condenados (apesar de ser por vezes o objetivo declarado), ela aparece por motivos diversos⁴⁹. Um deles,

44 BATISTA, 1990, pp. 38-39.

45 1980, p. 110.

46 CAMACHO BRINDIS, 1992, p. 61.

47 2006, p. 107.

48 PACHUKANIS, 1988, p. 123.

49 Exemplo: a busca de uma pena supostamente menos cruel que os suplícios.

lembrado por Melossi e por Pavarini, deve ser destacado: a pena de prisão nasce quando da criação das casas de correção holandesas e inglesas, na qual a pretensão não era alcançar um fim utilitarista (reforma dos delinquentes), porém a subordinação e a docilidade dos membros da sociedade ao novo sistema de produção, o capitalista.⁵⁰

Por tudo que foi dito, pode-se atestar que as classes favorecidas economicamente utilizam-se do Direito Criminal para resguardar, em desfavor das classes desfavorecidas, suas regalias classistas.⁵¹ Noutras palavras, o Direito Criminal atua de maneira seletiva, reprimindo sobremaneira as classes oprimidas da sociedade.

Em desfavor de tudo que foi dito, pode-se contra-argumentar que o Brasil, ao adotar o modelo democrático de tomada de decisões estatais (“todo o poder emana do povo”, art. 1º, parágrafo único, da CF/88), afastou as classes dominantes do cenário político. Dessa feita, não seria verossímil virgular que existem algumas classes favorecidas que dominam o aparato jurídico-estatal e, por consequência, *tendem* a proteger seus próprios interesses. Todavia, a legitimidade democrática não é observável na prática.

Para que se torne plausível a participação efetiva da maioria do povo no controle das decisões políticas é imperioso que os cidadãos tenham direito a exercer livremente seu voto (que deve ter valor e peso igual para todos) e, lado outro, que possam ter condições efetivas (e não apenas uma previsão jurídico-formal) de concorrer aos cargos eletivos.

O capitalismo, tutelado pelo liberalismo econômico, não tem o condão de afastar o sufrágio universal. Porém, ao frustrar o direito a igualdade material impede uma concorrência equânime aos cargos público-eletivos. Tal fato acontece porque as Constituições Liberais desconjuntam os direitos políticos dos econômicos, criando a ficção de que o acesso aos primeiros compensa a supressão dos segundos. Ademais, o sistema liberal econômico tutela tão somente uma suposta igualdade inicial para todos, que vertida numa igualdade jurídico-formal logo se transforma numa desigualdade real. Como Gustav Radbruch bem pontou:

Uma igualdade meramente jurídico-formal significa dissimulação e aprofundamento da desigualdade social. A liberdade de propriedade igual para todos se

50 1985, p. 41.

51 QUINNEY In: TAYLOR, WALTON, YOUNG, 1980, pp. 236-237.

converte na realidade, para os proprietários dos meios de produção, de mero domínio sobre as coisas em domínio sobre os homens, e, para as classes sem posses, em subordinação. A liberdade contratual, igual para todos, torna-se para o proprietário a liberdade de impor, e, para os destituídos de poder, sujeição à imposição. Os direitos políticos, iguais para todos, nas mãos dos proprietários – que estão em condições de encher o caixa dos partidos e financiar a imprensa – em comparação aos destituídos, significam a potencialização da força.⁵²

De acordo com essa problemática, é crível observar que no liberalismo temos uma “igualdade no início da corrida” (mero formalismo), mas uns poucos fortes/seletos deixam a massa bem atrás (eis os pontos de chegada).⁵³ “[...] Igualdade, liberalismo e democracia estão destinados a não se encontrar.”⁵⁴

De maneira análoga, fica evidente que o capitalismo, por ser um sistema que produz inevitavelmente desigualdades⁵⁵, distancia-se da soberania popular. Afinal, o sistema capitalista, hipoteticamente justo e igualitário, reproduz privilégios⁵⁶ e salvaguarda o *status quo*. Quais as consequências disso no que se refere à democracia? Múltiplas. Várias delas criteriosamente observadas pela Ciência Política ao analisar o dia a dia da “política” exercida em países capitalistas.

A ausência de uma distribuição justa do poder econômico faz do direito de voto uma mera aparência,⁵⁷ haja vista que os membros das classes subalternas raramente conseguem ingressar nos cardeais cargos público-eleivos. Simplificando os fatos, é plausível sinalar que em todas as sociedades capitalistas surgem duas classes de pessoas: uma classe que domina e uma que é dominada. A primeira classe, sempre menos numerosa, desempenha a grande maioria das funções políticas e monopoliza o poder. A segunda classe, formada pelos reles mortais, a mais numerosa, é dirigida e controlada pela primeira.⁵⁸

52 2010a, p. 99.

53 RADBRUCH, 2010b, p. 16.

54 BOBBIO, 2006, p. 42.

55 DAHL, 2001, p. 195.

56 Privilégios restritos a algumas classes favorecidas, exemplo: acesso à saúde, à alimentação, à moradia, à educação, ambas com qualidade.

57 BOBBIO, 2006, p. 83.

58 Gaetano Mosca apud DAHL, 2012, pp. 419-420.

Robert Alan Dahl, que se tornou o mais esmerado pensador da teoria democrática no século XX⁵⁹, obtempera que as desigualdades construídas pelo sistema capitalista de produção acarretam distribuição desnivelada dos recursos políticos. Por recursos políticos ele considera tudo que uma determinada pessoa ou um grupo social têm acesso, podendo intervir direta ou indiretamente na conduta de outras pessoas, como: dinheiro, riqueza, bens e serviços, recursos produtivos, rendimentos, *status*, informação, conhecimento, educação, meios de comunicação, votos etc. Essa discrepância de recursos políticos ocasiona desigualdade, uma vez que alguns cidadãos adquirem mais influência do que outros. De modo consequente, a igualdade política entre os cidadãos, fundamento moral da democracia, é profundamente violada.⁶⁰

Se o único modo de tornar factível o exercício da soberania popular é a outorga ao maior número de cidadãos do direito de participar direta ou indiretamente na tomada de decisões político-estatais⁶¹, pode-se concluir que o poder colossal dos “donos do dinheiro” (detentores dos recursos políticos) ante as classes desfavorecidas faz com que a democracia se torne uma plutocracia⁶². Se as maiorias nunca detêm o poder, a soberania popular nunca é real.

Como bem notaram os cientistas políticos, os membros das classes favorecidas utilizam seus recursos para alcançarem o poder, isto é, utilizam de todos os artifícios de sua superioridade econômica para dominar o processo público-eletivo.⁶³ Noutra vertente, os indivíduos das classes espoliadas não têm, na maior parte das vezes, chances reais de disputar pelos cargos eletivos. Razão pela qual “não podemos sustentar a marcha para uma igualdade

59 ABU-EL-HAJ, 2008, p. 159.

60 DAHL, 2001, pp. 195-196.

61 BOBBIO, 2006, p. 43.

62 Plutocracia significa literalmente governo dos ricos. In: RODRÍGUEZ, 2004, p. 510.

63 Há um abismo entre o perfil da classe política e a maioria dos membros da sociedade brasileira. O Relatório da OXFAM relata que: “Em 2014, o Brasil elegeu o parlamento federal mais rico dos últimos 15 anos. Quase metade dos deputados da Câmara Federal tem patrimônio superior a R\$ 1 milhão, valor 17 vezes maior que a média de patrimônio per capita no Brasil. Existem, ademais, enormes desequilíbrios de raça, sexo e etnia no sistema político. [...] Em conjunto, estes fatores têm impacto direto na produção de políticas públicas e na capacidade do Estado distribuir renda, riqueza e serviços. O acesso desigual ao sistema democrático retroalimenta as desigualdades e a pobreza, trazendo consigo outro dano: a perda de crença no Estado e na própria democracia.” In: OXFAM, 2017, p. 70.

maior na distribuição de recursos políticos sem uma profunda igualdade de distribuição, entre outros, de riqueza e rendimento.”⁶⁴

O sistema capitalista, ao provocar desigualdades sociais, por meio de uma (pres)suposta justificação moral⁶⁵, gera uma sociedade dividida em classes. O Brasil, a título de exemplo, tem uma desigualdade tão colossal que foi considerado no ano de 2017 o décimo país mais desigual do mundo, de acordo com o último Relatório de Desenvolvimento Humano (RDH), elaborado pelas Nações Unidas.⁶⁶ Como ter soberania da maioria em um Estado com tamanha desigualdade social? Eis o motivo de o capitalismo ser – como regra – o cancro da democracia.

Realizado esses esclarecimentos, pode-se pontuar a existência de um segundo problema correlato ao primeiro: ausência de representatividade política. Por que surge esse óbice? Em razão de a maioria do povo dificilmente participar efetivamente da tomada de decisões estatais, pois raramente conseguem alcançar os principais cargos público-eletivos e, doutro lado, tem pouco poder de barganha para influenciar nas decisões da elite política. Ora, mas não seria de se esperar que a classe dominante, detentora das riquezas, representa-se as classes desfavorecidas? Após décadas de estudo sobre essa temática, Dahl responde que os atores econômicos têm pouquíssimos incentivos morais para atender ao interesse das demais pessoas; pelo contrário, com o fito de maximizar os lucros, tendem a abandonar o bem dos demais indivíduos do corpo social.⁶⁷

Contudo, as leis não deveriam atender a vontade da maioria? Como diria Roberto Lyra Filho, a lei é produto de um ato estatal, interligada, portanto, à classe dominante e seus interesses.⁶⁸

Bom, mas não seria justo “dar a cada um o que é seu”? João Mangabeira explana que esta expressão faz parte do vetusto repertório ideológico que marca a separação social entre os dominantes e os espoliados: “porque se a justiça consiste em dar a cada um o que é seu, dê-se ao pobre a pobreza, ao miserável a miséria, ao desgraçado a desgraça, que é isso o que é deles [...]”.⁶⁹

64 Robert A. Dahl apud ABU-EL-HAJ, 2008, p. 176.

65 Normalmente a justificação moral é feita por meio da concepção de meritocracia.

66 PIRES, 2017.

67 2001, p. 193.

68 1999, p. 8.

69 Apud LYRA FILHO, 1999, p. 21.

Pode-se afirmar que a escolha do legislador é legítima porque, em tese, ele retira da Constituição Federal os bens (jurídicos) que serão objeto de proteção pelo Direito Criminal. Nesse sentido, Prado informa que o legislador ordinário deve observar os valores e as diretrizes constitucionais ao escolher os bens que serão tuteláveis pela norma penal.⁷⁰ Siqueira afirma que a Constituição traça os marcos de incriminação e, ao mesmo tempo, é a fonte dos valores que devem ser protegidos pelo Direito Criminal.⁷¹

Uma afirmação desse tipo seria (e de fato é) bastante problemática. As normas constitucionais, como quaisquer outras, são normas jurídicas positivadas. Tendo sido positivadas, passaram pelo juízo de valor do legislador. Como são as classes sociais abastadas que dominam o aparato público-eletivo, as normas constitucionais *tendem* a garantir os interesses dessas mesmas classes. A Constituição não é um conjunto de normas impecáveis e, conseqüentemente, inquestionáveis. Sendo assim, tomá-las como ponto de referência não ocasiona verdadeiramente limites ao poder punitivo do Estado.

Realizada toda essa explanação, pode-se concluir que o Estado é controlado pelas classes dominantes. Lado outro, as classes espoliadas, para além de exercerem o direito de voto, têm pouca participação no cenário político-estatal. O processo de criminalização (escolha dos bens tuteláveis e criação dos tipos penais) advém, como regra⁷², dos membros do Poder Legislativo Federal. Esses legisladores pertencem, na sua grande maioria, as classes dominantes. Assim sendo, a criminalização primária *tende* a favorecer os indivíduos pertencentes a tais classes abastadas.

O fato de denunciar essa realidade caliginosa não carrega o intuito de desconstruir a teoria do bem jurídico e sua importância extrassistemática e intrassistemática. O escopo é revelar a indispensabilidade da realização de uma leitura crítica dos bens protegidos pelo Direito Criminal, de modo a concretizar o que já está na base da teorização do bem jurídico: impor limites à atividade jurídico-estatal.

Ao adotar essa concepção crítica, com base numa análise disruptiva das atuais questões econômico-sociais, não se estar intentando asseverar que todos os assuntos controversos relativos à criminalização estão atrelados

70 1997, p. 76.

71 2014, p. 146.

72 Regra: competência privativa da União para legislar sobre Direito Penal (art. 22, inciso I, da CF/88). Exceção: competência dos Estados Federados e do Distrito Federal para legislar sobre questões específicas (art. 22, parágrafo único *c/c* art. 32, § 1º, da CF/88).

exclusivamente ao domínio de classe e consecutivamente ao problema da ordem jurídico-desigual que ele constitui. Entretanto, essas questões não podem ser deixadas de lado.

Assim, apesar de todos os problemas do Brasil não estarem atrelados tão somente ao fator econômico, há inegavelmente uma relação entre eles. Para se ter uma ideia, o Relatório feito pela OXFAM sobre a desigualdade social no Brasil trouxe resultados alarmantes, dentre eles: 1) apenas seis pessoas concentram riqueza equivalente ao patrimônio dos 100 milhões de brasileiros mais pobres; 2) Os 5% mais ricos do Brasil têm a mesma renda dos demais 95%; 3) O que ganha um super-rico em um único mês é o mesmo que uma trabalhadora que ganha salário mínimo recebe em 19 anos.⁷³ Tais dados, amplamente utilizados pelos cientistas políticos, devem ser levados em consideração também pelos estudiosos do Direito Criminal, de modo a realizar uma leitura crítica dos institutos jurídicos utilizados pelo Estado – muitas vezes aplicados como indiscutíveis.

4. Conclusão

Os bens jurídicos são valores relevantes para a vida humana individual ou coletiva. Haja vista que a escolha dos bens é feita por meio de um juízo valorativo do legislador, eles devem passar pela crítica constante de todas as pessoas integrantes do Estado, especialmente dos juristas. Isso é crucial, uma vez que o conceito de bem jurídico é amplo e a escolha dos bens não é neutra. Para além das funções declaradas da proteção de bens pelo Direito Criminal, é primordial descortinar possíveis quimeras. É preciso esquadriñar as funções latentes que circundam em torno de tal tutela.

Numa sociedade dividida em classes, os bens (jurídicos) tutelados pelo Direito Criminal *tendem* a ser aqueles que interessam a classe dominante, uma vez que de maneira geral é essa mesma classe que toma as principais decisões político-estatais. Como disseram Muñoz Conde e García Arán, não se pode perder de vista que em todo processo de produção do bem jurídico ocorrem manipulações e deturpações que tendem a ignorar o interesse humano.⁷⁴

73 2017, p. 6.

74 2010, p. 61.

Uma das causas das distorções relativas à escolha dos bens jurídico-criminais se relaciona com a divisão da sociedade em classes. A classe dominante sobrepõe suas vontades, seus valores, seus interesses em detrimento da classe dominada. Essa situação é uma consequência, dentre outros fatores, do Capitalismo. Sistema que por sua vez é a principal diretriz da Ordem Econômico-Financeira estabelecida na Constituição Federal.

Por tudo, pode-se asseverar que o processo de criminalização é seletivo e imparcial. Numa sociedade dividida em classes completamente antagônicas como no Brasil, a classe que detém o poder *tende* a proteger por meio da lei os seus próprios interesses. Por essas razões, o conteúdo das normas jurídico-penais necessita passar por um filtro crítico-avaliativo constante. A validade de uma norma jurídico-penal não está somente interligada com o cumprimento de critérios técnico e/ou dogmáticos. A validade deve estar interligada também a um conteúdo normativo que atenda a vontade da maioria do corpo social (*critério democrático*).

Referências

- ABU-EL-HAJ, Jawdat. Robert Dahl e o dilema da igualdade na democracia moderna. *Revista Análise Social*. Lisboa, vol. XLIII (1.º), 2008 (n.º 186), pp. 159-180.
- AMELUNG, Knut. El concepto «bien jurídico» en la teoría de la protección penal de bienes jurídicos. In: HEFENDEHL, Roland (Ed.). *La teoría del bien jurídico: ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid: Marcial Pons, 2007. pp. 227-264.
- BACIGALUPO, Enrique. *Derecho Penal: Parte General*. 2. ed. ren. y ampl. Buenos Aires: Hammurabi, 1999.
- BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal*. Tradução de Juarez Cirino dos Santos. 6. ed. 4ª reimpr. Rio de Janeiro: Revan; Instituto Carioca de Criminologia, 2017.
- _____. *Criminología y sistema penal: (Compilación in memoriam)*. Montevideo, Buenos Aires: B de F, 2004. (Colección Memoria Criminológica; n.º 1).
- _____. Funciones instrumentales y simbólicas del derecho penal: una discusión en la perspectiva de la criminología crítica. Traducción de Mauricio Martínez Sánchez. In: BUSTOS RAMÍREZ, Juan (Org.). *Pena*

- y *Estado*: Función simbólica de la pena. Santiago de Chile: ConoSur, 1995. pp. 37-55.
- BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*: Promulgada em 5 de outubro de 1988. v. 7: Arts. 170 a 192. 2 ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2000.
- BATISTA, Nilo. *Punidos e mal pagos*: Violência, justiça, segurança pública e direitos humanos no Brasil de hoje. Rio de Janeiro: Revan, 1990.
- BOBBIO, Norberto. *Liberalismo e democracia*. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 6. reimpr. da 6. ed. de 1994. São Paulo: Brasiliense, 2006.
- BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. 11. ed. Tradução de Carmen C. Varriale et. al. Brasília: Universidade de Brasília, 1998.
- BRUNO, Aníbal. *Direito Penal: Parte Geral*. Tomo 1. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan J.; HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. *Lecciones de Derecho Penal*: Fundamentos del sistema penal, esquema de la teoría del delito y del sujeto responsable y teoría de la determinación de la pena. vol. 1. Madrid: Trotta, 1997. (Colección Estructuras y Procesos).
- CAMACHO BRINDIS, Maria Cruz. *Criterios de criminalización y descriminalización*. 1992. 414 f. Tesis (Doctorado) - Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1992.
- CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito Constitucional: Teoria do Estado e da Constituição*. Direito Constitucional Positivo. 19. ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.
- DAHL, Robert A. *Sobre a democracia*. Tradução de Beatriz Sidou. Brasília: Universidade de Brasília, 2001.
- _____. *A democracia e seus críticos*. Tradução de Patrícia de Freitas Ribeiro. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012. (Biblioteca Jurídica WMF).
- DAVID, René. *Os grandes sistemas do Direito contemporâneo*. Tradução Hermínio A. Carvalho. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- DÍAZ, Elías. *Estado de Derecho y sociedad democrática*. 6. ed. Madrid: Cuadernos para el dialogo, 1975.
- HASSEMER, Winfried. *Fundamentos del Derecho Penal*. Traducción y notas de Francisco Muñoz Conde y Luis Arroyo Zapatero. Barcelona: Bosch, 1984.
- HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. *Bien Jurídico y Estado Social y Democrático de Derecho*: El objeto protegido por la norma penal. 2 ed. Santiago de Chile: ConoSur, 1992.

- HUNGRIA, Nélon. Primeira Parte. In: HUNGRIA, Nélon; FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Comentários ao Código Penal: Decreto-lei n.º 2.848, de 7 de dezembro de 1940. vol. V. Arts. 121 a 136. 5. ed.* Belo Horizonte: Rio de Janeiro: Forense, 1979. pp. 7-499.
- Instituto de Estudos Socioeconômicos. *Perfil da Desigualdade e da Injustiça Tributária: com Base nos Declarantes do Imposto de Renda no Brasil 2007-2013*. Pesquisador responsável Evilasio Salvador. Brasília: INESC, 2016.
- JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho Penal: Parte general. Traducción y adiciones de Derecho español por S. Mir Puig y F Muñoz Conde*. Barcelona: Bosch, 1981.
- JESSUA, Claude. *Capitalismo*. Tradução de William Lagos. Porto Alegre, RS: L&PM, 2011. (Coleção L&PM POCKET; v. 781).
- LISZT, Franz von. *Tratado de Direito Penal alemão*. Tradução de José Hygino Duarte Pereira. v. 1. Obra fac-similar. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial: Superior Tribunal de Justiça, 2006. (Coleção História do Direito Brasileiro. Direito Penal).
- LYRA FILHO, Roberto. *O que é Direito*. 2. reimpr. da 17. ed. de 1995. São Paulo: Brasiliense, 1999. (Coleção primeiros passos).
- _____. *Criminologia dialética*. Brasília: Ministério da Justiça, 1997. (Série Arquivos do Ministério da Justiça).
- MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. *Manifesto do Partido Comunista*. Tradução de Pietro Nassetti. 2. ed. São Paulo: Martin Claret, 2011. (Coleção a obra-prima de cada autor).
- MAYER, Max Ernst. *Normas jurídicas y normas de cultura*. Traducción de José Luis Guzmán Dálbora. Buenos Aires: Hammurabi, 2000.
- MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. *Carcel y Fabrica: los orígenes del sistema penitenciário (siglos XVI-XIX)*. 2. ed. México: Siglo XXI, 1985.
- MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción al Derecho Penal*. 2. ed. Montevideo, Buenos Aires: B de F, 2001. (Colección Maestros del Derecho Penal; nº 3).
- MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho Penal: Parte General*. 8. ed. rev. e atual. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010.
- MUÑOZ CONDE, Francisco; HASSEMER, Winfried. *Introducción a la Criminología y al Derecho Penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1989.
- OXFAM. *A distância que nos une: um retrato das desigualdades brasileiras*. Relatório escrito por Rafael Georges e coordenado por Katia Maia. São Paulo: OXFAM Brasil, 2017.

- PACHUKANIS, E. B. *Teoria geral do direito e o marxismo*. Tradução de Sílvio Donizete Chagas. São Paulo: Acadêmica, 1988.
- PIRES, Breiller. Brasil despenca 19 posições em ranking de desigualdade social da ONU. *El país*. Março/2017. São Paulo.
- PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- QUINNEY, Richard. O controle do crime na sociedade capitalista: uma filosofia crítica da ordem legal. In: TAYLOR, Ian; WALTON, Paul; YOUNG, Jock. *Criminologia crítica*. Tradução de Juarez Cirino dos Santos e Sergio Tancredo. Rio de Janeiro: Graal, 1980. pp. 221-247.
- RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do Direito*. Tradução de Marlene Holzhausen. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010a. (Coleção biblioteca jurídica WMF).
- _____. *Introdução à ciência do Direito*. Tradução de Vera Barkow. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010b. (Coleção biblioteca jurídica WMF).
- RODRÍGUEZ, Aníbal D'angelo. *Diccionario político*. Buenos Aires: Claridad, 2004.
- ROXIN, Claus. *Derecho Penal: Parte General – Fundamentos*. La Estructura de la Teoría del Delito. Traducción de la 2ª edición alemana y notas por Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo, Javier de Vicente Remesal. Tomo 1. Madrid: Civitas, 1997.
- SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal: Parte Geral*. 4. ed. rev. e ampl. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010.
- _____. *A Criminologia Radical*. Rio de Janeiro: Forense, 1981.
- _____. *As raízes do crime: um estudo sobre as estruturas e as instituições da violência*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.
- _____. *A criminologia da repressão: uma crítica ao positivismo em criminologia*. Rio de Janeiro: Forense, 1979.
- SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. 8. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2012.
- SIQUEIRA, Flávio Augusto Maretti Sgrilli. *El delito de blanqueo de capitales: una aproximación crítica a los fundamentos jurídicos del Derecho Penal brasileño y español*. 2014. 842 f. Tesis (Doctorado) – Facultad de Derecho, Departamento de Derecho Penal, Universidad de Granada, Granada, 2014.
- THOMPSON, Augusto. *Quem são os criminosos?: O crime e o criminoso: Entes políticos*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

- TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5. ed. 10^a tiragem. São Paulo: Saraiva, 2002.
- WELZEL, Hans. *Derecho Penal Aleman: Parte General*. 11. ed. 2. ed. castellana. Traducción de Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez. Santiago: Juridica de Chile, [1976?].
- YOUNG, Jock. Criminologia da classe trabalhadora. In: TAYLOR, Ian; WALTON, Paul; YOUNG, Jock. *Criminologia crítica*. Tradução de Juarez Cirino dos Santos e Sergio Tancredo. Rio de Janeiro: Graal, 1980. pp. 73-112.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito penal brasileiro: Parte geral*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

Recebido em: 07/03/2020

Aprovado em: 21/06/2023

RESUMO: O presente texto pretende analisar a teoria do bem jurídico-criminal e a suposta neutralidade no que se refere ao juízo de valor concretizado pelo legislador sobre os bens da pessoa humana e da coletividade. Em ambiente capitalista, a escolha do legislador tende a refletir os interesses de determinadas classes sociais hegemônicas. O objetivo geral é apreciar criticamente esse fator, utilizando de argumentos da Criminologia Crítica e de questões próprias e pontuais da Ciência Política. O artigo busca abrir novos caminhos investigativos voltados a aproximar o Direito Criminal da Ciência Política (e não somente da Filosofia da Política). Novos estudos podem coletar dados concretos do cenário político brasileiro e, com isso, examinar a produção das normas jurídico-criminais em relação a diversas perspectivas: influência dos atores com poder de veto, questões impactantes do presidencialismo de coalização etc. Para construir um conhecimento interdisciplinar, utilizou-se do método dialógico. Como resultado, evidenciou-se nesta pesquisa que o discurso oficial se traduz nas noções de igualdade e de proteção geral, mas a prática legislativa demonstra que nem sempre há equanimidade na seleção dos bens (jurídicos).

Palavras-chave: Direito Penal; Bem jurídico; Capitalismo; Democracia.

ABSTRACT: The present text intends to analyze the theory of the legal-criminal interest and the supposed neutrality with regard to the value judgment made by the legislator on the interests of the human person and the collectivity. In a capitalist environment, the choice of legislator tends to reflect the interests of certain hegemonic social classes. The general objective is to critically appreciate this factor, using arguments from Critical Criminology and specific questions from Political Science. The article seeks to open new investigative paths aimed at bringing Criminal Law closer to Political Science (and not only to Philosophy of Politics). New studies can collect concrete data from the Brazilian political scenario and, with that, examine the production of legal-criminal norms in relation to different perspectives: influence of actors with veto power, impacting issues of coalition presidentialism, etc. To build an interdisciplinary knowledge, the dialogical method was used. As a result, this research showed that the official discourse translates into the notions of equality and general protection, but legislative practice demonstrates that there is not always equanimity in the selection of (legal) interests.

Keywords: Criminal Law; Legal interest; Capitalism; Democracy.

Brazilian Supreme Court, judicial self-restraint, and educational policy: the homeschooling case (RE 888815)

Supremo Tribunal Federal, autorrestrição judicial e política educacional: o caso do homeschooling (RE 888815)

José Mário Wanderley Gomes Neto*
Universidade Católica de Pernambuco, Recife – PE, Brasil

Luis Felipe Andrade Barbosa**
Centro Universitário ASCES/UNITA, Caruaru – PE, Brasil

Luís Henrique Gonçalves de Azevedo Pinto***
Universidade do Minho, Braga – Portugal

1. Introduction

In 2018, the duty to solve a constitutional dispute related to a relevant issue of educational public policy came to the Brazilian Supreme Court (STF): the hypothesis that parents of a child could (or not) choose to not enroll her in a school and to educate her in the family environment (the practice of *homeschooling*) against the interests of the public officers, which denied permission and required a link to the formal education system, whether by

* Doutor em Ciência Política pela Universidade Federal de Pernambuco (2015). Mestre em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (2003) Professor do PPGD da Universidade Católica de Pernambuco (UNICAP). E-mail: jose.gomes@unicap.br.

** Doutor e Mestre em Ciência Política pelo PPGCP da Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Professor de Direito na ASCES/UNITA e pesquisador do PRAETOR - Grupo de estudos sobre Poder Judiciário, Política e Sociedade (UFPE). E-mail: lfelipeandrade.adv@gmail.com.

*** Mestrando em Direito dos Contratos e da Empresa pela Universidade do Minho (UMINHO), em Portugal. Graduado em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco (UNICAP), tendo realizado parte da graduação na Universidade de Coimbra (UC), em Portugal. E-mail: luishenriqueazevedo.adv@gmail.com.

a public or private institution. The parents' lawyers argued - in their appeal to the Supreme Court - that the denial act was against the provisions of the Brazilian Federal Constitution (articles 5, VI; 205; 206, II, III, IV; 208; 210; 214; 226; 227 and 229) by simply restricting the meaning of the word "educate" to formal instruction in a conventional educational institution. They also added to their arguments that the denial by the municipal education department would violate educational freedom, pluralism of pedagogical concepts, and family autonomy.

Conversely, the education department of the municipality of Canela (RS), the Federal Union and the Attorney General's Office (*Procuradoria Geral da República - PGR*) claimed that: a) the Federal Constitution imposes mandatory formal basic education; b) students not enrolled in schools are deprived of basic elements of socialization and the pedagogical processes proper to the school environment, an appropriate place for the development of tolerance, solidarity, and ethics; c) in short, that schooling is the pedagogical standard adopted by the Constitution.

Several entities acted as *amicus curiae* (Federal Union, the National Association of Home Education - ANED, the Conservative Institute of Brasília, and the States of Acre, Alagoas, Amazonas, Goiás, Espírito Santo, Maranhão, Mato Grosso, Mato Grosso do Sul, Minas Gerais, Paraíba, Pernambuco, Piauí, Rio de Janeiro, Rio Grande do Norte, Rio Grande do Sul, Rondônia, Santa Catarina, São Paulo, Sergipe and the Federal District) defending technical, political and legal positions and arguments, respectively, against or in favor, of the intention to declare (or not) the constitutionality of home education.

Since the year 2016, all other lawsuits in Brazilian territory that dealt with the matter related to home education were suspended, awaiting the decision to be rendered in the aforementioned precedent (RE 888815) to define the future of all other claims of the same nature.

From then on, the task of the Justices of the Brazilian Supreme Court in their role as arbitrators of a constitutional conflict was to decide which is the proper interpretation of the Brazilian Federal Constitution, in terms of educational policy, defining which position was under the constitutional order.

However, a peculiar characteristic of that judgment deserves to be highlighted: despite relevant information on educational public policies brought by both litigants and the vast technical-legal experience of the Justices, in the decision-making process carried out there, the judicial behavior characterized as judicial self-restraint stood out, in which elements external to

the constitutional technique (e.g., personal preferences, common sense, and infra-constitutional rules) underpin decisions in situations where there are decision-making costs in addressing the strictly constitutional issue.

In this context, it is relevant to understand how the Brazilian Supreme Court's Justices use the decision-making strategy of judicial self-restraint in public policy disputes.

Judicial self-restraint is a strategy whose fundamental premise sustain that, if possible, any Supreme Court should avoid ruling on constitutional issues, and resolve the cases before them on other (usually statutory) grounds to avoid the hard constitutional questions that would come with the other interpretation.

When asked to decide on the constitutionality of homeschooling plans (RE888815), the Brazilian Supreme Court Justices entered a debate involving various aspects of the educational public policy cycle, moving away from the strictly constitutional issue. This research qualitatively analyzed this case, notably through content analysis tools, to verify how the judicial self-restraint strategy was used in the judgment of a relevant educational public policy issue.

2. Brazilian education constitucional policy

No campo da teoria democrática, costuma-se afirmar que a noção genérica de democracia não é suficiente para evidenciar quais elementos estão presentes para que dada prática seja considerada democrática. Nesse sentido, faz-se necessária a utilização de um qualificador, de modo a complementar e especificar a qual modelo de democracia se faz referência.

The fundamental rights expressly provided by the Brazilian constitutional rule were standardized to enable the State to take positive actions to promote and guarantee the effectiveness of those indispensable rights. Historically, the community and State concern to guarantee the existential *minimum* to the human being started to influence the amendment of the national constitutional diplomas and the promulgation of international conventions to expressly safeguard social rights¹.

The constitutionalization of social fundamental rights results from the need to guarantee individuals an existential-material foundation, humanly

1 ALCALÀ, 2011.

worthy, in the economic, social, and cultural plan². While the economic rights have an institutional nature, constituting as a public policy to be pursued in the market to achieve certain social objectives, the actual social constitutional rights behave as a kind of personal protection, conducting personal subjective or community experiences, that demand positive public policies³.

In Brazil, the constitutional right to education aims at the full development of the person, the preparation of the one for the exercise of citizenship, and the qualification of the individual for work. In this way, education is a fundamental right of a social character, insofar as it is necessary for the enjoyment of the intellects of the human personality so that the person can understand and exercise his citizenship. In other words, without education, the subjects will not have the necessary insight to be aware of their capacity and responsibility, whether as an individual or as part of society, which ends up affecting the person to the point of being sentenced to live on the fringes of life in society.

It is a universal right that must be guaranteed to all, in an equal way and without any discriminatory treatment, generating a duty/responsibility, in this case, the constitutional rule imposes on the State and the family the duty to provide it. According to Duarte⁴, although education is a right for all, its implementation requires the prioritization of social groups that are in a situation of vulnerability, since the specific objective of social rights is to reduce the edges between social classes to alleviate socioeconomic inequalities.

One of the most notable features of the Brazilian Federal Constitution of 1988 is the literal constitutionalization of social rights, as well as some of the public policies essential for the realization of these rights. There are political pre-commitments in Brazilian constitutional rules related to public policies on a large spectrum of topics, including health, social security, and employment. In this sense, Couto and Arantes⁵ found significant levels of public policies (covering 30.5% of the constitutional text) in all chapters of the Brazilian Federal Constitution, except for only those dealing with fundamental principles and guarantees.

2 CANOTILHO, 2003.

3 SILVA, 2005.

4 DUARTE, 2007.

5 2006.

Among these provisions, a relevant portion of text (articles 205 to 214; 226 to 229) is dedicated to establishing guidelines, general or detailed, for the formulation and implementation of public educational policies by public sector agents or by private institutions under state regulation, from basic education to Universities.

This institutional design was conceived by the original constituent to establish a lasting national education plan for the country's development project and ensure stability, certainty, and predictability to educational policies. Despite the relatively high rate of the amendment to the Brazilian Federal Constitution⁶, there is remarkable stability in the content of its provisions that specifically deal with the fundamental right to education and the public policies linked to it.

As was emphasized by Duarte⁷, “the satisfaction of the right [to education] is not limited to the realization of its merely individual aspect (guarantee of a place at school, for example)”; otherwise, “it is only effective through the planning and implementation of public policies”, as established in the general parameters provided for in the Brazilian constitutional education system.

In this sense, in line with the constitutional norms on education, the respective public policies, as well as any practices derived from them, should be thought by the administrators and by the legislators (and possibly by the judicial bodies) in the light of the constitutionally stabilized educational values, e.g., accessibility, equality, inclusion, sociability, and permanence⁸.

Hence, the intense constitutionalization of the national education plan, as well as the detailed institutional anticipation of the elements and characteristics of the respective public policies, allow any attempt to change the political trajectory or to implement new educational models to be always subject to potential challenge in the judicial arena.

3. Formal education vs. home education

Before going into the arguments in favor of the types of education on which the present work is concerned, it is important to point out the main criticism about the regular model of education, which is the support for

6 COUTO; ARANTES, 2006.

7 DUARTE, 2007.

8 RANIERI, 2017; CURY, 2007; CURY; FERREIRA, 2009.

home education advocates. The great controversy, in the Brazilian reality, is in the quality of school education: it cannot be denied that education (mainly public) is experiencing a real crisis, due to the quality of teaching, or due to the lack of decent conditions and, even, due to the insufficiency of structure in some schools.

Simultaneously, there is also a national controversy over political and ideological differences, because there is no denying that the existing dichotomy about the educational model is intrinsically linked to the political perspectives of each family. In general, defenders of political liberalism (associated in Brazil to conservatism in customs and the political rise of neo-Pentecostal Christian churches) are naturally more likely to defend the legality of home education, while their opponents, in opposite direction, believe that the State should intervene in many fields, including private relations, support the mandatory teaching in public or private institutions, ruled by state's agency regulation.

Defenders and practitioners of family education, popularly known as homeschoolers, usually do not speak out in public on this issue because they fear suffering social reprisals. They tend to defend that the reality of Brazilian education, about compulsory schooling, is a real violation of private autonomy, as well as of the ideological, political, social, economic, and even religious individuality of each family.

Homeschoolers says that family education has some favorable points, which should be considered for the legalization of this type of education. The first one is that the parents who defend this alternative education believe that home education has a higher quality and monitoring than "schooled" education. They also believe that home education is more compatible with religious issues and family ideals. To reinforce the defense thesis, homeschoolers present some criticisms with the teaching and methodology of the public school, as well as the behavior of students from this type of school, and also that the school is not able to receive, include and integrate students with disabilities.

They also argue that the school does not add any socialization superior to that which children would have access to at home, that the coexistence of children with their peers, but also with adults (from the family) brings great benefits regarding maturity and sociability. Finally, advocates of homeschooling argue that such a form of education has the benefit that children grow more independently, individually, learning their values and skills and

are not subject to the approval of attitudes by their peers⁹.

The great watershed between regular education and home education is in terms of the effectiveness of socialization as an assumption of the best interest of children and adolescents. Socialization is an important process and social fact, through which experiences, communication, and knowledge are exchanged. It comes to be, therefore, a social fact that can be considered as an act of survival and, especially, coexistence, given the perception of empathy and cooperativeness that may be aroused among individuals after experiencing such a process. Socialization goes further than that, as it guarantees an environment conducive to the free development of the Children's personality, awakens the stimulus to cooperation between the community (between peers and other citizens) and promotes the discovery of social skills, necessary human development, the establishment of the person in society and, also, insertion in the labor market and family formation¹⁰.

Supporters of school education maintain that the type of alternative education ends up being harmful to children due to the unambiguous restriction in the social sphere. They claim that homeschooling starts to compress the three spheres of child sociability - school, family, and peers - making it just a single sphere, which is the home itself, which makes real socialization extremely difficult for children. This social restriction imposed on children can also cause interpersonal conflicts, social isolation, and the development of aggressive behavior¹¹.

The role of the school as a curriculum standardizer must also be considered: through school education (or regular) that there is a standardization in the contents taught to children; such standardization comes to prepare them in a similar way so that they can have the same intellectual capacities and come to gain space in universities if they so wish. The State, as the regulator of public affairs, cannot refrain from regulating or directing the form of education, since, in the event of any discrepancy between the education "provided" by the State, through schools, and home education, those instructed by the latter will be in a vulnerable legal situation, as the State cannot be responsible for an education that it has not provided¹².

9 ANDRADE, 2017; ARRUDA; PAIVA, 2017; BARBOSA 2016.

10 BARBOSA, 2016.

11 ARRUDA; PAIVA, 2017; BARBOSA 2016.

12 ARRUDA; PAIVA, 2017; BARBOSA 2016.

In the environment produced by the Brazilian Federal Constitution institutional design, would there be space - at the present moment - for the peaceful and simultaneous coexistence between the two models of educational policy? For the democratic and institutional balance, would judicial protection be necessary and desirable for the original long-term educational development project? The Brazilian Supreme Court was provoked to answer such questions while the constitutionality of home education activities was submitted to its analysis.

4. Judicialization of public policies

The judicialization of politics corresponds to the Courts' performance expansion in the main political discussions of contemporary democratic states, to interfere in the role of others political spheres¹³, from the institutional transformations by 20th century second half, when judiciary intensified review over other branches roles, while the Constitutions started to play a central role as political documents¹⁴.

The legal and political literature has addressed interesting aspects of its interference in terms of the formulation and implementation of public policies, based on an increasingly broad list of judicial controversies over institutional behavior with non-compliance with constitutional precepts¹⁵. Thus, from the conception that public policies are governmental action programs, developed to achieve collective interest, notably in the promotion of fundamental rights of a social nature, the central role of the Judiciary is perceived, when issues make policies impossible or limit the capacity of policy implementation¹⁶.

This role is not exclusive of the Brazilian judiciary, having also been observed in several countries through Latin America that has considerable deficits in terms of citizenship rights, in the face of a late process of democratization and consecration of fundamental social rights. Specifically, civil and social rights and liberties are effectively enshrined by constitutional design¹⁷.

13 TATE; VALLINDER, 1995.

14 HIRSCHL, 2009; BARROSO, 2005.

15 SWEET, 2000; GINSBURG, 2003; BARBOZA; KOZICKI, 2012.

16 BARBOZA; KOZICKI, 2012.

17 CARVALHO, 2001.

Latin America's countries' institutional design favors judicial review, from historical deficits to contexts of executive and legislative absence in the formulation and implementation of social public policies: any social demand that does not involve enough interest or adds a high cost will certainly find it difficult to fulfill. Some courts, due to the inertia of politicians and the impossibility of denying a decision, are institutionally obliged to put an end to litigations that should be first resolved in the political arena¹⁸.

Brazilian Constitutional designs (full of policy content) builds a scenario favorable to the judicialization of political issues and higher judicial interference in policy matters¹⁹, "as the Judiciary [...] becomes more involved to control the constitutionality of laws and other normative acts [...] frequently related to public policies"²⁰.

5. Public policies and judicial self-restraint: main aspects

Despite the possibility of Judiciary interference on the agenda of other Branches, effective responses to the establishment of the judicial apparatus do not always occur, given the institutional incentives existing in the Brazilian constitutional design. Several factors act as limitations to this performance when the magistrates perceive the institutional and political incentives to decide on one or another direction. Decision-making costs are decisive for Justices, taking into account the preferences of all agents involved in the legal-political context, as well as the potential consequences of the judicial decision itself²¹.

There is a wide spectrum of formal mechanisms and legal arguments, which can be used by the Justices, both for the implementation of public social policies, and to be silent about them, redirecting the discussion to the typical political instances, seeking the reduction, case by case, of the decision-making costs involved. It's a selective *modus operandi* of the Constitutional Courts on what to decide, which is noticeable in the performance of the STF: it can occur from the use of formal instruments, such as the

18 CARVALHO, 2004; STEIN et al., 2006.

19 FERNANDEZ; GOMES NETO, 2018.

20 COUTO; ARANTES, 2006, p.43-44.

21 POSNER, 2010.

doctrine of political issues²², the recognition of the internal corporate acts of the political Branches²³ or adjudication techniques that exempt the Court of the judgment of demand: the so-called “passive virtues”²⁴.

There are significant moments in which the Brazilian Judiciary acts in a self-restrained way, with several precedents of the Court in this sense²⁵. Hence, costs play a decisive role in self-restraint stance, notably in the judicial self-restraint strategy, which fundamental premise is that any Court should avoid ruling on constitutional issues and resolve cases at its discretion by other reasons (infra-constitutional and/or non-legal) to avoid the difficult constitutional issues (costs) that would arise.

An example of this self-restrained performance is observed in the performance of the Court in the analysis of national educational policy and the constitutional aspects of home education plans (RE888815). However, in this particular scenario, it is necessary to understand the nuances of how these strategies were used by the Court’s Justices.

6. Qualitative analysis of the homeschooling case

Despite the possibility of Judiciary interference on the agenda of other Branches, effective responses to the establishment of the judicial apparatus do not always occur, given the institutional incentives existing in the Brazilian constitutional design. Several factors act as limitations to this performance when the magistrates perceive the institutional and political incentives to decide on one or another direction. Decision-making costs are decisive for Justices, taking into account the preferences of all agents involved in the legal-political context, as well as the potential consequences of the judicial decision itself²⁶.

There is a context of intense political polarization in Brazil today, in which the rise of a conservative right is seen in opposition to long periods of leftist governments, those characterized by liberal guidelines, mainly regarding customs and education. In exercising its duty to judge the constitutionality

22 CHOPER, 1982.

23 LIMA; GOMES NETO, 2018.

24 BICKEL, 1962.

25 LIMA; GOMES NETO, 2018.

26 POSNER, 2010.

of home education practices, the Brazilian Supreme Court suffered pressure from both sides of the spectrum of political interests, whether the conservative right defending homeschooling as a means of protecting the family and values considered fundamental, or the left defending the continuity of liberal practices inherent to formal public education policies. Thereby, this research submitted the referred collective judicial decision to the *content analysis*, to understand the justifications of the opinions, in a dynamic that covers from the technical analysis of constitutionality, the preferences of the litigants on the matter, and the individual preferences of each judge.

According to Bardin²⁷, a categorization is a useful tool for content analysis as it “[...] operates the classification of elements that are part of a set, by differentiation and grouping (according to genres or categories) [...]”, based on criteria defined and presented by the researcher. From the categorization, it is possible to develop a “[...] valid organized system of categories, capable of serving as a source of data able to produce inferences about the fact [...]” (or set of facts) related to the text whose content is intended to be analyzed, qualitatively or quantitatively²⁸.

As presented by Caregnato and Mutti²⁹, content analysis research has *content* as its object, in other words, the “[...] linguistic materiality through the empirical conditions of the text, establishing categories for its interpretation [...]”, as well as this “[...] hopes to understand the subject’s thought through the content expressed in the text, in a transparent conception of language”.

Content analysis tools are relevant qualitative investigation means for understanding decision-making mechanisms in the public policy research field. As an example, Darrell and Schwartz³⁰ used two methods of text enumeration, a quantity assessment, and a quality assessment, to find significant positive differences in the levels of environmental disclosures by law firms during two time-series, that support the idea that said variation occurs either as a result of the firm’s interests or as a result of pressure from public policies.

27 BARDIN, 1977, p.117.

28 BARDIN, 1977.

29 CAREGNATO; MUTTI, 2006, p.683-684.

30 DARRELL; SCHWARTZ, 1997.

In a different path, Habel et al.³¹ analyzing the news content that publicized public policies for vaccination against HPV identified that many fundamental details of those policies and the very functioning of the disease were omitted from the published texts, undermining the recipients' decisions as to their appearance to take vaccines during official campaigns. As another example, Norton³², through policy content analysis, evaluated master plans and zone codes about land and urban issues in the state of Michigan, discovering moderate correspondence between plans and codes for urban landscape policies by urban jurisdictions and rural landscape policies by rural jurisdictions.

This research aimed to analyze as its empirical *corpus* the content of the long ruling that resolved the case about the litigation regarding the constitutionality of home education initiatives (RE 888815), which contains the written record of the opinions presented by each of the ten Justices when collegially deciding the conflict between public liberties and private freedoms related to the educational issue. It was an extensive document composed of 197 pages in which the official versions of the opinions of each Justice on the theme of educational practices at home were reproduced.

As mentioned earlier, it sought to qualitatively test the hypothesis that the judges (when judging the case related to home education) were more influenced by individual values and preferences than by questions of constitutional technique, configuring a situation of judicial self-restraint decision-making. In the hypothesis confirmation circumstance, it is usually expected to find references to non-legal sources and arguments, as well as less emphasis (or even absence of reference) concerning the alleged (un) constitutionality of home educational practices. In turn, in a denial scenario of the hypothesis faced in the research, it was expected to find in the text of the decision a greater emphasis on the compatibility (or not) relationship between the Brazilian constitutional education policy and the intended educational practices at home, with low or no references to non-legal issues, such as the judge's personal preferences.

A content analysis tool was used in this research: the categorization as a means of identifying and framing the position of each Justice in the composition of the collegiate decision.

31 HABEL et al., 2009.

32 NORTON, 2008.

In this sense, the opinions of each justice, reproduced in the written document, were submitted to a more in-depth investigation. After reading each opinion, the data obtained from the text were qualitatively transcribed into analytical categories, to build profiles from the behavior of each judge when forming his conviction about the best solution for the dispute (of a constitutional nature) over home education practices.

In the first sequence of analytical categories, this research sought to verify in the texts of the opinions of each Justice whether their preferences (in the issue of homeschooling) would be related to facing (or not) the constitutionality of home education practices, as well as to other legal arguments and/or non-legal arguments (both featuring judicial self-restraint). It should be noted that the expected behavior of the members of the Brazilian supreme court was that they would limit themselves only to saying whether the intended homeschooling activities are constitutional or not.

Table 1: Judicial preference x basis of opinion (RE 888815)

Brazilian Supreme Court's Justice (*)	Preference	Constitutionality analysis	Use of non-legal arguments	Use of infra-constitutional rules and/or general standards
BARROSO	Favorable	Yes	Yes	Yes
MORAES	Against	Yes	Yes	Yes
FACHIN	Favorable	Yes	Yes	Yes
WEBER	Against (***)	No	Yes	No
FUX	Against	Yes	Yes	Yes
TOFFOLI	Against (***)	No	Yes	No
LEWANDOWSKI	Against	Yes	Yes	Yes
MENDES	Against	Yes	Yes	Yes
M MELLO	Against	Yes	Yes	Yes
ROCHA	Against (***)	No	Yes	Yes

Font: Authors' elaboration based on data collected from the text of the above-cited judicial decision.

(*) Justice Celso de Mello justifiably did not participate.

(***) Although it was officially registered that this Justice adhered to the winning opinion, he did not issue any value on constitutionality or unconstitutionality.

A singular argumentative mosaic produced a collegiate decision, composed from the sum of the opinions of the Justices, winners or losers, which moves away from the expected standard behavior of simply (and only)

declare the constitutionality or unconstitutionality of the intended norm or practice. It can be observed by reading the second sequence of analytical categories, through which the preferences of each Justice participating in the trial were compared with the content of their respective opinions, as officially stated in the written records of that decision.

Table 2: Opinions (RE 888815)

Brazilian Supreme Court's Justice (*)	Preference	Selected excerpts from the text of Opinions (**)
BARROSO	Favorable	“[...] the Brazilian State is too big, extremely inefficient, and often practices inadequate public policies and without any type of monitoring. [...] behind the motivations of parents who choose home education is a genuine concern for their children's full and adequate educational development. No father or mother makes this option, which is much more laborious, due to laziness, caprice, or disgust. [...] I think that the different interests at stake - that of parents, of being able to choose their children's educational method, are reconciled, and, therefore, validating the choice of home education, and the State, by their bodies, of verifying whether home education is effectively allowing the full development of that child or adolescent [...]”.
MORAES	Against	“[...] In this way, both for formal training, which is pedagogical and academic, as well as for moral, spiritual and citizenship training, the Family has a duty in solidarity with that of the State, and is not an exclusive duty of the other, since the constitutional purpose was, exactly, to put them together to jointly overcome the great challenge of better education for the new generations, essential for the countries that want to see themselves developed. [...] This seems important to me, because, within the democratic and protective bias of children, adolescents and young people, this solidarity that the Constitution brought, the duty of education between family and State, has a dual purpose the integral defense of the rights of children and adolescents and their training in citizenship. [...] In this way, the species of radical unschooling, moderate unschooling, and pure homeschooling, in any of its variations, will be unconstitutional, as they deny the possibility of solidarity state participation, including in the establishment of a basic inspection nucleus and assessments. [...]”.

FACHIN	Favorable	“[...] We are discussing, therefore, a possible failure in public education policy and, in this dimension, it would not be up to the Judiciary to replace the public agencies in the technical, democratic and financial choices made by the Executive. [...] If it is true that the right of parents can be legally limited to impose compulsory education, it should be noted, [...] that the primacy of responsibility for the education of children falls on parents. [...] In other words, parents have the right for their children to enjoy a pluralism of pedagogical conceptions that allow the child to develop personality, skills, and mental and physical capacity to its full potential. Thus, state public policy that does not meet the pluralism of viable pedagogical concepts is not supported by the Constitution. [...]”.
WEBER	Against (***)	“[...] And if this situation is understood in a different sense, making home education compatible with higher freedom of parents, the task would not be for the Judiciary. With all due respect, it would be for the National Congress. [...]”.
FUX	Against	“[...] Now, in my view, with due respect [...], obviously this project does not pass through the Chamber of Deputies, because there is no political consensus on this. And it is up to Parliament to define that. We do not have the institutional capacity to define this. [...] So, here too, in my view, there is a place for discussing this topic in the light of the total lack of institutional capacity of the Judiciary to debate this topic. [...] Home education, understood as that which substitutes for school aims at indoctrinating the student and/or his / her distance from the social interaction in the school environment. [...] Home education, therefore, compromises the integral formation of the individual, especially as part of a society known to be plural. [...]”.
TOFFOLI	Against (***)	“[...] I think there is no way for us to say, right away, that homeschooling is absolutely incompatible with the Constitution, asking the colleagues who voted for the unconstitutionality of homeschooling to bow. I think that education is everyone’s duty and, being everyone’s duty, it cannot be seen as an exclusive monopoly of the State, but an obligation of the State. [...] Faced with the difficulty of immediately seeing a right to homeschooling, I vote in the sense that Minister Alexandre de Moraes voted, to deny it, without declaring the unconstitutionality of this type of education. [...]”.

LEWANDOWSKI	Against	“[...] Citizens are not consumers of certain goods or services, who can use them according to their exclusive discretion. On the contrary, the concept of citizen as opposed to that of consumer, because the citizen is not given the right to choose what he likes in the Republic in which he lives, since, in addition to rights in the face of it, he has public duties towards him. [...] I think that the Supreme Federal Court cannot align itself with an individualistic, ultra-liberal stance, which reduces the State to a <i>mere gendarme</i> , as was discussed in the distant past, under the influence of the thought of French physiocrats, who fenced the motto <i>laissez-faire, laissez-passer, le monde va de lui même</i> . [...]”.
MENDES	Against	“[...] We have a Constitution that is attentive to the sensitivity of the theme and laws that formulate solid methodological bases, which have ample potential to enable quality education at any level. [...] The intention to delegitimize the methodology conducted in the context of formal education, proposing the adoption of a domestic methodology, sounds, at least, presumptuous. [...] Nothing prevents us, in this debate, from advancing towards a different model, with greater emphasis on one or another educational agent, but this cannot be done through a judicial decision, even in the context of a Supreme Court. [...]”.
M MELLO	Against	[.] If it is possible, on the one hand, to argue that schooling is not the only possible pedagogical standard, considering the use, by the constituent, of open and inclusive concepts, it is no less correct, on the other, to claim that this was the model chosen by the ordinary legislator, in the exercise of the conformation power granted by the Major Law and in strict compliance with the constitutional framework. [...] In the elaboration of the precepts at stake, the legislator favored an approach shared by several experts in the art of educating, who maintain that the school institution has a relevant role that can never be supplanted, but only complemented, by the family entity. He joined the pedagogical current of thought according to which the guarantee of admission and permanence in school is included in the very fundamental right to education, considering the need to allow students to build citizenship in a plural environment and characterized by diversity. [...]”.

ROCHA	Against (***)	“[...] With nothing to say about the possibility, even less, about constitutionality, because I do not see, a priori, incompatibility of arriving at a model that adopts the system and that fits this institute of this education at home - and that it can be extremely fruitful, it can be the best school, it can often be teaching that does not exclude anyone - but that it does not serve, mainly, without any legal framework, such as the possibility of denying education, which is what most worries. [...] There are, in none of these devices, norms establishing any beacons for home education. None of them, nor implicitly, is derived from the parents’ right to take charge of the intellectual education of their children without State aid. These provisions do not have the normative density for the Judiciary to allow the submission of people to home education without the existence of a law. [...]”.
-------	------------------	---

Font: Authors’ elaboration based on data collected from the text of the above-cited judicial decision.

(*) Justice Celso de Mello justifiably did not participate.

(**) Translated freely by the authors. The entire original content can be checked at the following link: <https://bit.ly/2WGM7Mk>

(***) Although it was officially registered that this Justice adhered to the winning opinion, he did not issue any value on constitutionality or unconstitutionality.

For several reasons and for a long time, the Brazilian Supreme Court (through its Justices) does not behave as a unitary and homogeneous institution, nor as stable and exactly delimited decision-making blocks: what is seen successively is an intense decision-making fragmentation, characterized by the predominance of individual decisions, which is reflected in the scope of collegiate decisions as to the allocation of individualized and decentralized decision-making powers³³.

The judicial decision-making equation in the Supreme Court has been of a complexity that transcends the mere binary relationship between those judges who are against or in favor (e.g., liberals or conservatives) of a certain claim against the Constitution: each of the eleven Justices (as well as their individual preferences and strategies) becomes a variable in its own, affecting the result in a particular way through various internal dynamics of the Court, e.g., from the formation of fragile majorities and/or insistent dissents to a large variation on the ability to convince its peers about adhering to their preferences.

33 FALCÃO, 2015; ARGUELHES; RIBEIRO, 2018.

Depending on the institutional incentives and decision-making costs of each case brought to trial, each of the Justices will individually decide whether to judge against or in favor of the litigant's interests (declaring the constitutional or unconstitutional a rule or a practice) or use judicial self-restraint techniques to avoid the decision on constitutionality and its respective costs³⁴. In the circumstances of a collegiate decision within the scope of the Brazilian Supreme Court, the production of the final result goes through a complex decision-making process, within which it will seek to identify the similarities and differences of each opinion for the composition of the Court's decision on the subject, either unanimously or by a majority (divergence).

This research found in the text (content) of the case under analysis (RE 888815) the formation of three decision blocks: a) a *first block*, composed of the Justices who considered home teaching practices constitutional; b) a *second block* (majority), composed of the Justices who expressly considered homeschooling practices unconstitutional; and c) a *third block*, composed of those Justices who preferred not to rule on the constitutionality of home education, suggesting deciding the case in other terms, behavior that would fit into judicial self-restraint.

Table 3: Decision Blocks (RE 888815) (*)

First Block	Second Block	Third Block (***)
BARROSO; FACHIN	MORAES; FUX; LEWANDOWSKI; MENDES; M MELLO	WEBER; TOFFOLI; ROCHA

Font: Authors' elaboration based on data collected from the text of the above-cited judicial decision.

(*) Justice Celso de Mello justifiably did not participate.

(***) Although it was officially registered that this Justice adhered to the winning opinion, he did not issue any value on constitutionality or unconstitutionality.

The reason for the first argumentative block is the constitutionality of home education practices: 1.1. Justice Barroso maintained that the different interests at stake - that of *parents*, of being able to choose their children's educational method, are reconciled, and, therefore, validating the choice of

34 LIMA; GOMES NETO, 2018.

home education, and *the State*, by their bodies, of verifying whether home education is effectively allowing the full development of that child or adolescent, situation to be seen compatible with the constitutional order; and 1.2. Justice Fachin argued that that the primacy of responsibility for the education of children falls on parents, whose have the constitutional right for their children to enjoy a pluralism of pedagogical conceptions that allow the child to develop personality, skills and mental and physical capacity to its full potential, in a pluralism of viable pedagogical concepts supported by the Constitution.

In turn, the second argumentative block is structured on the incompatibility between constitutional rules and home teaching practices: 2.1. Justice Moraes argued that the solution to this controversy was not a question of competition between the State and the family, but, as required by litigants, the species of radical unschooling, moderate unschooling, and pure homeschooling, in any of its variations, would be unconstitutional, as they deny the possibility of solidarity state participation, including in the establishment of a basic inspection nucleus and assessments; 2.2. Justice Fux contented that no book or discourse of the parents would teach the child respect for difference better than social interaction with the different, because home education, therefore, compromises the integral formation of the individual, especially as part of a society known to be plural, being incompatible with educational constitutional rules; 2.3. Justice Lewandowski in an opinion full of arguments based on political theory, public policies, and poetry, considered homeschooling unconstitutional, pointing out that citizens were not consumers of certain goods or services, who could use them according to their exclusive discretion because, in addition to rights in the face of it, they had public duties towards them; 2.4. Justice Mendes claimed that there would be unconstitutionality in home education activities once Brazil has a Constitution that is attentive to the sensitivity of the theme and laws that formulate solid methodological bases, which have ample potential to enable quality education at any level; and 2.5. unconstitutionality was also alleged by Justice Marco Mello when he stated that the guarantee of admission and permanence in school is included in the very fundamental right to education, considering the need to allow students to build citizenship in a plural environment and characterized by diversity.

Finally, the third argumentative block, representative of the arguments in favor of judicial self-restraint, was constituted as follows: 3.1. Justice

Weber claimed that the task of saying whether homeschooling would be compatible with the fundamental freedoms provided by the Constitution should be the responsibility of the National Congress, not of the Supreme Court; 3.2. Justice Toffoli although considered that there was no way for then to say, at that moment, that homeschooling was absolutely incompatible with the Constitution, he joined the majority to deny it, without declaring the unconstitutionality of this type of education; and 3.3. lastly, Justice Rocha, at that time Chief Justice, argued that she had nothing to say about the possibility, even less, about constitutionality, of homeschooling practices, explaining that, from her point of view, there would be no subjective right (implicitly or explicitly) to carry out home education in the Brazilian constitutional order, nor would there be any prohibition on its subsequent legislative provision.

One detail identified in the research is noteworthy: in all three decision-making blocks (even those that dealt with constitutionality or unconstitutionality) the use of non-legal arguments and infra-constitutional norms and/or general principles was verified. Although they are a traditional characteristic of self-restraining judicial behavior, such arguments were widely used in the opinions that made up the first two blocks, as an argumentative reinforcement of each opinion's theses. And this detail may have been decisive in the construction of the collective result, based on the interaction between the three blocks of individual opinions.

At the end of her opinion (p.193-195 of the document), then Chief Justice Rocha offered his peers a suggestion of how a collective decision of the Court could be drawn, by a majority, based on the composition of individual opinions. On the one hand, based on the constitutional order, she maintained that the promotion of the right to education does not happen, therefore, exclusively at school, but also in the coexistence of children, adolescents and young people in family life and society, is this the sense of the constitutional provision that education is the duty of the State, the family, and society, which *would make the declaration of unconstitutionality of home education activities unfeasible*. On the other hand, she also argued that it would not be possible to extract from the constitutional rules, nor implicitly, the right of parents to take charge of the intellectual education of their children without State assistance, since the constitutional rules mentioned would not have the normative density for the Judiciary to make it possible for people to submit to home education without the existence of a

law, which, in their view, *would also harm the declaration of constitutionality*.

Given these two circumstances narrated by her, Chief Justice Rocha suggested to her peers the collegiate decision's thesis on the issue of homeschooling (which effects would affect all processes in Brazil dealing with that subject): "*There is no subjective public right of the student or his family to home education, which does not exist in Brazilian law*". She also stressed that homeschooling (in any of its variations) is not a subjective public right of the student or his family, but its creation by federal law (edited by the National Congress) is not constitutionally prohibited, as well as she pointed out that the Federal Constitution does not prohibit home education, but prohibits any of its kinds that do not respect the duty of solidarity between the family and the State as the main nucleus of educational training.

In a polarized political and social environment, such as the Brazilian case, any declaration on constitutionality (in matters of public policies) implies high decision-making costs, with relevant social groups always involved, satisfied, or dissatisfied with the outcome of the judicial decision. If home education practices were declared unconstitutional, the Supreme Court would protect public educational policies and serve the interests of the Executive Branch, in its three spheres (Union, States, and municipalities), as well as of all those who defend inclusive and pluralist formal education, but it would displease several conservative groups and religious entities that do not identify with formal education and defend educational practices that are more aligned with their values. In the opposite scenario, the declaration of the constitutionality of homeschooling activities would please these conservative and religious groups but would harm the interests of public authorities and those who defend the exclusivity of formal education. Under the strict constitutional judicial review, any alternative chosen by the Court would bring external decision costs.

This clever and strategic proposal by Chief Justice Rocha not only attracted the adhesion of the other two Justices from the *third block* but also attracted the adhesion of the five Justices from the *second block*, who would be able to achieve their purpose of barring home education at that time (preserving educational public policy), without the costs of declaring the practices unconstitutional, ensuring the necessary majority to compose the collegiate decision.

Avoiding saying about constitutionality, the Court found a decision-making balance among its members, in which both decision-making

costs were reduced, by establishing that: 1. although it did not affirm the unconstitutionality of homeschooling, it benefited the defenders of formal education, by stating that, at that moment, there would be no subjective right to carry out home education activities; 2. at the same time, failing to rule on the unconstitutionality of home education, benefited the groups that defend it, by leaving open the future regulation of the matter, which can be carried out by the National Congress.

In this way, most of the Justices of the Brazilian Supreme Court silently adopted the strategy of self-restraint, presenting a solution to the dispute, without assuming the costs of considering the question of constitutionality, *in casu*, the constitutionality of *homeschooling* activities.

And this is not an isolated situation: the homeschooling case is just only a clear example of a series of institutional dynamics of the Brazilian Supreme Court, which, combining legal arguments and political strategies, redefines the scope of its jurisdiction, as well as its role in the relationship with other branches of government³⁵, by using judicial self-restraint strategies to avoid exercising constitutional judicial review (its primary function and the very reason for the Court itself).

7. Conclusions

*[...] A pound of this merchant's flesh is yours. The court awards it, and the law authorizes it. [...] And you have to cut this flesh from his chest. The law allows it, and the court awards it. [...] But wait a moment. There's something else. This contract doesn't give you any blood at all. The words expressly specify 'a pound of flesh'. So, take your penalty of a pound of flesh, but if you shed one drop of Christian blood when you cut it, the state of Venice will confiscate your land and property under Venetian law. [...]*³⁶

In William Shakespeare's story (tragedy and comedy), "*The Merchant of Venice*", a Jewish moneylender demanded that an antisemitic Christian (Antonio) offer "a pound of flesh" as collateral against a loan, took to help his friend (Bassiano) to court Portia. Antonio can't repay the loan, and without mercy, the Jew (Shylock) demands (to the Duke, the judicial

35 LIMA; GOMES NETO, 2018.

36 SHAKESPEARE, William, "*The Merchant of Venice*".

authority) a pound of Antonio's flesh. The heiress (Portia), then the wife of Bassanio, dressed like a lawyer at Court and saves Antonio from death, using the argument transcribed above. She did it so facing the need to resolve a difficult legal issue: if the judicial authority simply enforced the Venetian law, it should execute the debt through its contractual guarantee (in this case, part of the merchant's own body), ordering the extraction of a pound of human flesh and, consequently and indirectly, condemning to an imminent death; if decided to save the debtor's life, would prejudice the authority and legitimacy of Venetian law, as well as that of his government and judicial authorities.

In that example, extracted from classic British literature, there is a legal dispute, with a very high decision-making cost, so Porcia offered a solution (accepted by the judicial authority) that was beyond the expected decision about whether or not enforce the personal guarantee (extraction of a body part of the borrower) as the loan was taken and not paid. The debt was overdue and unpaid, the guarantee was due to its creditor, but Venetian law forbade Christian blood from being spilled due to private matters, concretely preventing any known means of extracting human flesh, without blood spilling. Therefore, an argument was made that drastically reduced decision-making costs, maintained respect for Venetian law and authorities, and saved the merchant from certain death. Something very similar happened in the resolution of the dispute about the constitutionality of home education.

The primary function of the Judiciary is to resolve disputes, pointing out which of the litigants would be right (or perhaps, in a situation of a split decision, indicate to what extent each would be partially right and wrong). In the judicial review exercised by the Brazilian Supreme Court, either in the abstract modality (through constitutionality control actions) or in the diffuse modality (through appeals), the aforementioned primary function takes shape in the declaration of constitutionality (or unconstitutionality) of a rule or a practice.

Any other results that deviate from this standard and bring content different from constitutionality analysis present elements that characterize the behavior described as judicial self-restraint, in which, for several reasons, the members of the Court strategically renounce the exercise of the review power that was delegated to them by the Parliament through constitutional rules.

On the other hand, in matters of public policies, understanding the collegiate decision-making process in the Brazilian Supreme Court is not an

easy task: there are peculiar decision dynamics, in which intuitively expected behaviors, such as homogeneous actions or clear decision-making blocks, eventually give way to the formation of individual preferences, whose final product reflects a difficult seam of interests, strategically carried out, weighing decision costs and pragmatically anticipating concrete consequences of the judicial decision on that topic.

The qualitative content analysis identified that, although the Brazilian Supreme Court produces decisions in a deeply fragmented manner, the ten Justices participating in the leading case judgment that dealt with the matter related to homeschooling ended up informally organizing themselves into three decision-making blocks (constitutionality, unconstitutionality, and self-restraint).

Among the opinions of those Justices who defended the unconstitutionality of homeschooling, arguments were also found that tacitly identified themselves with the purpose of judicial self-restraint, probably a product of the high decision cost to which they submitted themselves when choosing that aspect of judgment, as well as essential elements for greater propensity to accept alternative proposals for decision.

Seeking a less costly way, Chief Justice Rocha convinced her peers to adopt a clever and strategic way to resolve the dispute, reducing social and political decision-making costs to the maximum, through judicial self-restraint. The Brazilian Supreme Court found a way to decide the issue of homeschooling, strategically facing the expectations of the actors involved in the dispute, reducing its decision-making costs, but silently giving up the exercise of its primary institutional function, that is, the constitutional judicial review.

Referências

- ALCALÁ, Humberto Nogueira. *Los derechos sociales como derechos fundamentales en el constitucionalismo chileno*. In: SARLET, Ingo W. et. al. (Coord.). *Direitos, deveres e garantias fundamentais*. 1.ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2011.
- ANDRADE, Édison Prado de. Educação Domiciliar: encontrando o Direito. *Pro-Posições*, Campinas, v. 28, n. 2, p. 172-192, Aug. 2017. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/1980-6248-2016-0062>>. Acesso em: 12 mar. 2020.

- ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. *Ministrocracy: The individual supreme court in brazilian democracy*. *Novos estudos CEBRAP*, v. 37, n. 1, p. 13-32, 2018. Disponível em: <<https://doi.org/10.25091/s01013300201800010003>>. Acesso em: 25 fev. 2020.
- ARRUDA, João Guilherme da Silva; PAIVA, Fernando de Souza. Educação domiciliar no Brasil: panorama frente ao cenário contemporâneo. *Eccos Revista Científica* [on-line]. (43), p.19-38, 2017. Disponível em: <<https://doi.org/10.5585/eccos.n43.7236>>. Acesso em: 28 fev. 2020.
- BARBOSA, Luciane Muniz Ribeiro. Homeschooling no Brasil: ampliação do direito à educação ou via de privatização?. *Educ. Soc.*, Campinas, v. 37, n. 134, p. 153-168, Mar., 2016. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/es0101-73302016157215>>. Acesso em: 25 fev. 2020.
- BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; KOZICKI, Katya. Judicialização da Política e controle judicial de políticas públicas. *Revista Direito GV*, Vol. 15, p. 59-85, 2012. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/s1808-24322012000100003>>. Acesso em: 15 mar. 2020.
- BARDIN, Laurence. *Análise de conteúdo*. Lisboa, Edições 70, 1977.
- BARROSO, L. R.. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. *Bol. Fac. Direito U. Coimbra*, 81, 233, 2005.
- BICKEL, Alexander M. *The least dangerous branch: the Supreme Court at the bar of politics*. Indianapolis: Bobbs-Merril, 1962.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra, Almedina, 2003.
- CAREGNATO, Rita Catalina Aquino; MUTTI, Regina. Pesquisa qualitativa: análise de discurso versus análise de conteúdo. *Texto & Contexto-Enfermagem*, v. 15, n. 4, p. 679-684, 2006. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/s0104-07072006000400017>>. Acesso em: 10 mar. 2020.
- CARVALHO, Ernani Rodrigues de. Em busca da judicialização da política no Brasil: apontamentos para uma nova abordagem. *Revista de Sociologia e Política*, n. 23, p. 127-139, 2004. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/s0104-44782004000200011>>. Acesso em: 28 fev. 2020.
- CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania no Brasil: o longo caminho*. São Paulo: Civilização Brasileira, 2001.
- CHOPER, Jesse H. The political question doctrine: suggested criteria. *Duke Law Journal*. Durham, v. 54, p. 1457-1523, 1982.

- COUTO, Cláudio Gonçalves; ARANTES, Rogério Bastos. Constituição, governo e democracia no Brasil. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, v. 21, n. 61, p. 41-62, 2006. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/s0102-69092006000200003>>. Acesso em: 25 fev. 2020.
- CURY, Carlos Roberto Jamil. A gestão democrática na escola e o direito à educação. *Revista Brasileira de Política e Administração da Educação*, v. 23, n. 3, 2007.
- CURY, Carlos Roberto Jamil; FERREIRA, Luiz Antonio Miguel. A judicialização da educação. *Revista CEJ*, p. 32-45, 2009.
- DARRELL, Walden; SCHWARTZ, Bill N. Environmental disclosures and public policy pressure. *Journal of accounting and Public Policy*, v. 16, n. 2, p. 125-154, 1997. Disponível em: <[https://doi.org/10.1016/s0278-4254\(96\)00015-4](https://doi.org/10.1016/s0278-4254(96)00015-4)>. Acesso em: 05 mar. 2020.
- DUARTE, Clarice Seixas. A educação como um direito fundamental de natureza social. *Educação Social*, Campinas, v. 28, n. 100, p. 691-713, Oct., 2007. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/s0101-73302007000300004>>. Acesso em: 27 fev. 2020.
- FALCÃO, Joaquim. *O Supremo*. Rio de Janeiro, Edições de Janeiro, Fundação Getúlio Vargas, 2015.
- FERNANDEZ, Michelle; GOMES NETO, José Mário Wanderley. Judicialização, policy e modelos formais explicativos: uma proposta para compreender as decisões judiciais em matéria de políticas públicas. *Estudos de Sociologia*, v. 23, n. 45, 2018.
- GINSBURG, Tom. *Judicial review in new democracies: Constitutional courts in Asian cases*. Cambridge University Press, 2003.
- HABEL, Melissa A.; LIDDON, Nicole; STRYKER, Jo E. The HPV vaccine: a content analysis of online news stories. *Journal of women's health*, v. 18, n. 3, p. 401-407, 2009. Disponível em: <<https://doi.org/10.1089/jwh.2008.0920>>. Acesso em: 20 mar. 2020.
- HIRSCHL, R. *Towards juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism*. Harvard University Press, 2009.
- LIMA, Flávia Danielle Santiago; GOMES NETO, José Mário Wanderley. Autocontenção à brasileira? uma taxonomia dos argumentos jurídicos (e estratégias políticas?) explicativo (a) s do comportamento do STF

- nas relações com os poderes majoritários. *Revista de Investigações Constitucionais*, v. 5, n. 1, p. 221-247, 2018.
Disponível em: <<https://doi.org/10.5380/rinc.v5i1.55990>>. Acesso em: 15 mar. 2020.
- NORTON, Richard K. Using content analysis to evaluate local master plans and zoning codes. *Land use policy*, v. 25, n. 3, p. 432-454, 2008. Disponível em: <<https://doi.org/10.1016/j.landusepol.2007.10.006>>. Acesso em: 20 mar. 2020.
- POSNER, Richard. *How judges think*. Cambridge: Harvard University Press, 2010.
- RANIERI, Nina Beatriz Stocco. O novo cenário jurisprudencial do direito à educação no Brasil: o ensino domiciliar e outros casos no Supremo Tribunal Federal. *Pro.Posições*, V.28, N.2 (83), Maio/Ago, p.141-171, 2017. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/1980-6248-2016-0008>>. Acesso em: 27 fev. 2020.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivado*. São Paulo, Malheiros, 2005.
- STEIN, Ernesto et al. *The politics of policies: Economic and Social Progress and Latin America*. Washington, IADB, 2006.
- SWEET, Alec Stone. *Governing with judges: constitutional politics in Europe*. OUP Oxford, 2000.
- TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn. Judicialization and the future of politics and policy. In: TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn (Ed). *The Global expansion of judicial power*. Nova York: New York University Press, 1995.
- YIN, Robert K. *Estudo de caso: planejamento e métodos*. 2. ed. Porto Alegre: Bookman, 2001.

Recebido em 26 de abril de 2020.

Aprovado em 02 de dezembro de 2020.

ABSTRACT: How do Brazilian Supreme Court Justices use the decision-making strategy of judicial self-restraint? Judicial self-restraint is a strategy whose fundamental premise sustain that, if possible, any Supreme Court should avoid ruling on constitutional issues, and resolve the cases before them on other (usually statutory) grounds to avoid the hard constitutional questions that would come with the other interpretation. When asked to decide on the constitutionality of homeschooling plans (RE888815), the Brazilian Supreme Court Justices entered a debate involving various aspects of the educational public policy cycle, moving away from the strictly constitutional issue. This research qualitatively analyzed this case, notably through content analysis tools, to verify how the judicial self-restraint strategy was used in the judgment of a relevant educational public policy issue.

Keywords: Brazilian Supreme Court; educational policy; judicial review; judicial self-restraint; homeschooling.

RESUMO: Como os Ministros do Supremo Tribunal Federal (STF) usam a estratégia de tomada de decisão denominada *autorrestrição judicial*? A *autorrestrição judicial* é uma estratégia cuja premissa fundamental sustenta que, se possível, qualquer Tribunal deve evitar se pronunciar sobre questões constitucionais e resolver os casos à sua frente por outros motivos (geralmente infraconstitucionais) para evitar as difíceis questões constitucionais que surgiriam com a outra interpretação. Quando solicitados a decidir sobre a constitucionalidade dos planos de educação domiciliar (RE888815), os Ministros do STF entraram em um debate envolvendo vários aspectos do ciclo das políticas públicas educacionais, afastando-se da questão estritamente constitucional. Esta pesquisa analisou qualitativamente este caso, principalmente por meio de ferramentas de análise de conteúdo, para verificar como a estratégia de *autorrestrição judicial* foi usada no julgamento de uma questão relevante de política pública educacional.

Palavras-chave: Supremo Tribunal Federal; *autorrestrição judicial*; Educação domiciliar.

Sugestão de citação: NETO, José Mário Wanderley Gomes; BARBOSA, Luis Felipe Andrade; PINTO, Luís Henrique Gonçalves de Azevedo. Brazilian Supreme Court, judicial self-restraint, and educational policy: the homeschooling case (RE 888815). *Revista Direito, Estado e Sociedade*, Ahead of print, 2021. DOI: <https://doi.org/10.17808/des.0.1463>.

O “trabalho decente”: do conceito à prática

The “decent work”: from concept to practice

Márcia Regina Castro Barroso*

Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro – RJ, Brasil

1. Introdução

O presente estudo analisa a temática do trabalho decente dentro da perspectiva da Organização Internacional do Trabalho (OIT) em sua atuação no Brasil. Primeiramente, fornecemos um panorama a respeito da sua importância no cenário internacional enquanto uma instituição capaz de fornecer instrumentos normativos por intermédio do sistema de ratificação das convenções entre os países-membros. A OIT, ao longo de todo o século XX, teve que, em determinados momentos críticos, reafirmar os seus ideais e os seus compromissos. Conseguiu um grande prestígio diplomático, em especial por sua composição tripartite, muito embora tal perspectiva em defesa do diálogo social não consiga eliminar a dimensão da tensão e do conflito.

Com o processo de globalização e de redefinição do próprio Direito do Trabalho no mundo contemporâneo, a OIT se vê novamente num período de grande reflexão e de redefinição do seu próprio papel. Nesse sentido, lança importantes documentos como a Declaração relativa aos princípios e direitos fundamentais do trabalho, de 1998, e o Pacto Mundial do Trabalho, adotado em 2009, reafirmando os princípios de justiça social. Nesse contexto, em especial durante a década de 1990, é que emerge a proposta de um enfoque integrado, por meio de ideias-chaves que sejam capazes de articular questões amplas em diferentes esferas institucionais. O exemplo

* Pós-Doutoranda em Sociologia pelo PPGSA-IFCS. Bolsista Faperj. E-mail: marciajose@ig.com.br. Lattes: lattes.cnpq.br/3498770760050783

mais significativo desse processo é o desenvolvimento do conceito trabalho decente que funciona como uma espécie de sintetizador de antigas e novas demandas para o mundo do trabalho possibilitando uma interlocução com outras instituições e segmentos sociais.

No Brasil a temática do trabalho decente se desenvolveu na primeira década do século XXI atendendo à proposta de cooperação assinada entre o governo brasileiro e a OIT no ano de 2003, em Genebra. A partir de então, uma série de instâncias foram geradas de modo a desenvolver essa temática. Fóruns de discussão, grupos de trabalho, Agendas Nacionais e Subnacionais, Projetos de criação de indicadores, são exemplos do dinamismo que a temática tem alcançado em nosso país. O interessante é perceber o processo de irradiação e ramificação desse conceito: uma ideia-chave criada no âmbito da OIT, mas que se enraíza e paulatinamente passa a ser uma bandeira de luta de outras instituições.

O trabalho foi construído a partir de ampla análise teórica e documental e foi dividido em quatro sessões. Primeiramente, empreendemos um breve histórico da OIT; após, atentamos para o tripartismo e o diálogo social; seguidamente, refletimos sobre a globalização e seus novos desafios, e, por último, mas não menos importante, apresentamos nossos estudos sobre a temática do “trabalho decente” desenvolvida no Brasil.

2. Breve histórico da OIT

A Organização Internacional do Trabalho, criada em 1919, teve características singulares desde a sua criação. Uma dessas singularidades foi a introdução, no cenário internacional, de um sistema de governança tripartite, optando por reunir trabalhadores, empregadores e governos num sistema que visava não somente à resolução de conflitos, mas também à organização do próprio mercado de trabalho em nível internacional. Segundo Gerry Rodgers et al¹, do ponto de vista ideológico, a OIT se baseava nas principais correntes políticas e democráticas da época como a socialdemocracia, a democracia cristã e o liberalismo social.

Entretanto, devemos salientar que o processo histórico de construção desta organização deve ser remontado ao século XIX, onde estiveram presentes, de um lado, lutas sociais e políticas, e, de outro, o avanço do estado

1 2009.

moderno. Em especial, nas medidas que visavam ao estabelecimento de uma legislação internacional do trabalho – mesmo que setoriais ou fragmentadas – esses aspectos se tornam evidentes.

Nesse sentido, muitas foram as experiências de acordos que começaram a ser forjados na Europa industrializada. Por exemplo, podemos citar a formação da União Telegráfica Internacional, criada em 1865, e a União Postal Universal, em 1874. Essas organizações serviram como fóruns de troca de informações e como espaço para a discussão de problemas comuns aos governos. Além dessas iniciativas, outras podem ser mencionadas, como a aprovação do Conselho Federal Suíço, em 1889, para a aprovação de uma legislação internacional do trabalho, e a Conferência de Berlin, ocorrida em 1890, tendo a participação de 13 estados, como também a conferência de 1905, em Berna, com 15 estados participantes².

Sendo assim, a constituição de uma rede de tratados negociados diplomaticamente auxiliou na construção de uma opinião internacional favorável à adoção de normas do trabalho. De certo, vários elementos também contribuíram para esse processo, como as preocupações com as mobilizações operárias, as questões dos conflitos comerciais e a necessidade de eliminar as vantagens relativas (por uma ausência de qualquer proteção social em alguns países). Tais elementos foram fundamentais para a reivindicação de um sistema de cooperação internacional referente ao mundo do trabalho.

Com o término da Primeira Guerra Mundial, instaurou-se a Conferência Preliminar de Paz (1919), que logo instituiu uma Comissão de legislação internacional do trabalho. Um aspecto que se destacou na criação dessa comissão refere-se ao aspecto inovador da inclusão inédita, em uma conferência internacional de natureza diplomática, de representantes dos trabalhadores. Desse modo, estabeleceu-se a necessidade de um mecanismo permanente no tratado de paz para a regulação internacional do trabalho, em que estivessem presentes não somente representantes intergovernamentais, mas também representantes dos trabalhadores e dos empregadores, num sistema de acordos negociados internacionalmente. O desdobramento desse processo se deu com a aprovação, na Conferência de Paz em 11/04/1919, do conjunto normativo que criou a Organização Internacional do Trabalho.

Após esse momento inicial de criação, um outro momento marcante em sua trajetória relaciona-se ao período pós-segunda guerra, em

2 CRIVELLI, 2010, p. 44-49.

especial, a partir de 1944, com a Declaração de Filadélfia, estabelecida na 26ª Conferência, sediada na cidade que nomeou este documento (nos EUA). Segundo Alain Supiot³, esta declaração foi a primeira expressão da vontade expressa de se construir uma nova ordem internacional que não fosse fundada na força, mas, sobretudo, que fortalecesse os mecanismos do direito e da justiça. Nesse sentido, refundar uma ordem internacional exigiria que os estados respeitassem direitos e liberdades universalmente reconhecidos e que lançassem as bases normativas em ideais de justiça comuns a todos.

O estudioso fala do surgimento de um “espírito de Filadélfia” (expressão que, inclusive, nomeia seu livro) que, tanto simbólica quanto instrumentalmente, fomentou uma série de princípios que nortearam a atuação, não somente da OIT, mas também de outros organismos internacionais. O autor chega a comentar que as ideias presentes na Declaração de Filadélfia contribuíram profundamente para a formulação da Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948⁴.

Nesse sentido, a partir da criação da OIT, ocorreu uma renovação do Direito Internacional do Trabalho. A partir do sistema de convenções e de recomendações, tentou-se criar padrões de uniformização da regulação das relações de trabalho entre os Estados-membros. Antes mesmo da criação da ONU e de outros organismos internacionais, a OIT acabou por, paulatinamente, fortalecer o seu modelo, cabendo aos escritórios nacionais a função de cooperação técnica nas diversas iniciativas geradas a partir da temática do trabalho.

3. Tripartismo e diálogo social

Um fator que favoreceu a manutenção do seu prestígio, ao longo desses noventa e quatro anos de existência, foi o fato de a sua organização ter, como já destacamos, uma composição tripartite, com representantes do governo, dos trabalhadores e dos empregadores. Esse tripartismo esteve presente desde a sua fundação e permanece como um elemento que lhe fornece legitimidade, proporcionando-lhe um diferencial em seu caráter representativo. Além desse tripartismo, outro elemento importante está relacionado à promoção do chamado *diálogo social*, que tem se tornado um grande chamariz no

3 2010, p.9.

4 SUPIOT, 2010, p.9-24.

campo ideário dessa instituição. Para além da questão da legitimidade, a OIT também cresceu em importância, principalmente por conta do âmbito jurídico, por meio de suas convenções. Uma vez ratificadas, constituem-se como fonte formal de direito, gerando direitos subjetivos individuais. Portanto, configuram-se como instrumentos normativos de grande monta, em especial, por tratarem de assuntos de interesse internacional. As convenções são tratados multilaterais que precisam ter a ratificação dos Estados-membros para terem valor normativo. Uma vez ratificada, a convenção integra a respectiva legislação nacional⁵.

A grande “força” desse sistema acaba por se tornar também a sua maior “fraqueza”. Muitas críticas têm sido feitas a esse processo, principalmente por conta das especificidades das legislações nacionais. Pode-se ratificar uma convenção que foi pensada em termos mais gerais, e que pode não atender às demandas de uma dada localidade. Outra questão que se coloca está ligada aos instrumentos de controle da aplicação desse instrumento normativo. Arturo Bronstein, em seu livro “Derecho Internacional y Comparado Del Trabajo”⁶, propõe uma solução através do fortalecimento de Tribunais Internacionais. Embora seja uma solução possível de ser efetivada, ainda estamos longe de ver a sua difusão.

Dessa forma, ao longo de todo o século XX, a OIT foi crescendo em importância no cenário laboral internacional e, com a sua estrutura tripartite, tem conseguido manter um caráter diplomático de grandes proporções. No processo de remodelação institucional, principalmente no pós-segunda guerra mundial, a OIT foi inserida num debate que questionava seu papel nesse novo cenário. Nesse período, as organizações internacionais estavam voltadas para temas como a manutenção da paz e a resolução de conflitos. A OIT, nesse contexto de grande reflexão, em sua Conferência Geral, realizada em 1944, na Filadélfia, retoma os valores já declarados em sua constituição inicial, reforçando ainda mais a sua atualidade: a promoção da justiça social. E bem mais do que isso, a partir desse momento, a OIT acabou por ampliar sua competência, estendendo a sua pauta para além dos temas referentes às condições de trabalho e dos direitos previdenciários do trabalhador. Essa ampliação instaura um direito internacional do trabalho, que se aproxima de novas temáticas, como a pauta dos então denominados *direitos humanos*.

5 SÜSSEKIND, 1987, p.174.

6 2010.

Gênero, reforma agrária, populações indígenas, políticas de desemprego, a educação e a saúde do trabalhador, o meio ambiente, enfim, progressivamente toda uma gama de novas demandas passou a ser incorporada à pauta de atuação da OIT, fornecendo novos parâmetros normativos e ideários aos países-membros.

Com a criação da Organização das Nações Unidas (ONU) em 1945, cujo objetivo era substituir a Liga das Nações, a OIT passou a ser integrada ao seu sistema, tornando-se uma agência especializada. Atualmente a OIT possui a sua sede em Genebra e conta com a atuação de 187 estados-membros⁷.

4. Globalização e seus novos desafios

Com o processo de globalização e de transformações atuais no mundo do trabalho, a OIT se vê diante de novos desafios a serem enfrentados. Oscar Ermida Uriarte, ao refletir sobre a inter-relação entre os processos de globalização e as relações laborais⁸, comenta que o sistema tradicional do direito do trabalho tem passado por significativas mudanças, principalmente por conta das transformações que têm passado a própria organização produtiva. Nesse sentido, destaca a emergência do que ele chamou de “re-regulação internacional”, que se efetiva por intermédio de convênios internacionais do trabalho, os grandes Pactos e Declarações de Direitos Humanos e as chamadas Cartas Sociais. E a OIT, por gerar uma rede normativa universal, tem proeminência nesse processo. Entretanto, ainda segundo Uriarte⁹, esse processo, se por um lado proporciona um salto qualitativo através da universalização de certos princípios, por outro, para atender a uma demanda da própria organização do trabalho, e garantir condições mínimas de proteção social, acaba, de certa forma, colaborando para a expansão do processo de flexibilização das relações laborais.

Já nas décadas de 1980 e 1990, o grande desafio para essa instituição se dava no sentido de ser capaz de apresentar uma nova visão de mundo que conciliasse um programa social internacional frente aos interesses econômicos dessa época. Nesse contexto, emergiu o debate sobre a introdução

7 Disponível em: <<http://www.ilo.org/global/regions/lang--en/index.htm>> Acesso em: 27/09/2016.

8 1999.

9 1999.

de cláusulas sociais no comércio internacional. Estas seriam obrigações que deveriam satisfazer requisitos sociais específicos. Numa economia globalizada, pontos de tensão faziam com que as organizações internacionais refletissem sobre suas atuações, principalmente entre o segmento empresarial e as organizações sindicais. Se, por um lado, a corrente dominante da esfera econômica exigia uma liberalização do mercado, por outro, representantes sindicais pressionavam, alertando para os efeitos nocivos que tal política econômica poderia acarretar, principalmente no que se refere à proteção social e à garantia de empregos.

A partir de então, grande debate se instaurou na década de 1990 sobre a questão do *dumping* social e sobre o estabelecimento das cláusulas sociais. Este último, especialmente, se tornou um tema de discussão, na medida em que era preciso definir que instituição seria encarregada de efetivá-las. Particularmente, esse debate se acirrou após a criação oficial da Organização Mundial do Comércio (OMC), em 1995, que, anteriormente, recebia a nomenclatura de Acordo Geral de Tarifas e Comércio (GATT). Uma corrente de pensamento defendeu que as cláusulas sociais deveriam ser de responsabilidade da OMC. O principal argumento desta posição foi que a OMC seria capaz estabelecer mecanismos de sanção aos países que não as respeitassem, atribuição essa impossível de se concretizar com a OIT, devido ao caráter de adesão e ratificação voluntária dos países-membros, bem como à ausência de formas de controle internacionais.

O tema em voga é bastante controverso e não pretendemos aprofundar essa discussão neste trabalho. De todo modo, ele representa um questionamento da própria atuação da OIT e da sua eficácia enquanto uma instituição capaz de manter padrões normativos numa sociedade cada vez mais globalizada. O que nos interessa aqui é percebermos alguns desdobramentos desse processo. O primeiro deles foi o entendimento dos organismos internacionais de que a normatização das cláusulas sociais deveria ficar ao encargo da OIT. O segundo foi a reafirmação dos próprios padrões mínimos de garantias trabalhistas internacionais, do que ficou conhecido como as 8 Convenções Fundamentais da OIT. Esses padrões mínimos foram reafirmados na 87^a sessão da Conferência Internacional do Trabalho, em 1998, com a *Declaração Relativa aos Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho*. As convenções fundamentais são as seguintes:

- a) Convenção sobre o Trabalho Forçado, 1930 (nº 29);
- b) Convenção sobre a Liberdade Sindical e a proteção do Direito Sindical, 1948 (nº 87);
- c) Convenção sobre o Direito de Sindicalização e de Negociação Coletiva, 1949 (nº 98);
- d) Convenção sobre a Igualdade de Remuneração, 1951 (nº 100);
- e) Convenção sobre a Abolição do Trabalho Forçado, 1957 (nº 105);
- f) Convenção sobre a Discriminação (Emprego e Profissão), 1958 (nº 111);
- g) Convenção sobre a Idade Mínima para Admissão a Emprego, 1973 (nº 138);
- h) Convenção sobre a Proibição das Piores Formas de Trabalho Infantil e a Ação Imediata para a sua Eliminação, 1999 (nº 182).

Segundo a ex-Diretora da OIT-Brasil, Laís Abramo, esta declaração estabelece que os Estados-membros da OIT sejam obrigados a respeitar as oito convenções fundamentais, independentemente de as terem ou não ratificado. Isso representa uma redefinição de padrões mínimos a serem considerados no mundo do trabalho, em princípios que estariam acima de qualquer necessidade econômica. Os direitos no mundo do trabalho, a proteção social, são apresentados como um princípio a ser mantido¹⁰.

Outro desdobramento desse processo refere-se ao surgimento da proposta de enfoque integrado, o que significa a articulação, por meio de um conceito-chave, de diferentes ramos de especialidade da própria OIT. Esse enfoque integrado se evidenciou no conceito de *trabalho decente*, que, segundo Rodgers, Lee, Swepston e Daele¹¹, surgira na década de 1990, representando um reavivamento e um novo impulso para a instituição. Nesse sentido, ele funcionaria como um mecanismo rearticulador da própria organização interna da OIT e, num segundo momento, passando a ser um canal de comunicação para outras instituições.

Como consequência, pode ser destacado que, ao priorizar a utilização do enfoque integrado, a OIT teve que estabelecer novas formas de diálogo com os atores envolvidos, de modo a convencê-los de que essa abordagem poderia apresentar melhorias para as condições de vida dos trabalhadores.

10 ABRAMO, 2010, p.32.

11 2009, p.238.

Ao propor um novo diálogo, a OIT se abre a novas áreas de atuação e passa a inovar em termos de sua atuação política.

5. A temática do “trabalho decente”: do conceito à política pública

Com a ampliação do processo de globalização, na década de 1990, a Organização Internacional do Trabalho torna-se, no cenário internacional, alvo de críticas quanto à sua eficácia em manter padrões normativos no âmbito do trabalho. As próprias alterações do mercado de trabalho nos anos 1990 fornecem novos desafios para essa instituição, como o progressivo aumento de importância das empresas transnacionais na economia global, a predominância do trabalho informal nos países em desenvolvimento e a intensificação do processo de dessindicalização nos países industrializados.

Em meio às discussões sobre as cláusulas sociais, que refletiu sobre o papel da OIT e da OMC nesse processo, ocorreu um entendimento dos organismos internacionais de que a normatização social deveria continuar sob a responsabilidade da OIT. Diante desse cenário, com sua legitimidade fortalecida, a OIT lança um importante documento, em 1998,¹² em que procura reafirmar uma série de princípios para o mundo do trabalho. Nesse sentido, foi divulgada a “Declaração Relativa aos Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho”, que apresenta como epicentro o estabelecimento de padrões mínimos a serem considerados no âmbito laboral. O documento reafirma a importância da proteção laboral e da justiça social, traduzida em princípios que deveriam ser considerados acima de qualquer necessidade econômica. Com o estabelecimento das “8 Convenções Fundamentais”, a OIT impõe, universalmente, princípios gerais que deveriam ser respeitados por todos os países membros, independente de as terem ratificado ou não. Nesse sentido, a referida declaração estabeleceu como fundamentais as seguintes convenções: sobre o Trabalho Forçado, 1930 (nº 29); sobre a Liberdade Sindical e a proteção do Direito Sindical, 1948 (nº 87); sobre o Direito de Sindicalização e de Negociação Coletiva, 1949 (nº 98); sobre a Igualdade de Remuneração, 1951 (nº 100); sobre a Abolição do Trabalho Forçado, 1957 (nº 105); sobre a Discriminação (Emprego e Profissão), 1958 (nº 111); sobre a Idade Mínima para Admissão a Emprego, 1973 (nº 138); e sobre a Proibição das Piores Formas de Trabalho Infantil e a Ação Imediata

12 Na 87ª Sessão da Conferência Internacional do Trabalho.

para a sua Eliminação, 1999 (nº 182).

Um ano após a publicação da “Declaração Relativa aos Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho”, o chileno Juan Somavia toma posse em 1999, em Genebra, como Diretor Geral da OIT. Primeiro representante dos países do hemisfério sul, em seu discurso de posse, destacou a responsabilidade de garantir a dimensão do desenvolvimento que integra todas as atividades da OIT de maneira concreta. Com o anúncio de uma nova fase de “criatividade” e de “modernização”, este novo diretor geral declarou que, em seu mandato, iria buscar soluções para problemas, tais como o trabalho infantil, a pobreza, o desemprego, a discriminação por questão de gênero e a falta de uma proteção social adequada.

Principal articulador desse processo de revitalização, Juan Somavia apostou no projeto do *enfoque integrado*, que significava a articulação, por meio de um conceito chave, de diferentes ramos de especialidade da própria OIT. Esse enfoque integrado se evidenciou no conceito “trabalho decente”, que, segundo Rodgers, Lee, Swepston e Daele¹³, representou um reavivamento e um novo impulso para a instituição. Ainda para esses autores, o surgimento do conceito está relacionado a quatro aspectos principais:

- 1 – uma forma de expressar o objetivo fundamental da OIT em linguagem corrente;
- 2 – uma meta global, que integra as prioridades de todos os membros da OIT – empregadores, trabalhadores e governo –, constituindo, assim, uma base sobre a qual se almeja construir um consenso;
- 3 – um conceito integrado, a partir do qual se deseja analisar e entender melhor o impacto de aspectos mais específicos do trabalho da OIT;
- 4 – um meio de organizar e administrar o trabalho da oficina.

A adoção desse sistema integrado veio, portanto, proporcionar uma mudança no direcionamento da instituição em questão. Numa primeira e rápida análise, nós poderíamos dizer que ele representou uma forma de resposta aos questionamentos que a própria OIT estava sendo submetida. Através desse viés – *trabalho decente* – a OIT procura se redefinir no cenário internacional, bem como procura a reorganização dos seus próprios quadros.

13 2009, p. 238.

A Organização, que, ao longo do século XX, teve uma postura progressiva de especialização, com a formação de vários escritórios específicos, a partir dos temas tidos como relevantes para o mundo do trabalho, com essa abordagem do enfoque integrado, assume um novo direcionamento, com o reagrupamento do escritório em torno da temática *trabalho decente*.

Segundo Marieke Louis¹⁴, essa noção surgiu não somente em um contexto de reorganização da própria OIT, mas também num momento de engendramento de um sistema que ela designou como *multilateralismo social*. Para a autora, o *trabalho decente* possui a capacidade de ligar os temas transnacionais à sociedade civil, aprofundando seu diálogo e permitindo a consolidação inédita de solidariedade entre uma organização internacional e organizações da sociedade civil. Nesse sentido, por este enfoque, o multilateralismo convencional, com base nas articulações entre os Estados, teria novas feições, passando a ser percebido como um multilateralismo social, tendo a própria sociedade civil como a base de interlocução¹⁵.

A agenda “trabalho decente” visa articular as prioridades da OIT em torno de quatro objetivos estratégicos, que são: as normas e os princípios fundamentais do trabalho, o emprego, a proteção social e o diálogo social, sendo o princípio da não-discriminação aplicado a todos os objetivos, de maneira transversal.

Com o enfoque integrado, a OIT se aproxima cada vez mais de uma agenda voltada para os direitos humanos fundamentais. Segundo Alvarenga¹⁶, a noção de *trabalho decente* é percebida numa perspectiva mais ampla, em que objetivaria assegurar ao trabalhador o acesso aos bens materiais, ao bem-estar, à satisfação profissional e ao completo desenvolvimento de suas potencialidades. A autora afirma que o conceito se funda numa noção mais extensa que é a da própria dignidade humana. Na mesma linha de pensamento, destacamos o trabalho de Rosenfield e Pauli¹⁷, que consideram a temática do *trabalho decente* como um modelo integral e holístico de direitos humanos, no qual todos os direitos são universais, interdependentes e iguais em importância.

14 2011.

15 LOUIS, 2011, pp. 18-25.

16 2016, pp. 91-96.

17 2012.

Outro aspecto que o tema contempla é a problemática do desenvolvimento. Considerando o emprego como a pedra angular de uma estratégia eficaz de luta contra a pobreza, a OIT tem a perspectiva de um desenvolvimento social preventivo, em especial nos países em desenvolvimento. Segundo Marieke Louis¹⁸, a agenda do *trabalho decente* coloca as necessidades fundamentais como fator primeiro da estabilidade política e social. Sendo assim, o objetivo não é somente a criação de empregos, mas a criação de empregos com uma qualidade aceitável.

A abordagem do enfoque integrado, portanto, nesse contexto de globalização, tem em vista fortalecer a capacidade mundial de promover objetivos sociais universais. No Brasil, a temática do *trabalho decente* ganhou impulso nos anos 2000, sobretudo após o memorando de entendimento entre a República Federativa do Brasil¹⁹ e a Organização Internacional do Trabalho, para o estabelecimento de um programa de cooperação técnica para a promoção de uma agenda, em Genebra, no ano de 2003. Após a assinatura desse convênio, uma série de iniciativas foram engendradas, no sentido de promover essa temática no país.

No caso brasileiro, uma característica interessante que tem se apresentado está ligada à capacidade que a OIT tem desenvolvido de divulgar a temática do *trabalho decente* para outras instituições importantes do poder público, como o Ministério do Trabalho e o Ministério Público do Trabalho. Estas instituições são tidas como parceiras desse projeto e várias iniciativas têm sido tomadas nesse sentido. Uma delas foi a elaboração do Plano Nacional de Emprego e Trabalho Decente (PNETD), em 2009, sendo coordenado pelo Ministério do Trabalho e Emprego, cabendo à OIT a função de assessoria técnica.

O interessante é percebermos que o conceito de *trabalho decente*, de certa forma, ganha vida própria, e passa a compor o plano ideário de outras instituições de interesse do mundo do trabalho. Em outras palavras, um conceito que inicialmente foi promovido pela OIT, mas, paulatinamente, vem se tornando um importante item de reflexão para outras instituições, no caso brasileiro, tornando-se, até mesmo, pauta para a formação de uma política pública. Pensamos que, do ponto de vista sociológico, seja importante compreendermos esse processo.

18 2011.

19 Que, na época, era o presidente Luiz Inácio Lula da Silva.

Da perspectiva teórica, os trabalhos de Luc Boltanski e Laurent Thévenot nos ajudam a pensar essa trajetória. Oriundos da matriz Bourdiesiana, esses autores se distanciaram dela, por procurarem desenvolver uma sociologia mais voltada para os regimes de ação. Seus trabalhos desenvolvem um “estilo pragmático sociológico”, que leva em consideração as construções discursivas dos atores, numa dinâmica constante de ajuste entre pessoas e coisas.

Visando compreender as ações como sendo plurais, uma característica do estilo pragmático francês consiste em superar a visão dicotômica entre as formas de pensar e as de agir. A sociologia pragmática tem a ambição de comportar a diversidade das situações sociais, das lógicas de ação e das formas de julgamento. Podemos perceber claramente esse aspecto na obra de Boltanski e Thévenot²⁰, “De La Justification: Les économies de la grandeur”, na qual procuram identificar as ações dos sujeitos, em função de situações e regimes de ação que se encontram em aberto. Os acordos e as suas modalidades são múltiplos e a sociologia pragmática procura evidenciar esses princípios. Nessa obra, os autores procuraram perceber a pluralidade dos princípios de justiça e consideram as formas de pensá-la já como sendo um conjunto de formas de agir.

Nessa perspectiva é que queremos ponderar a noção do *trabalho decente*. Dentro desse quadro teórico, o conceito não deve ser percebido de forma distante da atuação da própria OIT no Brasil. Ao formulá-lo, essa instituição já está definindo, delimitando os conceitos básicos referentes a uma concepção de trabalho humano. E, mais do que isso, ela fornece princípios gerais que são amplamente difundidos e apropriados por outros atores do mundo do trabalho. Entretanto, esse processo é recíproco. As redefinições são contínuas e a perspectiva da negociação é constante.

Em seu texto “*Sociologie critique et sociologie de la critique*”, Boltanski²¹, ao apresentar, de uma forma geral, os instrumentos de sua análise sociológica, comenta que é importante percebermos a capacidade crítica dos atores sociais, pois são inseridos constantemente em situações de disputa. Nesse sentido, as formações discursivas, os termos utilizados pelos atores são de extrema importância para a análise sociológica. A partir desses termos, eles têm condição de argumentar e de justificar as suas ações. Sendo assim, as práticas sociais não estariam condicionadas a elementos estritamente de

20 1991.

21 1990.

ordem econômica, por exemplo, mas tais relações passariam por um viés de justificação, por meio de um movimento argumentativo. Desta forma, pensamos que tal abordagem teórica nos ajuda a refletir sobre o nosso objeto de estudo, pois a grande disputa em questão é a de estabelecer os critérios para considerar um trabalho decente ou não. Os argumentos utilizados pelos autores, então, são de extrema importância para a nossa análise. Por esse conceito invadir outras esferas, para além da própria OIT, ele passa a adquirir novos contornos e a depender dos significados que as instituições lhes atribuem, diferentes direcionamentos são forjados no sentido de formulação de uma agenda pública.

No documento da OIT intitulado “Perfil do trabalho decente no Brasil”²², que contém uma série de indicadores, várias informações são apresentadas acerca do que poderia ser considerado como um trabalho decente de fato. Sendo assim, o conceito se assemelha a um guarda-chuva, por abarcar uma série de elementos. São eles:

- a) Oportunidades de emprego;
- b) Rendimentos adequados e trabalho produtivo;
- c) Jornada de trabalho decente;
- d) Combinação entre trabalho, vida pessoal e vida familiar;
- e) Trabalho a ser abolido;
- f) Estabilidade e segurança do trabalho;
- g) Igualdade de oportunidades e de tratamento no emprego;
- h) Ambiente de trabalho seguro;
- i) Seguridade social;
- j) Diálogo social e representação de trabalhadores e empregadores;

Portanto, percebemos que a OIT não fornece uma definição fechada ou uma minuciosa descrição do que deveria ser considerado como um trabalho decente. Ele é entendido num sentido mais amplo, de modo a integrar várias dimensões fundamentais no âmbito laboral. O que se pode observar é toda uma preocupação em não o limitar. De fato, ocorre o oposto: quanto maior sua abrangência, maior a possibilidade de expansão de sua área de atuação.

A primeira iniciativa institucional brasileira de promoção do trabalho decente ocorreu em 2006, com o lançamento da Agenda Nacional de Tra-

22 2012.

balho Decente (ANTD)²³. Ela expressa um compromisso entre o Governo brasileiro e a OIT, e seu desenvolvimento se faz em diálogo com as organizações de empregadores e de trabalhadores. A partir desta Agenda, foi elaborado um Programa Nacional de Trabalho Decente que estabeleceu, além das prioridades, os resultados esperados e estratégias, metas, prazos, produtos e indicadores de avaliação. Três foram as prioridades a serem disseminadas: (1) a geração de mais e melhores empregos, com igualdade de oportunidades de tratamento; (2) a erradicação do trabalho escravo e eliminação do trabalho infantil, em especial em suas piores formas; e (3) o fortalecimento dos atores tripartites e do diálogo social, como um instrumento de governabilidade democrática²⁴.

O Brasil também possui experiências pioneiras no mundo, através da construção de agendas subnacionais de trabalho decente. A primeira experiência foi a Agenda da Bahia, seguida pela do Mato Grosso. Em 2015, estavam constituídas as agendas estaduais (além da Agenda Bahia e do Mato Grosso): Minas Gerais, Paraná, Pernambuco e Tocantins; e também as municipais: os sete municípios da Região do Grande ABC (através do Consórcio Intermunicipal do ABC), Cuiabá, Curitiba, São Paulo; e oito municípios do estado da Bahia: Araci, Boquira, Caturama, Ibipitanga, Itambé, Itarantim, Serrinha e Valente.²⁵

De acordo com a publicação “Uma década de promoção do trabalho decente no Brasil”²⁶, o modelo pioneiro construído no Brasil serviu de referência para outras províncias e departamentos de países do Cone Sul latino-americano, como a Província de Santa Fé (Argentina); Região do Maule e Município de Santiago (Chile); Departamento Central (Paraguai); e Departamento de Maldonado e Município de Las Piedras (Uruguai)

Ampliando e intensificando a sua área de atuação, a OIT lançou, em 2011, a Agenda Nacional de Trabalho Decente para a Juventude (ANTDJ).

23 O conceito de Trabalho Decente ganhou mais força, em julho de 2006, quando o Conselho Econômico e Social da ONU recomendou ao sistema das Nações Unidas apoiar e financiar programas e esforços de geração de emprego produtivo e colaborar para a implementação do trabalho decente para todos.

24 Disponível em: <<http://www.oit.org.br/content/o-que-e-trabalho-decente>> Acesso em: 04 mai. 2017.

25 Conferir “Uma década de promoção do trabalho decente no Brasil”, 2015, p. 82. Disponível em: <www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---ilo-brasil/documents/publication/wcms_467352.pdf> Acesso em: 04 mai. 2017.

26 OIT, 2016, p. 83

Aqui, as preocupações específicas se relacionam à temática dos jovens e, num momento posterior, iremos analisar documentos que indicam os problemas por eles enfrentados.

Outro projeto que a OIT desenvolveu ocorreu no período de 2008 a 2013, sob o nome de “Monitorando e avaliando o progresso do trabalho decente” (MAP), com o objetivo de criar indicadores para que os países pudessem monitorar e avaliar o seu progresso em relação à promoção do trabalho decente. Ele contou com a participação de dez países (e financiamento da União Europeia), e, na América Latina, somente o Brasil e o Peru foram os voluntários desse projeto. O seu desenvolvimento contou com a participação de organismos governamentais, incluindo o Ministério do Trabalho; organizações sindicais; e instituições de pesquisa, como o IBGE e o DIEESE.

Entretanto, a mais significativa de todas as iniciativas foi a realização da I Conferência Nacional de Emprego e Trabalho Decente, em agosto de 2012 (Brasília). A Conferência foi precedida por vários espaços de discussão, sempre com a perspectiva tripartite, ampliando os canais de veiculação da temática: foram 273 conferências preparatórias, 26 estaduais, 104 regionais, 5 microrregionais e 138 municipais. Segundo a diretora da OIT, Laís Abramo, “nunca houve um processo tão amplo com a participação de aproximadamente 25 mil pessoas. Eu diria que isso foi um ganho enorme, no sentido de ampliar os espaços de diálogo social e inserir essa discussão no país”²⁷.

Muito embora a Conferência Nacional tenha representado todo um esforço na promoção do diálogo social, cabe destacar a presença constante da tensão e do conflito. Durante a reunião da plenária final, por exemplo (cujo objetivo era analisar as propostas apresentadas pelos representantes do governo, dos empregadores, dos trabalhadores e da sociedade civil nos 12 grupos de trabalho), ocorreu a retirada da delegação dos empregadores, tendo que ser suspensa a plenária.²⁸ O documento final não pôde ser concluído naquele momento. Posteriormente, mediante negociação, é que se obteve a assinatura de todos os representantes.

A partir de todas essas iniciativas, nós podemos observar o imenso desenvolvimento da temática do trabalho decente no Brasil. Nessas iniciativas, a OIT não se apresenta, necessariamente, como a formuladora de tais políticas. Ela se coloca como assessora técnica, como uma instituição capaz

27 Disponível em: <[HTTP://www.oit.org.br/node/887](http://www.oit.org.br/node/887)> Acesso em: 04 mai. 2019.

28 Disponível em: <[HTTP://www.oit.org.br/node/887](http://www.oit.org.br/node/887)> Acesso em: 04 mai. 2019.

de contribuir para esses empreendimentos a partir de sua expertise. Entretanto, em todas as “solenidades” para o estabelecimento de tais projetos, é de fundamental importância a presença da OIT na assinatura dos acordos e convênios. Essa instituição é percebida como a portadora legítima das justificativas mais adequadas à promoção do trabalho decente. Observamos que, apesar da temática estar presente nos discursos e nas ações de outros atores do mundo do trabalho brasileiro, adquirindo, de certa forma, uma “vida própria”, ao mesmo tempo, ele está intimamente relacionado à Organização Internacional do Trabalho, como se fosse uma propriedade sua. A OIT é a grande divulgadora, mas é, também, a detentora dos mecanismos legítimos de sua execução em âmbito institucional.

6. Considerações finais

Com a ampliação do processo de globalização na década de 1990, a Organização Internacional do Trabalho se vê diante de novos desafios perante esse novo cenário. Dentre as alterações do mercado de trabalho podemos citar o progressivo aumento de importância das empresas transnacionais na economia global, a predominância do trabalho informal nos países em desenvolvimento e a intensificação do processo de dessindicalização nos países industrializados.

Diante desse novo contexto a OIT lançou um importante documento em 1998 onde procurou reafirmar uma série de princípios para o mundo do trabalho. Nesse sentido, foi divulgada a “Declaração Relativa aos Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho” que apresentou como epicentro o estabelecimento de padrões mínimos a serem considerados no âmbito laboral. O documento reafirma a importância da proteção laboral e da justiça social traduzida em princípios que deveriam ser considerados acima de qualquer necessidade econômica. Com o estabelecimento das “8 Convenções Fundamentais” a OIT impõe, universalmente, princípios gerais que deveriam ser respeitados por todos os países membros, independente de as terem ratificado ou não.

Um ano após a publicação deste Declaração, o novo Diretor Geral da OIT, Juan Somavia, em seu discurso de posse, destacou a responsabilidade de garantir a dimensão do desenvolvimento que integra todas as atividades da OIT de maneira concreta. Com o anúncio de uma nova fase de “criatividade” e de “modernização”, este novo diretor geral declarou que em seu

mandato iria buscar soluções para problemas tais como o trabalho infantil, a pobreza, o desemprego, a discriminação por questão de gênero e a falta de uma proteção social adequada.

Principal articulador desse processo de revitalização, Juan Somavia apostou no projeto do *enfoque integrado* que significava a articulação, por meio de um conceito chave, de diferentes ramos de especialidade da própria OIT. Esse enfoque integrado se evidenciou no conceito “trabalho decente”, que, segundo Rodgers, Lee, Swepston e Daele²⁹, representou um reavivamento e um novo impulso para a instituição.

Entretanto, a proposta do “trabalho decente”, na verdade, não apenas significou a reorganização da própria OIT, mas apresentou um novo modelo de multilateralismo, que segundo Marieke Louis³⁰ se constituiu como um *multilateralismo social*. Para a autora, o trabalho decente possui a capacidade de ligar os temas transnacionais à sociedade civil, aprofundando seu diálogo e permitindo a consolidação inédita de solidariedade entre uma organização internacional e organizações da sociedade civil. Nesse sentido, por este enfoque, o multilateralismo convencional, com base nas articulações entre os Estados, teria novas feições, passando a ser percebido como um multilateralismo social, tendo a sociedade civil como a base de interlocução.

A agenda “trabalho decente” visa articular as prioridades da OIT em torno de quatro objetivos estratégicos que são: as normas e os princípios fundamentais do trabalho, o emprego, a proteção social e o diálogo social, sendo o princípio da não-discriminação aplicado a todos os objetivos de maneira transversal.

Sendo assim, utilizando as reflexões acerca da proposta do *trabalho decente*, refletimos no terceiro capítulo sobre todo seu desdobramento no Brasil. Uma característica interessante que tem se apresentado se refere à capacidade que a OIT tem desenvolvido de divulgar a temática do trabalho decente para outras instituições importantes do poder público e da sociedade civil. O conceito *trabalho decente* de certa forma ganha vida própria e passa a compor o plano ideário de outras instituições de interesse do mundo do trabalho. Melhor dizendo, um conceito que foi inicialmente promovido pela OIT, mas que, paulatinamente tem se tornado um importante item de reflexão para outras instituições, e até mesmo se constituindo como uma política pública.

29 2009.

30 2011.

Referências

- ABRAMO, Laís. A Constituição de 1988 e o mundo do trabalho no Brasil". In: KREIN, Jose Dari; BIAVASCHI, Magda Barros; SANTANA, Marco Aurelio (org.). *Vinte anos da Constituição Cidadã no Brasil*. São Paulo: LTr, 2010.
- ALVARENGA, Rúbia Zanotelli. *Trabalho decente: direito humano e fundamental*. São Paulo: LTr, 2016.
- BOLTANSKI, Luc. Sociologie critique et sociologie de la critique. *Politix*, Province du Brabant wallon, v. 03, n. 10-11, p-124-134, jan-jun. 1990.
- BOLTANSKI, Luc; THÉVENOT, Laurent. *De la justification: Les économies de la grandes*. Paris: Gallimard, 1991.
- BRONSTEIN, Arturo. *Derecho internacional y comparado del trabajo: desafíos actuales*. Genebra: OIT, 2010.
- CRIVELLI, Ericson. *Direito internacional do trabalho contemporâneo*. São Paulo: LTr, 2010.
- LOUIS, Marieke. *L'Organisation Internationale du Travail et le travail décent: un agenda social pour le multilatéralisme*. Paris: L'Harmattan, 2011.
- ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT). *A OIT no Brasil: trabalho decente para uma vida digna*. Brasília: OIT, 2012.
- ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT). *Perfil do trabalho decente no Brasil*. Brasília: OIT, 2012.
- ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT). *OIT Notícias: Brasil, 2007-2014*. Brasília: OIT, 2015.
- ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT). *Uma década de promoção do trabalho decente no Brasil: uma estratégia de ação baseada no diálogo social*. Brasília: OIT, 2015.
- RODGERS, Gerry; LEE, Eddy; SWEPSTON, Lee; DAELE, Jasmien Van. *La Organización Internacional del trabajo y la lucha por la justicia social, 1919-2009*. Genebra: OIT, 2009.
- ROSENFELD, Cinara; PAULI, Jandir. Para além da dicotomia entre trabalho decente e trabalho digno: reconhecimento e direitos humanos. *Cadernos CRH*, Salvador, v. 25, n. 65, p. 319-329, Mai-Ago, 2012. <https://doi.org/10.1590/S0103-49792012000200009>
- SILVA, Sayonara Grillo Coutinho Leonardo da. *Relações coletivas de trabalho*: São Paulo, LTr, 2008.

SUPIOR, Alain. *L'esprit de la Philadelphie: la justice sociale face au marché total*. Paris: Éditions du Seuil, 2010.

SÜSSEKING, Analdo. *Direito internacional do trabalho*. São Paulo: LTr, 1987.

URIARTE, Oscar Ermida. *Globalización y relaciones laborales*, 1999. Disponível em: <<http://wilfredosanguineti.files.wordpress.com/2011/06/globalizacion-y-relaciones-laborales-oscar-ermida.pdf>> Acesso em: 20 mar. 2020.

Recebido em 26 de março de 2020.

Aprovado em 06 de maio de 2021.

RESUMO: O mundo atual apresenta-nos desafios quando pensamos em princípios norteadores da atividade laboral. De certo, encontrarmos um ponto de encontro entre a dignidade do trabalho humano e as políticas desenvolvimentistas não é tarefa fácil. Nesse sentido, apresentamos a visão do “trabalho decente”, que inicialmente foi forjada no interior da Organização Internacional do Trabalho – OIT, numa tentativa clara de fornecer princípios norteadores gerais no âmbito trabalhista mundial. Para tanto, empreendemos um esforço de compreensão, numa perspectiva sócio-histórica, dos momentos marcantes da trajetória desta instituição, para então refletirmos sobre o conceito “trabalho decente” que, no Brasil, teve uma grande repercussão em diversos segmentos sociais.

Palavras-chave: trabalho decente; OIT; multilateralismo; diálogo social; globalização.

ABSTRACT: Today's world presents us with challenges while we consider the guiding labor principles activity. Certainly, finding a connection between the dignity of human labor and developmental policies is not an easy task.

In this sense, I present the “decent work” vision, that was initially forged by the International Labor Organization (ILO), in a clear attempt to provide general guiding principles in the labor field. In this regard, I try to understand, from a socio-historical perspective, the key moments in the ILO history, and then to reflect on the concept of “decent work” that, in Brazil, had great repercussion in various social segments.

Keywords: decent work; ILO; multilateralism; social dialogue; globalization.

Sugestão de citação: BARROSO, Márcia Regina Castro. O “trabalho decente”: do conceito à prática. *Revista Direito, Estado e Sociedade*, Ahead of print, 2022. DOI: <https://doi.org/10.17808/des.0.1411>.

Direito ao meio ambiente saudável: implicações do uso e acesso aos recursos naturais na perspectiva das políticas para mulheres no Brasil

*The Right to the healthy environment: implications
of the use and access to natural resources from the policy
perspective for women in Brazil*

Maria Eliane Alves Sousa*

Universidade Federal da Bahia, Salvador – BA, Brasil

1. Introdução

A luta pela conquista dos direitos da mulher no Brasil ganhou mais espaço político na esfera pública e no Congresso Nacional a partir da década de 1980, favorecida pela transição democrática e pela atuação dos movimentos sociais. Em 1985, o Congresso Nacional criou o Conselho Nacional dos Direitos da Mulher (CNDM), com o objetivo de desenvolver políticas públicas para promover melhorias nas condições da mulher, e aconselhar a presidência e os ministérios neste âmbito¹.

Nesse mesmo ano o CNDM criou uma campanha nacional pelos direitos das mulheres na nova constituição, com a estratégia de atuação que tinha como lemas “Constituinte Para Valer tem que ter Palavra de Mulher” e “Constituinte para Valer tem que ter Direitos da Mulher”. Em 1986 o CNDM organizou encontro nacional de mulheres em Brasília, aprovando a “Carta das Mulheres Brasileiras aos Constituintes”, que expunha as “propostas das

* Doutoranda em Direito pela Universidade Federal da Bahia. Mestre em Saúde Pública pela Fundação Oswaldo Cruz (RJ). Advogada. Professora da Universidade Estadual da Bahia. E-mail: measud7@gmail.com. Orcid: 0000-0003-0365-9989.

1 SILVA, 2011, p. 269; PITANGUY, 2008.

mulheres para uma ordenação normativa que traduzisse um patamar de igualdade entre homens e mulheres e afirmasse o papel do Estado na efetivação deste marco normativo”. Em 1987 a carta foi entregue ao Congresso Constituinte, na pessoa do deputado Ulisses Guimarães².

Dessa forma as mulheres participaram ativamente da Assembleia Constituinte, demandando por direitos econômicos, sociais e culturais, inclusive reivindicações sobre meio ambiente. Importantes conquistas foram obtidas na Constituição Federal de 1988, no campo dos direitos das mulheres pautando-se sobre a igualdade, o desenvolvimento humano e a inclusão³.

O país assumiu o compromisso de defesa e promoção dos direitos da mulher. Desse modo, elaborou leis e políticas específicas, concebendo os direitos da mulher como uma ação política necessária para a sua possibilidade de concreta realização como ser humano. Em 2003 foi criada a Secretaria Especial de Políticas para Mulheres, que no mesmo período elaborou o primeiro Plano Nacional de Políticas para Mulheres (PNPM)⁴, estabelecendo as principais diretrizes e ações para promover a melhoria das condições de vida e desenvolvimento das brasileiras.

A participação política e a conquista em dimensões de direitos das mulheres aumentaram, ampliando o papel e a importância delas na elaboração de políticas públicas. E no que diz respeito ao meio ambiente, há destaque específico da Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (ECO 92, Rio de Janeiro), princípio 20: “As mulheres desempenham papel fundamental na gestão do meio ambiente e no desenvolvimento. Sua participação plena e, portanto, essencial para a promoção do desenvolvimento sustentável.”⁵.

Destacada participação e contribuição também se fez presente pelos movimentos específicos, como o protagonismo das mulheres negras, que em 2015 entregaram a então Presidenta Dilma Roussef, a “Carta das Mulheres Negras contra o Racismo e a Violência e pelo Bem Viver”. Nesta carta, solicitavam que o Estado e a Sociedade acolhessem suas reivindicações, entre as quais: “justiça ambiental, defesa dos bens comuns e a não-mercantilização da vida”⁶.

2 PITANGUY, 2008.

3 SILVA, 2011, p. 269.

4 BRASIL, 2004.

5 ONU, 2018.

6 DEFENSORIA.BA, 2015.

Em setembro de 2020, entregaram a “Carta das Mulheres Negras ao Supremo Tribunal Federal: contra o Racismo e a Violência e pelo Bem Viver”, ao Ministro Luiz Fux, atual Presidente do Supremo. Convocavam o “Poder Judiciário a assumir a sua responsabilidade constitucional com a proteção de nossas vidas e com o exercício de nossas liberdades”, de modo que esse “pacto democrático e republicano demanda tão somente que sejamos reconhecidas como sujeitas de direito e que a nós sejam aplicados na íntegra os dispositivos constitucionais”, inclusive as reivindicações sobre direitos ambientais e de enfrentamento ao racismo ambiental⁷.

Desse modo, ao ampliarem suas demandas por mais direitos e alcançarem mais conquistas, as reivindicações das mulheres sobre as questões ambientais associam-se aos seus projetos de justiça social, de forma distributiva e redistributiva. Isto porque as insere no usufruto e administração equitativa dos recursos naturais, de forma capaz de contribuir ao manejo ambiental sustentável, sem estarem à margem da causa ambiental e nem subordinadas em divisão social sexista e machista. Insere-se como consecução do bem comum para garantir uma existência digna, portanto também justiça ambiental⁸.

Este artigo aborda os direitos de proteção das mulheres no contexto do meio ambiente. A motivação está em conhecer como o direito ao meio ambiente saudável e sustentável, enquanto direitos humanos, possibilita ver as questões e problemas sociais da mulher, para combater as desigualdades e as violações de direitos.

O objetivo é identificar, nas ações estratégicas dos PNPMs, a defesa ao acesso às fontes de energia eficientes e o combate às formas de violência contra as mulheres e meninas geradas pelas grandes obras do setor energético e de mineração. Sob essa consideração de proteção e justiça social, buscou-se a explicação na noção de vulnerabilidade social e programática das mulheres, na perspectiva dos direitos humanos.

2. Metodologia

Adotou-se metodologia qualitativa de pesquisa bibliográfica e documental, com finalidade de levantamento exploratório. As abordagens de análise são

7 AFIRMATIVA, 2020.

8 CASTRO; ABRAMOVAY, 2003, p. 8-12.

a conceitual e a descritiva. Para este estudo toma-se o seguinte conceito de políticas públicas, em adequação ao objetivo proposto e ao documental investigado:

(...) conjuntos de programas, ações e atividades desenvolvidas pelo Estado diretamente ou indiretamente, com a participação de entes públicos ou privados, que visam assegurar determinado direito de cidadania, de forma difusa ou para determinado seguimento social, cultural, étnico ou econômico. As políticas públicas correspondem a direitos assegurados constitucionalmente ou que se afirmam graças ao reconhecimento por parte da sociedade e/ou pelos poderes públicos enquanto novos direitos das pessoas, comunidades, coisas ou outros bens materiais ou imateriais.⁹

Nessa concepção, utilizou-se a abordagem da análise de políticas públicas sob o enfoque descritivo, no que diz respeito às categorias conteúdo e meios, no ciclo de implementação das ações. A implementação como modelo misto, por haver uma interação entre os diferentes níveis da burocracia pública, que molda as políticas conforme as necessidades sentidas tanto pelo alto escalão quanto pela burocracia do nível da rua. A implementação compreendida como o processo de transformação das intenções políticas em ações para alcançar os objetivos. O enfoque selecionado justifica-se porque a apreciação do objeto de estudo está condicionada às mudanças econômicas, políticas, sociais e culturais oriundas das relações entre Estado e sociedade¹⁰.

Sob esta fundamentação analisou-se e comparou-se as quatro versões dos PNPMs (2004-2007; 2007-2011; 2013-2015; e, 2016-atual), quanto aos conteúdos e meios nas ações estratégicas delineadas que propunham a defesa ao acesso às fontes de energia eficientes, e o combate às formas de violência contra as mulheres e meninas geradas pelas grandes obras do setor energético e de mineração. O modelo misto para a elaboração da agenda e versão final dos PNPMs se dá por meio de reuniões de conselhos e conferências com a participação de atores governamentais e de entidades de representação dos grupos, movimentos e coletivos de mulheres em todo o território nacional.

9 BRASIL/COEA, 2010, p. 16.

10 OLIVEIRA, 2013, pp. 16-21; LOTTA, 2018, pp. 148-149.

3. O direito ao meio ambiente saudável e sustentável

A principal noção sobre a relação entre meio ambiente e direitos humanos foi dada pela ONU em 1972. Através da Declaração de Estocolmo¹¹ estabeleceu o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado como direito fundamental das pessoas, de modo a desfrutarem de condições de vida digna e adequadas ao bem-estar, com a obrigação de proteger e melhorar o meio ambiente para as gerações presentes e futuras.

Também de maneira inovadora ampliou o alcance dos direitos humanos com a definição de desenvolvimento. Em 1986 proclamou a Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento¹², como sendo um direito humano inegociável, do qual todas as pessoas e povos estão habilitados a participar, contribuir e desfrutar para que possam realizar plenamente todos os direitos humanos e liberdades fundamentais. É um processo abrangente de fatores econômicos, sociais e culturais que implica a distribuição justa de seus benefícios.

Em 1992, associando os temas meio ambiente e desenvolvimento, a ONU realizou no Rio de Janeiro a Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e o Desenvolvimento (a Cúpula da Terra), inserindo-os diretamente na agenda pública, por meio da Agenda 21 para a proteção da Terra e seu desenvolvimento sustentável¹³. Para conciliar com as noções supracitadas, a Organização Mundial da Saúde (OMS), alargou o conceito de saúde para:

(...) um bem público de interesse nacional, caracterizado como o estado de pleno bem estar físico ou biológico, psíquico ou mental, social, cultural e ambiental da pessoa humana individual, coletiva e publicamente considerada¹⁴.

Sob essa perspectiva, a saúde não se limita aos aspectos da medicina tradicional, mas passa a ser um direito primordial à vida e bem-estar, e que coexiste como necessário e dependente aos demais direitos essenciais à própria saúde, e à vida condigna e sustentavelmente desenvolvida, como o direito à: educação, alimentação, trabalho, segurança, meio ambiente, renda

11 ONU, 1972.

12 ONU, 1986.

13 ONU, 2018.

14 OMS, 2005.

adequada etc. Essas noções complementam-se e integram-se para proteger e valorizar a dignidade da pessoa humana, como aspecto fundamental ao exercício da cidadania. A respeito da relevância da dignidade em todos os âmbitos, Barroso¹⁵ esclarece que é um valor ligado à ideia de bom, justo e virtuoso. Assim, ela se situa ao lado de outros valores centrais para o Direito, como justiça, segurança e solidariedade, e torna-se a justificação moral dos direitos humanos e dos direitos fundamentais. No âmbito da política, ela passa a integrar documentos internacionais e constitucionais, considerada um dos principais fundamentos dos Estados democráticos.

A partir das noções e conceitos expostos, pode-se compreender que a abordagem dos direitos humanos aplicada ao meio ambiente se torna a melhor porque implica levar em consideração o impacto causado no plano ambiental como um todo e seus efeitos sociais e culturais, e a não exclusão de quaisquer grupos ao acesso a bens naturais. Implica o desenvolvimento conjugado com a conservação do meio ambiente saudável, e de modos de vida sustentáveis que atendam às necessidades e aos valores das sociedades atuais e futuras¹⁶. Desse modo, o direito ao meio ambiente saudável e sustentável não se restringe ao uso adequado economicamente dos recursos naturais, mas implica em respeito aos seres vivos (seres humanos, fauna e flora), à humanidade, às relações geracionais; às relações sociais, organizacionais e institucionais, dentro de uma política, moral e ética planetariamente consideradas. Portanto, essa discussão adentra no campo das considerações da Bioética, uma vez que se trata da articulação entre valores e normas. É necessário identificar que há imbricações de princípios da Bioética e do Direito ambiental.

A Bioética fundamenta-se nas consequências resultantes da ação humana, com o objetivo de melhorar as realidades da vida e do viver, através de reflexões sobre a forma como o ser humano se relaciona entre si e com o meio ambiente¹⁷. O enfoque da Bioética se expandiu para além da biomedicina e biotecnologia, para dar respostas mais adequadas aos problemas atuais. Incluiu uma perspectiva mais humanista e comunitária relacionada ao desenvolvimento humano, ao incorporar também questões sobre desigualdade e injustiça social, tais como: direitos humanos e cidadania, alocação

15 BARROSO, 2010, pp. 9-10.

16 KAMIMURA; VIEIRA; GHIRARDI; FEFERBAUM, 2017, p. 173.

17 AZEVEDO, 2010, p. 255.

de recursos humanos e materiais escassos, preservação da biodiversidade, finitude dos recursos naturais, equilíbrio do ecossistema, alimentos transgênicos, racismo e outras formas de discriminação¹⁸.

As reflexões bioéticas sobre esses variados conflitos, dizem respeito a valores humanos que precisam ser resguardados e aos respectivos direitos garantidos, com instrumentos jurídicos que delineiam e delimitam as ações humanas no contexto dos direitos humanos. Para nortear tais reflexões e a construção dialética que auxilia o estabelecimento normativo, a Bioética estabelece um conjunto de princípios fundantes, compreendidos na mesma seara da principiologia jurídica, pois que estabelece os valores que a sociedade, em um momento histórico determinado, considera relevantes¹⁹. Os princípios são valores compartilhados pela sociedade, espelhando a sua ideologia e seus postulados básicos, servem de guia para a interpretação, baseada na identificação do princípio maior que rege o tema a ser analisado, culminando na formulação da norma concreta que regerá a espécie²⁰.

Dentre os princípios basilares da Bioética estão: dignidade humana e direitos humanos; efeitos benéficos e efeitos nocivos; respeito pela vulnerabilidade humana e integridade pessoal; igualdade, justiça e equidade; não discriminação e não estigmatização; respeito pela diversidade cultural e pluralismo; solidariedade e cooperação; responsabilidade social e saúde; partilha dos benefícios; proteção das gerações futuras; e, proteção do meio ambiente, da biosfera e da biodiversidade²¹.

Decorrem da preocupação com a capacidade de interferência humana sobre a vida no planeta, que obriga a sociedade a refletir de uma nova maneira sobre a responsabilidade com relação ao que se pode e ao que se deve fazer, porque as interferências podem ter efeitos prejudiciais quanto aos impactos sociais, políticos, econômicos, ambientais e jurídicos. São dilemas bioéticos no âmbito dos direitos humanos. Referem-se ao valor por parte da Bioética, e deste surge para a norma como direito. Assim, são questões axiológicas multidisciplinares e interdisciplinares, que necessitam de tutela multidimensional dos direitos humanos. É nesse sentido que o direito ambiental possui princípios específicos de proteção, que têm o “escopo fundamental

18 GARRAFA, PORTO, 2003, p. 399.

19 BARBOZA, 2000.

20 BARROSO, 2013.

21 UNESCO, 2006.

de orientar o desenvolvimento e a aplicação de políticas ambientais que servem como instrumento fundamental de proteção ao meio ambiente e, conseqüentemente, à vida humana”²². De maneira consoante, Paulo Bessa Antunes aponta os seguintes princípios importantes para o entendimento e interpretação do Direito Ambiental:

1. Princípio de desenvolvimento sustentável: atende às necessidades do presente, sem esgotar os recursos naturais ou degradar o ambiente, sem comprometer a possibilidade das gerações futuras;
2. Princípio da participação comunitária ou cidadã: é um dever de agir em conjunto em defesa do meio ambiente, imposto à coletividade e ao poder público, decorre do direito de todos ao meio ambiente ecologicamente sustentável;
3. Princípio da precaução: trata-se da dúvida científica, pois diante de um risco incerto, na dúvida, opta-se pela solução que proteja imediatamente o ser humano e conserve o meio ambiente (*in dubio pro natura*);
4. Princípio da prevenção: trata-se da certeza científica, pois diante de um risco certo, conhecido ou concreto tem a finalidade de impedir a ocorrência de danos ao meio ambiente através de medidas e estudos prévios exigidos pelos órgãos públicos, que devem ser realizados pelos interessados antes da implantação de atividades efetiva ou potencialmente poluidoras;
5. Princípio do poluidor-pagador: entendido como um instrumento econômico que exige que o poluidor identificado, assumam as despesas de prevenção, reparação e repressão dos danos ambientais, internalizando os custos sociais externos que acompanham o processo de produção;
6. Princípio da proibição do retrocesso ambiental: o legislador deve evoluir na edição de normas ambientais cada vez mais protetivas, não devendo, em regra, flexibilizar as normas ambientais. Essa irretroatividade é no sentido de não recuar de um direito já sabidamente fundamental, para dar lugar a outro de valor controverso;
7. Princípio democrático: assegura ao cidadão a possibilidade de participar das políticas públicas ambientais nas esferas legislativa, administrativa e processual. Também o direito de obter informações dos órgãos públicos sobre matéria de defesa do meio ambiente e utilização de recursos ambientais que tenham significativas repercussões sobre o ambiente; e,

22 GARCIA; THOMÉ, 2015.

8. Princípio da responsabilidade: estabelece que qualquer violação do direito ambiental implica na sanção do responsável pela quebra da ordem jurídica, por danos ao meio ambiente²³.

Os princípios do direito ambiental estão interligados aos princípios da Bioética de forma direta. São decorrentes dos princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da liberdade, da justiça, do risco e da paz, que visam: a não discriminação e não estigmatização, a justiça social, o respeito à diversidade cultural e pluralismo, a solidariedade e cooperação, a proteção das gerações futuras e proteção do meio ambiente natural. São multidimensionais, interpenetram-se em perspectivas também diversificadas e profundamente associadas em afinação com o fulcro dos direitos humanos. Representam as necessidades bioéticas relacionadas à proteção, segurança, autonomia e autodeterminação, a serem sanadas mediante normas dentro de uma ordem jurídica constitucional de diversidade e pluralismo, que tem compromisso com os contextos social, econômico, cultural e político.

4. As mulheres e o direito ao meio ambiente saudável e sustentável

A proteção do meio ambiente e dos direitos das mulheres são temas interligados e do interesse de toda a sociedade brasileira, em razão de os impactos negativos gerarem riscos específicos à saúde e qualidade de vida delas. Impactos que não estão restritos aos gerais decorrentes da poluição; da perda permanente de elementos da fauna, flora e de recursos naturais. Existem impactos mais cruéis e perversos, pois as atingem por causa do gênero, por serem mulheres, pessoas mais vulneráveis. Implica em vulnerabilidade social devido à pobreza, à dominação machista, às discriminações e exclusões; e vulnerabilidade programática (ou político institucional), devido à ausência de amparo e proteção do Estado.

A vulnerabilidade é descrita como um processo ou uma relação que articula as condições (individuais, político-institucionais e sociais) que favorecem a suscetibilidade dos sujeitos a agravos. É socialmente produzida em decorrência de uma proteção desigual a grupos de pessoas²⁴.

23 ANTUNES, 2001, pp. 40-52.

24 AYRES, 1997, pp. 2-4.

A vulnerabilidade incorpora a noção de direitos humanos através do bem-estar e da justiça social. Assim, permite colocar em discussão quais riscos e situações perigosas são moralmente inaceitáveis por serem evitáveis, acabam sendo impostos aos grupos socialmente mais vulneráveis e discriminados. A noção de justiça também estimula o desenvolvimento de ações conjuntas e solidárias entre as várias pessoas e organizações da sociedade voltadas a transformar a realidade, reconhecendo-se o papel dos conflitos e da atuação dos grupos vulnerabilizados enquanto sujeitos coletivos ativos no processo de transformação²⁵.

A IV Conferência das Nações Unidas sobre a Mulher identificou as desigualdades sofridas pelas mulheres, e os pontos críticos a serem superados para que possam exercer plenamente seus direitos e alcançar seu desenvolvimento integral como pessoas. Pode-se destacar as seguintes desigualdades e obstáculos como os mais graves para os direitos relacionados ao meio ambiente: a desigualdade quanto à participação nas estruturas econômicas, nas atividades produtivas e no acesso a recursos; a desigualdade no acesso à educação e à capacitação; a desigualdade no acesso aos serviços de saúde; a violência contra a mulher; e a desigualdade de participação nas decisões sobre o manejo dos recursos naturais e a proteção do meio ambiente²⁶. O relatório ano 2018, de acompanhamento da Agenda 2030 da ONU para o Desenvolvimento Sustentável, aponta algumas vulnerabilidades para as mulheres decorrentes de problemas ambientais:

1. As mulheres têm até 11% mais chances de padecerem por insegurança alimentar do que os homens;
2. Entre 2010 e 2015, o mundo perdeu 3,3 milhões de hectares de área florestal. Mulheres pobres das áreas rurais que dependem dos recursos de uso comum são especialmente afetadas quando estes diminuem. As mulheres que moram nas zonas rurais e indígenas, cujas condições de vida e subsistência diária dependem diretamente de ecossistemas sustentáveis, são as mais afetadas;
3. A mudança climática tem impacto desproporcional em mulheres e meninas, já que é 14 vezes mais provável que morram durante um desastre (incêndios, inundações) do que os homens;

25 PORTO, 2011, p. 55.

26 ONU Mulheres, 1995, pp. 148-150.

4. Os meios de subsistência das mulheres também são afetados pelas consequências negativas das mudanças climáticas, incluindo a diminuição do rendimento de culturas e florestas e acidificação dos oceanos, o que afeta de maneira adversa a obtenção de alimentos. Globalmente, as mulheres são profundamente envolvidas na agricultura. São as principais responsáveis pelo forrageamento, coleta de água e desempenham um papel muito importante na pesca em pequena escala e na comercialização de alimentos de origem marinha;
5. Mulheres e meninas são as principais responsáveis pela coleta de água e combustíveis sólidos, em 80% das famílias que não têm acesso a uma fonte melhorada de água e energias não poluentes, o que tem consequências negativas para sua saúde e segurança;
6. A poluição do ar dentro de habitações devido ao uso de materiais combustíveis como energia doméstica causou 4,3 milhões de mortes em 2012. Seis em cada 10 pessoas afetadas foram mulheres ou meninas. Por não terem acesso à eletricidade, mais de 3 bilhões de pessoas dependem de combustíveis como carvão, querosene e biomassa (madeira, carvão vegetal, resíduos agrícolas e estrume animal). Quando outros tipos de fontes de energia não estão disponíveis, mulheres e meninas são forçadas a viajar longas distâncias em busca de lenha. Nesta tarefa, correm o risco de sofrer violência durante a busca, e problemas de saúde de longo prazo relacionados ao efeito da poluição do ar em ambientes fechados da habitação e por carregarem cargas pesadas.²⁷

Mas a violação aos direitos das mulheres em relação ao meio ambiente não se dá apenas sobre esse aspecto direto das desigualdades e exclusões. Há outras formas de violação sob a forma de: violências, exploração sexual, trabalho não remunerado e trabalho escravo. São impactos gerados principalmente em áreas que recebem grandes obras do setor de energia elétrica e do setor de mineração.

As tecnologias de geração de energia elétrica possuem impactos diferentes sobre o meio ambiente, ocasionam problemas sociais variados. Por ser a mais presente e tradicional matriz energética no Brasil, a maioria dos estudos enfatizam as hidrelétricas. As obras de construção e os elementos de composição de uma usina hidrelétrica afetam todo o ambiente em seu

27 ONU MUJERES, 2018, pp. 20-21. Tradução livre.

entorno, com a perda de biodiversidade, mudanças no traçado dos rios, inundações em imensas áreas de floresta, destruição de matas, perda de hábitat, alterações na ocupação territorial de comunidades. Geram exclusão social, desemprego, problemas de moradia e infraestrutura social básica para as comunidades que muitas vezes se deslocam para periferias, porque não receberam atenção, amparo e indenização por suas perdas^{28, 29}.

Estudo apresentado no seminário do programa sobre governança ambiental do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD), abordou os impactos das atividades de mineração sobre mulheres e meninas. Relatou que além da maior probabilidade de sofrer os impactos negativos relacionados à mineração, tais como a poluição da água e da terra ou a falta de acesso à água, mulheres e meninas podem sofrer ameaças à segurança e saúde, relacionadas ao influxo de trabalhadores temporários e pessoas à procura de emprego, tais como doenças sexualmente transmissíveis e agressões sexuais. E que as políticas públicas para a governança do setor também afetam as mulheres e os homens de maneira diferente, demonstrando que os governos precisam integrar a proteção ambiental e dos direitos humanos na gestão e governança do setor de mineração³⁰.

Em um estudo de caso de uma indústria mineradora em Minas Gerais, Paula Coelho Sasaki³¹ identificou uma série de violações de direitos, alterações no modo de vida e na organização sociocultural dos moradores que vivem no entorno: falta de água, mudanças na economia local; sentimentos de medo de rompimento da barragem; aumento da violência; remoção de famílias etc. Em relação às mulheres, identificou que elas não foram incluídas nas consultas públicas; a degradação ambiental prejudicou sua capacidade de fornecer alimentos; muitas delas têm a remuneração e benefícios pagos aos homens “em nome de” suas famílias; nos trabalhos nas minas enfrentam frequentemente discriminação, más condições de trabalho e remuneração desigual por trabalho igual; trabalham no setor informal de mineração; e, a presença de trabalhadores transitórios aumenta o alcoolismo, a prostituição e a violência contra as mulheres.

28 LIMA; BARROSO; SILVA; OLIVEIRA; MACIEL; SOUZA, 2018, pp. 125-128.

29 MORAN; LOPEZ; MOORE; MÜLLER; HYNDMAN, 2018, pp. 11892-11893.

30 ONU, 2019.

31 SASSAKI, 2019, pp. 94-139.

Sasaki³² apresenta as percepções das mulheres de que elas são as pessoas que mais sentem e vivenciam no cotidiano e diretamente os impactos negativos da mineração, principalmente as mulheres mais velhas. Enfatiza o protagonismo dessas mulheres como um sentimento de revolta, de luta, aliado a um senso de justiça e solidariedade que as impulsiona a agir nos processos de resistência e mobilização comunitárias, para defenderem seus direitos e os da comunidade.

Os processos relacionados ao meio ambiente e os setores de energia e mineração articulam exclusões radicais para as mulheres, dentro e fora de seus campos. Nesse contexto, é preciso enxergar a presença das mulheres como protagonistas nas lutas em defesa do meio ambiente saudável e sustentável. Portanto, também como sujeitos de direitos específicos em relação ao meio ambiente, devido aos impactos que violam seus direitos humanos depreciando a saúde, qualidade de vida e bem-estar, e que geram exclusão e iniquidades sociais.

O movimento feminista e o movimento de mulheres modificaram as demandas jurídicas ao criarem novas demandas de direitos baseadas no gênero, que carecem de novas respostas do sistema jurídico transnacional e nacional. Os direitos reivindicados estão contemplados dentro de todas as dimensões de direitos. Nessa perspectiva, é importante destacar que as mulheres conquistaram os direitos relacionados ao meio ambiente, e também posicionados sob a perspectiva de avanços em direitos à saúde e à vida digna, como direito ao desenvolvimento humano, segundo as dimensões de direitos humanos fundamentais.

Logo, o direito das mulheres ao meio ambiente saudável e sustentável são direitos fundamentais instrumentalizados em políticas públicas, e em leis que os garanta como direitos de cidadania. Consoantes, ensina Pereira³³, são os direitos que compõem uma proteção social garantida através de um “sistema programático de segurança contra riscos, circunstâncias, perdas e danos sociais cujas ocorrências afetam negativamente as condições de vida dos cidadãos”.

32 SASSAKI, 2019, pp. 133-134.

33 PEREIRA, 2000, p. 16.

5. Marcos legais sobre o direito ao meio ambiente saudável e sustentável para as mulheres

Dada a importância estabelecida pela ONU — por causa das dificuldades que enfrentam as mulheres para reverterem as condições de iniquidades, privações e violações de seus direitos humanos ao meio ambiente saudável e sustentável — marcos legais supranacionais foram criados como forma de estimular os países a buscarem bases de soluções mais adequadas. Os indigitados marcos internacionais demonstram que, neste âmbito, o direito ambiental se desenvolveu de modo a vincular as questões ambientais às questões dos direitos humanos e às questões sociais mais amplas. Destarte, incorporou noções, conceitos e princípios de desenvolvimento sustentável, igualdade intergeracional, dignidade, saúde e qualidade de vida como preocupações planetárias.

A Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres³⁴, e a Declaração dos Direitos Humanos das Mulheres e Meninas através da Declaração e Programa de Ação da Convenção de Viena³⁵, são os principais amparos internacionais dos direitos das mulheres. Contudo, é na Declaração de Pequim para a Igualdade, o Desenvolvimento e a Paz que estão delineadas as propostas e estratégias que norteiam os direitos das mulheres ao meio ambiente sustentável como área prioritária. No Capítulo II reconhece: a importância do meio ambiente para o desenvolvimento das mulheres com empoderamento e igualdade (item 8); que a incessante degradação do meio ambiente tem uma repercussão mais direta sobre as mulheres e meninas, sua saúde e condições de vida encontram-se ameaçadas, com registros cada vez maiores da incidência de problemas de saúde e falecimentos relacionados com o meio ambiente (item 34). O Capítulo IV contém os objetivos estratégicos e ações específicos sobre a mulher e o meio ambiente, indicando propostas de medidas a serem adotadas em todos os níveis de governo como políticas públicas, e medidas que, quando apropriado, as instituições do setor privado devem adotar como políticas sociais³⁶.

Além dos marcos supracitados, foi dada maior ênfase aos direitos das mulheres na Agenda 2030, da Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento. Esse documento salienta o equilíbrio entre

34 ONU, 2012, p. 16.

35 ONU Mulheres, 1993.

36 ONU Mulheres, 1995.

as três dimensões do desenvolvimento sustentável (econômica, social e ambiental), com foco na dignidade humana. A perspectiva de gênero e o empoderamento de mulheres e meninas devem perpassar por todos os 17 Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS), além do objetivo n. 5 específico para “Alcançar a igualdade de gênero e empoderar todas as mulheres e meninas”³⁷. A respeito do meio ambiente tratam os seguintes ODS:

1. Objetivo 6. Assegurar a disponibilidade e gestão sustentável da água e saneamento para todos;
2. Objetivo 7. Assegurar o acesso confiável, sustentável, moderno e a preço acessível à energia para todos;
3. Objetivo 12. Assegurar padrões de produção e de consumo sustentáveis;
4. Objetivo 13. Tomar medidas urgentes para combater a mudança do clima e seus impactos;
5. Objetivo 14. Conservar e usar sustentavelmente os oceanos, os mares e os recursos marinhos para o desenvolvimento sustentável;
6. Objetivo 15. Proteger, recuperar e promover o uso sustentável dos ecossistemas terrestres, gerir de forma sustentável as florestas, combater a desertificação, deter e reverter a degradação da terra e deter a perda de biodiversidade³⁸.

Os marcos nacionais sobre o meio ambiente como direito e sua defesa, foram estabelecidos segundo os preceitos assumidos pelo Brasil como Estado Democrático de Direito na Carta Constitucional, e nas convenções e declarações da ONU para as mulheres. Embora as disposições sobre o meio ambiente estejam presentes ao longo da Constituição Federal, esta trata especificamente sobre o assunto no Capítulo VI, declarando no *caput* do art. 225: “Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.”³⁹.

Conforme explicam Sturza e Grando⁴⁰, ao asseverar que todos têm direito a um ambiente que promova a qualidade de vida, garante-se que a sociedade

37 BRASIL, 2015, p.15.

38 BRASIL, 2015, p.15.

39 BRASIL, 2016a, p. 81.

40 BRASIL, 2015, pp. 138-139.

se destine a trabalhar pela inserção desta como uma meta a ser alcançada. A qualidade de vida, interpretada pela disposição do art. 6º [como um direito social], assegura que esta seja protegida pelo viés dos direitos fundamentais, deve alcançar a todos igualmente. No que diz respeito às mulheres, o Brasil assumiu o seu papel na construção de um planeta sustentável e mais justo socialmente. Ao elaborar o Plano Nacional de Políticas para Mulheres, encara os grandes desafios e dificuldades que as brasileiras enfrentam.

6. O meio ambiente nas políticas para mulheres no Brasil

O Plano Nacional de Políticas para Mulheres (PNPM) em suas versões (2004-2007)⁴¹, (2007-2011)⁴², (2013-2015)⁴³ e (2016-Atual)⁴⁴, foi elaborado pela Secretária de Políticas para Mulheres em conjunto com o Conselho Nacional dos Direitos da Mulher, e representações dos movimentos feministas e de mulheres. O PNPM segue as orientações e diretrizes para o reconhecimento, defesa e garantia dos direitos humanos das mulheres estabelecidos pela Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres, e pela Declaração de Pequim.

A temática do meio ambiente e desenvolvimento sustentável não compôs a primeira versão do PNPM como estratégia própria. Apareceu de forma esparsa e como pauta geral em duas das quatro estratégias de ação que o compunham: Mundo do trabalho e cidadania; e, Saúde das mulheres⁴⁵. É a partir da segunda versão que aparece como tema de interesse geral, mas também como temas particulares para alguns grupos específicos por suas diversidades socioculturais, em busca de igualdade, equidade e justiça social. Nesse sentido, seguem as orientações estratégicas descritas na seção K sobre Mulher e Meio Ambiente, da Declaração de Pequim. A implementação das estratégias deve ocorrer com efetiva transversalidade e interseccionalidade. Desse modo, aparecem como as seguintes estratégias de ação:

1. Desenvolvimento sustentável no meio rural, cidade e floresta, com

41 BRASIL, 2004.

42 BRASIL, 2008.

43 BRASIL, 2013.

44 BRASIL, 2016b.

45 BRASIL, 2004, p. 32.

- justiça ambiental, soberania e segurança alimentar; e,
2. Direito à terra, moradia digna e infra-estrutura social nos meios rural e urbano, considerando as comunidades tradicionais.⁴⁶

Na terceira versão e na versão atual essas duas estratégias são renomeadas como:

1. Desenvolvimento sustentável com igualdade econômica e social;
2. Direito à terra com igualdade para as mulheres do campo e da floresta.⁴⁷

Nessas estratégias, as principais ações a serem implementadas dizem respeito a:

1. Apoiar a formação continuada de mulheres para o fortalecimento dos saberes e práticas tradicionais promovendo condições de sua autonomia;
2. Apoiar a implementação de redes e grupos produtivos protagonizados por mulheres, que impulsionem a manutenção da biodiversidade de produção orientada pela economia solidária e de base agroecológica;
3. Incorporar o componente gênero no Plano Nacional de Mudanças Climáticas;
4. Estimular e apoiar políticas de ampliação e melhoria das condições de moradia e acesso à infraestrutura adequada, às mulheres do campo e da floresta, incluindo as comunidades e povos tradicionais (inclusive ribeirinhos);
5. Estimular a vinculação dos programas habitacionais e de infraestrutura urbana com a implantação de programas de eficiência energética e de conservação de energia, e melhoria da infraestrutura doméstica; e,
6. Promover ações integradas de acesso à energia elétrica convencional ou alternativas em territórios rurais, melhorando as condições cotidianas de vida.⁴⁸

46 BRASIL, 2008, pp. 22; 129; 141.

47 BRASIL, 2013, pp. 60; 66.

48 BRASIL, 2013, pp. 60; 66.

Na versão atual essas estratégias incorporam também os princípios e diretrizes da Agenda 2030, considerando os ODSs para as áreas relacionadas ao meio ambiente sustentável. Dos impactos sobre o meio ambiente, e que são mais cruéis e perversos para as mulheres, no Brasil destacam-se principalmente os que estão relacionados às atividades ligadas à produção de energia e à mineração. Isso porque em seus conjuntos de degradações ambientais e sociais, abarcam um grande número de impactos negativos. Esses dois setores constam de forma explícita em estratégias dos PNPMs.

Para os PNPMs o impacto das grandes obras sobre a vida das mulheres é uma questão desafiadora para as políticas públicas, um ponto sempre presente nas pautas dos movimentos de mulheres. Nesse propósito, cabe aos diferentes setores de governo definir os marcos regulatórios e os procedimentos para se alcançar padrões desejáveis de desenvolvimento econômico e social efetivamente comprometidos com a inserção social, o que supõe um novo entendimento sobre a participação das mulheres nesses processos, sabendo-se que são elas as pessoas mais penalizadas. Os Planos consideram que os efeitos dessas obras são o crescimento da prostituição e da violência nos canteiros das grandes obras de construção, de mineração, de energia elétrica, entre outras. As histórias de vida de populações inteiras, sempre associadas com as formas de produção de sua sobrevivência, são interrompidas num processo que exclui grandes contingentes do mercado de trabalho, deixando as mulheres sem alternativas e mais vulneráveis à exploração e à violência⁴⁹.

Em decorrência de tais efeitos, considerando a problemática das formas de violência contra a mulher, os PNPMs agregaram à Estratégia de Enfrentamento, ações específicas no sentido de coibir, punir e erradicar a prostituição infantil, o tráfico e exploração sexual de mulheres, e violência (física, moral, assédios etc). As ações a serem implementadas são:

1. Divulgar a Lei Maria da Penha, acordos e normas jurídicas nacionais e internacionais de enfrentamento à violência contra as mulheres;
2. Realizar campanhas, mobilizações e ações educativas sobre a Lei Maria da Penha;
3. Incidir nos programas de crescimento de forma a prevenir a violência contra as mulheres e combater a exploração sexual e o tráfico de mu-

49 BRASIL, 2013, p. 61.

lheres, adolescentes e jovens, nas regiões de fomento ao turismo e nas áreas de grandes obras de desenvolvimento econômico e infraestrutura;

4. Realizar campanhas e ações educativas que desconstruam os estereótipos e esclareçam a população sobre as práticas que configuram exploração sexual e tráfico de mulheres; e,
5. Acompanhar, identificar e estimular a redução dos impactos socioambientais decorrentes da implantação de grandes projetos de desenvolvimento, especialmente projetos de infraestrutura, prevenindo e coibindo a desagregação social e exploração das mulheres.⁵⁰

As propostas de ações a serem implementadas como políticas públicas de defesa do direito ao meio ambiente saudável e sustentável, evidenciam a vulnerabilidade programática das mulheres, precisam que as esferas de governo atuem de modo a protegê-las, ao mesmo tempo em que promovem o seu empoderamento. Sob tal aspecto, as ações propostas apresentam uma perspectiva libertária da mulher como sujeito político de direitos.

7. Conclusão

Este estudo identificou, nos PNPMs, ações estratégicas voltadas para a defesa e garantia do direito ao meio ambiente saudável e sustentável através da defesa ao acesso às fontes de energia eficientes e pelo combate às formas de violência contra as mulheres e meninas nas grandes obras do setor energético e de mineração. O enfrentamento desses impactos negativos é ponto sempre reivindicado pelos movimentos feministas e de mulheres, e desafia as esferas governamentais a estabelecerem políticas públicas para coibir, punir e erradicar a violência, exploração sexual, discriminação e exclusão de mulheres.

Ao reagirem em busca do reconhecimento e respeito por seus direitos, as feministas e outros movimentos de mulheres pressionaram a sociedade e o Estado por mudanças, para que (também em relação ao meio ambiente) não ficassem invisibilizadas ou mascaradas no sujeito universal. As mulheres emergem representadas como seres políticos, como categoria específica e indispensável à humanidade e seu desenvolvimento.

50 BRASIL, 2013, p. 61.

Por certo, a defesa e a garantia do direito ao meio ambiente saudável e sustentável (em relação aos aspectos legislativos e jurídicos) é papel do Estado. Entretanto, combater e coibir atos, atitudes e comportamentos que violam esse direito — e os demais que a ele estão associados — também é papel da sociedade civil, mediante: consciência e atitude de cidadania, de cooperação organizacional e institucional, de ação educativa, de compromisso moral e ético com a dignidade humana e o planeta. Entende-se que as organizações governamentais e empresariais dos setores de energia e mineração têm a responsabilidade de resguardar os direitos das mulheres contra as violações ocasionadas pelos impactos ambientais e sociais negativos. Podem fazê-lo através de suas políticas de governança.

Falar sobre o meio ambiente incluindo as mulheres é imprescindível para que esse debate seja socialmente justo, democraticamente participativo e igualitário.

Referências

- AFIRMATIVA. Carta das Mulheres Negras ao Supremo Tribunal Federal: contra o Racismo e a Violência e pelo Bem Viver. *Revista Afirmativa*, [S.l.], 30 set. 2020. Disponível em: <<https://docs.google.com/document/d/1oGl-trRdcZWcc3Df99RHoNc8m2uBbCVjkPX8p9Ve2I/edit>>. Acesso em: 01 nov. 2020.
- ANTUNES, Paulo Bessa. *Direito ambiental*. Rio de Janeiro: Lúmen júris, 2001.
- AYRES, José Ricardo. Vulnerabilidade e AIDS: para uma resposta social à epidemia. Secretaria de Estado da Saúde de São Paulo/Programa de DST/AIDS. *Boletim Epidemiológico*. v.15, n.3, 1997, p.2-4. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_nlinks&ref=000067&pid=S0080-6234200900060003100002&lng=en>. Acesso em: 11 out. 2017.
- AZEVEDO, Maria Alice da Silva. Origens da Bioética. *Nascer e Crescer*, Porto, v.19, n.4, p.255-259, 2010. Disponível em: <http://www.scielo.mec.pt/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0872=07542010000400005-&lng-pt>. Acesso em: 24 jan. 2020.
- BARBOZA, Heloisa Helena. Princípios da Bioética e do Biodireito. *Revista Bioética*, Brasília, v.8, n.2, 2000. Disponível em: <http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/276/275>. Acesso em: 24 jan. 2020.

- BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: natureza jurídica, conteúdos mínimos e critérios de aplicação*. Versão provisória para debate público, [S.l.]. Mimeografado, 2010. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/a_dignidade_da_pessoa_humana_no_direito_constitucional.pdf>. Acesso em: 04 set. 2017.
- BARROSO, Luís Roberto. *O novo direito constitucional brasileiro*. Belo Horizonte: Fórum, 2013.
- BRASIL. Presidência da República. Secretaria de Políticas para as Mulheres. *I Plano Nacional de Políticas para as Mulheres*. Brasília: Secretaria de Políticas para as Mulheres, 2004. Disponível em: <<http://www.spm.gov.br/assuntos/pnpm/publicacoes/pnpm-2013-2015-em-2ago13.pdf>>. Acesso em: 08 set. 2017.
- BRASIL. Presidência da República. Secretaria de Políticas para as Mulheres. *II Plano Nacional de Políticas para as Mulheres*. Brasília: Secretaria de Políticas para as Mulheres, 2008. Disponível em: <<http://www.spm.gov.br/assuntos/pnpm/publicacoes/pnpm-2013-2015-em-2ago13.pdf>>. Acesso em: 08 set. 2017.
- BRASIL. Presidência da República. Secretaria de Políticas para as Mulheres. *III Plano Nacional de Políticas para as Mulheres*. Brasília: Secretaria de Políticas para as Mulheres, 2013. Disponível em: <<http://www.spm.gov.br/assuntos/pnpm/publicacoes/pnpm-2013-2015-em-2ago13.pdf>>. Acesso em: 08 set. 2017.
- BRASIL. Coordenação-Geral de Educação Ambiental (COEA). *Programa Nacional de Capacitação de Gestores Ambientais Municipais*. Curitiba (PR): 2010.
- BRASIL. Presidência da República. *Transformando nosso mundo: a Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável*, 2015. Disponível em: <http://www.itamaraty.gov.br/images/ed_desenvsust/Agenda2030-completo-site.pdf>. Acesso em: 06 set. 2017.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil* [recurso eletrônico]. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2016a. – (Série textos básicos; n. 113). Disponível em: <<http://www.camara.leg.br/editora>>. Acesso em: 15 ago. 2018.
- BRASIL. *Relatório final da IV Conferência Nacional de Políticas para as Mulheres*. Brasília: Secretária Especial de Políticas para as Mulheres, 2016b. Disponível em: <<https://www.mdh.gov.br/informacao-ao-cidadao/>>

- participacao-social/conselho-nacional-dos-direitos-da-mulher-cndm/Relatorio_final_IV_CONFERENCIA_NACIONAL_DE_POLITICAS_PARA_AS_MULHERES.pdf>. Acesso: 04 set. 2019.
- CASTRO, Mary Garcia; ABRAMOVAY, Miriam. *Gênero e meio ambiente*. 2. ed. rev. São Paulo: Cortez, 2003.
- DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DA BAHIA. *Carta das Mulheres Negras contra o Racismo e a Violência e pelo Bem Viver*, 2015. Disponível em: <https://www.defensoria.ba.def.br/portal/arquivos/downloads/Carta_das_Mulheres_Negras_2015__1_.pdf>. Acesso em: 01 nov. 2020.
- GARCIA, Leonardo de Medeiros; THOMÉ, Romeu *Direito Ambiental: princípios e competências constitucionais*. 8. ed. rev. e atual. Salvador: Juspodium, 2015.
- GARRAFA, Volnei; PORTO, Dora. Intervention bioethics: a proposal for peripheral countries in a context of power and injustice. *Bioethics*, Oxford, v. 17, n. 5-6, p.399-416, 2003. Disponível em: <https://www.researchgate.net/profile/Volnei_Garrafa/publication/8779156_Intervention_Bioethics_A_Proposal_For_Peripheral_Countries_in_A_Context_of_Power_and_Injustice/links/5bbb79544585159e8d8c3fd6/Intervention-Bioethics-A-Proposal-For-Peripheral-Countries-in-A-Context-of-Power-and-Injustice.pdf>. Acesso em: 24 mar. 2020.
- KAMIMURA, Akemi; VIEIRA, Oscar Vilhena; GHIRARDI, José Garcez; FEFERBAUM, Marina. *Direitos humanos e vida cotidiana*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2017.
- LIMA, Williams da Silva Guimarães de; BARROSO, Fábio de Andrade; SILVA, José Martinho de Albuquerque; OLIVEIRA, Jefferson Cardoso; MACIEL, Tuanny da Silva; SOUZA, George Henriques de. Impactos ambientais na produção de energia na hidroelétrica. *Revista Campo do Saber*, Cabedelo, v. 4, n. 4, p. 106-132, Ago./set. 2018. Disponível em: <<http://periodicos.iesp.edu.br/index.php/campodosaber/article/download/147/122>>. Acesso em: 23 nov. 2018.
- LOTTA, Gabriela. Burocracia, redes sociais e interação: uma análise da implementação de políticas públicas. *Rev. Sociol. Polit.*, Curitiba, v. 26, n. 66, p. 145-173, jun. 2018. <https://doi.org/10.1590/1678-987318266607>
- MABTUM, Mateus Massaro; MARCHETTO, Patrícia Borba. *O debate bioético e jurídico sobre as diretivas antecipadas de vontade*. São Paulo: Editora UNESP, 2015.
- MORAN, Emilio F; LOPEZ, Maria Claudia; MOORE, Nathan; MÜLLER, Norbert; HYNDMAN, David W. Sustainable hydropower in the 21st

- century. *PNAS*, v. 115, n. 47, Nov. 2018, p. 11891–11898. <https://doi.org/10.1073/pnas.1809426115>.
- OLIVEIRA, Vanessa Elias. As fases do processo de políticas públicas. In: MARCHETTI, Vitor (Org.). *Políticas públicas em debate*. São Bernardo do Campo: UFABC, 2013. ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE - OMS - Regulamento Sanitário Internacional (2005). *World Health Assembly – WHA58.3*. Genebra, 2005. (versão em espanhol).
- ONU MULHERES. Entidade das Nações Unidas para igualdade e empoderamento das mulheres. *Declaração e Programa de Ação de Viena*, 1993. Disponível em: http://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2013/03/declaracao_viena.pdf. Acesso: maio de 2018.
- ONU MULHERES. Entidade das Nações Unidas para igualdade e empoderamento das mulheres. *Declaração e Plataforma de Ação de Pequim*, 1995. Disponível em: http://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2013/03/declaracao_beijing.pdf. Acesso: maio de 2018.
- ONU MULHERES – Entidade das Nações Unidas para igualdade e empoderamento das mulheres. *Mais igualdade para as mulheres brasileiras: caminhos de transformação econômica e social*. Encarte Brasil baseado no Relatório “O Progresso das Mulheres no Mundo 2015-2016”. Brasília, 2016. Disponível em: http://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2016/08/encarte_mais_igualdade_para_as_mulheres_brasileiras.pdf. Acesso em: 05 jun. 2016.
- ONU MUJERES. Entidade das Nações Unidas para igualdade e empoderamento das mulheres. *Hacer las promesas realidad: la igualdad de género en la agenda 2030 para el desarrollo sostenible*. New York, NY, EUA, 2018. Disponível em: <http://www.unwomen.org/-/media/headquarters/attachments/sections/library/publications/2018/sdg-report-gender-equality-in-the-2030-agenda-for-sustainable-development-2018-es.pdf?la=es&vs=834>. Acesso: 24 abr. 2018.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – ONU. Declaração de Estocolmo, 1972. *Report of the United Nations conference on the human environment*, 1972. Disponível em: <http://www.un-documents.net/aconf48-14r1.pdf>. Acesso: 21 dez. 2019.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – ONU. *Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento*. Resolução n.º 41/128 da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 4 de dezembro de 1986. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Direito-ao-Desenvolvimento/>

- declaracao-sobre-o-direito-ao-desenvolvimento/Imprimir.html>. Acesso em: 21 mai. 2019.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – ONU. *Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher - Cedaw 1979*, 2012. Disponível em: <http://www.compromissoeatitude.org.br/wp-content/uploads/2012/11/SPM2006_CEDAW_portugues.pdf>. Acesso em: 16 nov. 2017.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA EDUCAÇÃO, CIÊNCIA E CULTURA - UNESCO. *Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos*, 2006. Comissão Nacional da UNCO – Portugal. Disponível em: <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000146180_por>. Acesso em: 17 mar. 2020.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – ONU. *A ONU e o meio ambiente*. 2018 Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/acao/meio-ambiente/>>. Acesso em: 21 fev. 2018.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – ONU. *Seminário online sobre impacto do setor de mineração sobre mulheres e meninas*, 2019 Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/seminario-online-aborda-impacto-do-setor-de-mineracao-sobre-mulheres-e-meninas/>>. Acesso em: 20 ago. 2019.
- PEREIRA, Potyara Amazoneida. *Necessidades humanas: subsídios à crítica dos mínimos sociais*. São Paulo: Cortez, 2000.
- PINTANGUY, Jacqueline. *As mulheres e a Constituição de 1988*. CEPIA.ORG. 2008. Disponível em: <<http://www.cepia.org.br/images/nov089.pdf>>. Acesso em: 01 nov. 2020.
- PORTO, Marcelo Firpo. Complexidade, processos de vulnerabilização e justiça ambiental: Um ensaio de epistemologia política. *Revista Crítica de Ciências Sociais*, 93, p. 31-58, Junho 2011. Disponível em: <<https://doi.org/10.4000/rccs.133>>. Acesso em: 23 jun. 2018.
- SASSAKI, Paula Coelho. *Mulheres e mineração: protagonismos e narrativas de mulheres acerca dos impactos e das mudanças vividas em Conceição do Mato Dentro a partir do empreendimento Minas-Rio*. Dissertação (Mestrado em Psicologia Social) Instituto de Psicologia, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/47/47134/tde-25062019-095914/publico/coelho_me.pdf>. Acesso: 24 jan. 2020.
- SILVA, Salete Maria da. *A carta que elas escreveram: a participação das mulheres no processo de elaboração da Constituição Federal de 1988*. Tese

(doutorado). Universidade Federal da Bahia, Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas, 2011.

STURZA, Janaína Machado; GRANDO, Juliana Bedin Grando. O meio ambiente sustentável e a promoção do direito à saúde: uma interconexão necessária. *Revista Direito Ambiental e sociedade*, Caxias do Sul, v. 5, n. 2, p. 128-150, 2015. Disponível em: <<http://www.uces.br/etc/revistas/index.php/direitoambiental/article/view/3726/2377>>. Acesso em: 04 set. 2017.

Recebido em 4 de abril de 2020.

Aprovado em 21 de outubro de 2020.

RESUMO: Este artigo aborda os direitos de proteção das mulheres no contexto do meio ambiente. O objetivo é identificar, nas ações estratégicas do Plano Nacional de Políticas para Mulheres, a defesa ao acesso às fontes de energia eficientes e o combate às formas de violência contra as mulheres e meninas geradas por setores de grandes obras. Os Planos revelam que as mulheres são mais afetadas pela falta de acesso e insegurança quanto à disponibilidade e gestão sustentável da água e saneamento; e pela insegurança quanto ao acesso confiável, sustentável, moderno e a preço acessível à energia para todos, situações agravadas pelo mau uso dos recursos e mudanças climáticas. Os efeitos das grandes obras sobre as mulheres são o crescimento da prostituição e da violência, devido à exclusão do mercado de trabalho, deixando-as sem alternativas e mais vulneráveis. Conclui-se que, a defesa e garantia do direito ao meio ambiente saudável e sustentável, em relação aos aspectos legislativos e jurídicos é papel do Estado. A sociedade civil pode enfrentar atos que violam esse direito mediante, por exemplo, cooperação organizacional e institucional e ações educativas.

Palavras-chave: direitos das mulheres, bioética, meio ambiente saudável, justiça social, combate à violência, inclusão social.

Abstract: This article addresses women's protection rights in the context of the environment. The objective is to identify, in the strategic actions of the National Plan of Policies for Women, the defense of access to efficient energy sources and the fight against forms of violence against women and girls generated by sectors of major works. The Plans consider that women and girls are most affected by the lack of access and insecurity regarding the availability and sustainable management of water and sanitation; and insecurity as to reliable, sustainable, modern and affordable access to energy for all, situations aggravated by the misuse of resources and climate change. The effects of large companies on women are the growth of prostitution and violence, due to exclusion from the labor market, leaving them without alternatives and more vulnerable. It is concluded that the defense and guarantee of the right to a healthy and sustainable environment, in relation to legislative and legal aspects, is the role of the State. Civil society can face acts that violate this right through, for example, organizational and institutional cooperation and educational actions.

Keywords: women's rights, bioethics, healthy environment, social justice, combating violence, social inclusion.

Sugestão de citação: SOUSA, Maria Eliane Alves. Direito ao meio ambiente saudável: implicações do uso e acesso aos recursos naturais na perspectiva das políticas para mulheres no Brasil. *Revista Direito, Estado e Sociedade*, Edição 62, 2023. DOI: <https://doi.org/10.17808/des.0.1425>.

Democracia e sistema de proteção do patrimônio cultural no Brasil

Democracy and cultural heritage protection system in Brazil

Renata Ovenhausen Albernaz*

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

1. Introdução

Investigamos, aqui, os contornos democráticos dos principais instrumentos e funcionamentos estatais de proteção patrimonial, a fim de saber se eles sinalizam uma real democracia cultural no tema de patrimônio no Brasil. Esse tema foi disparado a partir de uma discussão crítica comparativa entre as realidades brasileira e francesa, feita no contexto de um debate sobre legislação patrimonial do Brasil, levado a cabo em uma disciplina de pós-graduação¹ na qual compartilhamos a docência com o Prof. Jean-Louis Tornatore, em 2018. Nesse debate, Tornatore nos fez uma provocação, problematizando a produtividade de tal legislação estado-centralizadora brasileira, já que seu longo percurso em estudos sobre cidadania e patrimônio cultural, na França, o tem conduzido, na atualidade, a assumir uma posição que beira à anti-estatal. Justificava ele que o protagonismo do patrimônio cultural é fato antropológico e que assim o deve permanecer, e que quando o Estado captura esse fato, na intensão de o proteger e o fazer perdurar, ele afeta a sua dinâmica, podendo-o deformar, desapropriar e tornar o patrimônio um

* Doutora em Direito pela UFSC (2008). Professora Associada na Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS) e Docente no Programa de Pós-Graduação em Memória Social e Patrimônio Cultural na Universidade Federal de Pelotas (UFPel) – Brazil. E-mail: renata.ovenhausen@ufrgs.br.

1 Na Disciplina “Patrimônio e Estratégias de Conservação”, do Programa de Pós-Graduação em Memória Social e Patrimônio Cultural, da Universidade Federal de Pelotas (PPGMP-UFPel).

fetichismo dentro de sua própria comunidade de origem². Tornatore assume, assim, uma posição questionadora ao aparelho estatal francês de preservação do patrimônio cultural, que é bastante reconhecido pelos demais países, muito em virtude da atenção do Estado à tutela patrimonial em seu país - algo que, no Brasil, ainda se almejava alcançar similar. E ele demonstra essa pressão antropológica em estudos de reações comunitárias aos sentidos dos processos de patrimonialização estatal³.

Compartilhamos desse ideal democrático do patrimônio apontado por Tornatore, enquanto um fim, bem como reconhecemos a diferença entre uma dimensão antropológica e outra sociológica de cultura⁴. Contudo, havemos de inquirir se a trajetória do Estado Francês pela “democracia cultural”⁵, das últimas décadas, não houvera condicionado – claro, que juntamente com outras condicionantes – essa reapropriação antropoló-

2 Considerando a correlação entre patrimônio, mercado e relações de poder, há, também, na América Latina, uma importante corrente de estudos que entende que as políticas e ações estatais patrimoniais não correspondem a uma legítima democracia cultural, pois elas: 1) tem sido planejadas e executadas pelas equipes técnicas do Estado e segundo critérios estilísticos europeus (acriticamente tidos como universais); 2) quando a patrimonialização se inclui em Planos de Desenvolvimento, esses são decididos e operados na base de interesses de investidores, com insuficiente participação da comunidade e, às vezes, permitindo um processo de gentrificação contra elas; 3) as expressões patrimoniais locais estão em uma encruzilhada no mundo globalizado, pois para serem “viáveis”, precisam seguir as ordens dos “negócios da conservação” (GONÇALVES, 1996; MICELLI, 2001; ESPINHEIRA, 2004; TELLO, 2010). Tello (2010, p. 121) chega a afirmar que o patrimônio cultural tem se configurado como “um instrumento institucional de domesticação da memória e da cultura” (tradução livre). Como se observará, a nossa abordagem, aqui, não parte do pressuposto de que essa correlação é necessária, admitindo que, apesar de ela ter se manifestado, historicamente, há indícios de um esforço institucional, nas últimas décadas, em minimizá-la.

3 TORNATORE, 2007, 2010, 2017, 2018.

4 Botelho (2001, p. 74) anuncia essa diferenciação, explicando que a dimensão antropológica da cultura se produz a partir do cotidiano, pelas próprias interações dos indivíduos que geram modos de agir, pensar, valorar e fazer compartilhados, criando universos de sentido particulares, ou o que Michel de Certeau evocou como processos culturais em “equilíbrios simbólicos, contratos de compatibilidade e compromissos mais ou menos temporários”. A dimensão sociológica da cultura, por sua vez, envolve um âmbito especializado, organizacional e estruturado da cultura, que visa sistematizar sentidos e valores de uma certa sociedade, envolvendo demandas profissionais, instituições, financiadores e o aparato regulador estatal.

5 Botelho (2001, p. 75) discorre sobre a passagem, na França, de uma política de “democratização da cultura”, dos anos 60-80, cujo fim era ampliar o acesso ao consumo dos bens culturais eruditos e de seus espaços clássicos de exibição (museus, teatros, cinemas, galerias de arte etc.), para uma política de “democracia cultural”, dos anos 90 em diante, cujo fim era “favorecer a expressão das subculturas particulares e fornecer aos excluídos da cultura tradicional os meios de desenvolvimento para eles mesmos se cultivarem, segundo suas próprias necessidades e exigências”.

gica do patrimônio cultural a que se refere Tornatore. Questionamos se a ação do Estado Francês não atuou como uma “política delimitativa”⁶ do patrimônio, no reconhecimento social de seus vários enclaves culturais, e como uma “política condicionante” do empoderamento, sensibilidade e vitalidade patrimonial. Além disso, há que se perguntar se esse processo de democratização estaria acabado, mesmo na França, dada a pequena escala, ainda, das manifestações dessa militância patrimonial, demonstrada nos casos estudados, apesar do inegável caráter cidadão que elas propagam e do enriquecimento conceitual que geram.

Em termos de Brasil, diante do atual estado de consciência e sensibilidade societária ao patrimônio cultural – medido no fato de que memória e patrimônio não são temas prioritários de opinião pública, de agenda de governos e nem de lutas comunitárias – defendemos que ações delimitativas e condicionantes do Estado são, não só indispensáveis, como ainda precisam ser aprimoradas. E que seria um risco suscitar um padrão de democracia patrimonial anti-estatal, quando uma onda neoliberal torna os recursos públicos preservacionistas cada vez mais escassos, e quando esse encargo, deixado às próprias comunidades, já assoladas pelas mais precárias condições (em saúde, saneamento, renda, trabalho, educação), ameaçaria tais suportes de memória à fatal ruína.

A questão que será trabalhada nesse artigo, e que acolhe essas críticas de Tornatore e de outros estudiosos, é saber se o Estado Brasileiro estaria, de fato, em suas mudanças institucionais, trilhando um processo de democracia cultural em patrimônio. O objetivo deste estudo, assim, foi verificar esse processo a partir de indicativos dessa democracia em políticas delimitativas – ou de proteger os diversos enclaves patrimoniais do Brasil, em suas distintas lógicas – e condicionantes da vitalidade comunitária com o patrimônio – manifesta quando ele é, em primeira instância, assumido, significado e gerido pelos enclaves produtores e respectivas sociedades civis, e apenas apoiado pelo suporte técnico e financiamento do Estado. Para inferir essa democracia cultural, fizemos uma revisão crítica da literatura e

6 Essa ideia de delimitação, a partir do Estado, é devedora da “Teoria de Delimitação de Sistemas Sociais”, de Alberto Guerreiro Ramos. *Atentava Guerreiro Ramos* (1970; 1981) para a necessidade de uma “Delimitação de Sistemas Sociais” como meio de conter uma tendência para a articulação social cada vez mais centrada no enclave do Mercado, aventando para a necessidade de que fossem garantidas, pelo Estado, as condições de existências de diferentes “enclaves sociais” (formas de associação humana criadas pela variedade de conceptualização dos objetivos básicos e pelos seus correspondentes sistemas específicos de organização).

da legislação sobre o tema dos institutos e políticas estatais do patrimônio no Brasil, das duas últimas décadas.

2. Democracia cultural em patrimônio e a posição delimitativa e condicionante do Estado

Um primeiro esforço rumo à democracia cultural em patrimônio é conceitual, e impende problematizar conceitos como os de Cultura Oficial e Não Oficial, e a correspondente distinção entre Patrimônio Oficial e Não Patrimônio. Quijano⁷ lança luzes nessa problematização acusando a Cultura Oficial de ser um instrumento de dominação nas sociedades, manifestado: na distinção entre o Público e Não Público⁸ a essa Cultura Oficial; na imposição a esse Não Público de um insuportável e empobrecedor “*vacuum* cultural”; no tender dessa Cultura Oficial a uma unidade, e não a uma pluriversalidade, com a correspondente violência simbólica desse processo de redução unitária; na associação entre a expertise nessa Cultura Oficial e o controle dos mais importantes recursos sociais e materiais da sociedade em questão. E ele defende, contra esse teor de dominação da Cultura Oficial, processos de resistência, que ele já observa estarem acontecendo no mundo, e que tensionem essa Cultura Oficial a se abrir, mesmo que não sem resiliência de sua parte, a um contra público, deliberado e hostil, afeto a uma contracultura que brota dos próprios grupos sociais dominados⁹. Partindo desse convite de revisão conceitual de Quijano, advém-nos a seguinte pergunta delimitativa na identificação do patrimônio cultural: o que entra no escopo de definição da instituição “patrimônio cultural” no Brasil, quem oferece as

7 QUIJANO. *Dominación y cultura*. (notas sobre el problema de la participación cultural), 2014.

8 Segundo Quijano (2014, p. 668), o não público engloba “grupos sociais que não participam – seja porque existem barreiras sociais que o impedem, ou porque não têm motivações adequadas, ou porque rechaçam essa participação – do âmbito de ação das instituições estatais que promovem atividades culturais, especialmente atividades artísticas e intelectuais características das elites, das gentes cultas. O conceito trata de dar conta de um problema de não participação na função da cultura.”

9 Paiva (2017) arrola alguns movimentos, no Brasil, de um contra uso ou de uma resistência a projetos estatais que violavam o senso de valor comunitário do patrimônio cultural ou que atentavam contra a sua preservação, como são: o Grupo Direitos Urbanos, do Recife (2008); o coletivo Sal da Terra, de Ribeirão Pires (região metropolitana de São Paulo) pela preservação da Fábrica de Sal – Cotelessa; o Movimento Viva Gasômetro, em Porto Alegre; o Movimento Parque Augusta, na região central de São Paulo.

fontes de sua construção narrativa e como suas manifestações antropológicas são reconhecidas e manejadas pelo Estado e pela sociedade?

O segundo passo de uma investigação delimitativa inquirir a relação entre o Estado e a fonte de produção cultural. Lopes¹⁰ analisa essa relação, em um processo de democracia cultural, no que chama de três “gerações de políticas culturais”. A política cultural de primeira geração, que retoma o modelo francês de democratização da cultura, dos anos 1960, privilegiava a ampliação do acesso público à Cultura Oficial, mas essa estratégia acabava por ser centralizadora, paternalista, elitista e essencialista dos bens culturais. Na segunda geração, a democracia cultural é assumida como uma política pelo “*empowerment* por parte das populações, auto-consciência dos constrangimentos holísticos a que estão submetidas e das possibilidades de emancipação”¹¹, enfocando demandas “de baixo para cima e de dentro para fora” nas comunidades produtoras. Mas, também tal política corre o risco de sucumbir ao populismo e ao voluntarismo da miscelânea dos animadores culturais¹². Entre esses dois polos estaria a democracia cultural em políticas de terceira geração, como as defende Lopes¹³, essas que tornam o direito à cultura, tanto individual como coletivo, concretizável em serviços públicos pela liberdade de todas as linguagens e formas de expressão cultural, mas onde, sem abdicar de critérios de qualidade, tais critérios adviriam da construção intersubjetiva, provisória e sempre conflitual, nos espaços institucionais e políticos. Essa última forma de democracia cultural é de incidência transversal, incluindo a criação, distribuição e recepção de bens e obras culturais, colocando a formação de públicos – públicos no plural, com várias perspectivas, e não a formação de “uma audiência” adestrada – no seu alicerce; e ela, conclui Lopes¹⁴, pressupõe, justamente, uma normatividade da relação social institucionalmente enquadrada que constitui esse público, ou seja, instaura uma nova relação das pessoas com as instituições, pois:

(...) os dispositivos institucionais permitem, assim o defendo, incorporações mais consolidadas e duráveis, desde que os recursos técnicos, humanos e

10 2009.

11 LOPES, 2009, p. 5.

12 LOPES, 2009, p. 7.

13 LOPES, 2009.

14 LOPES, 2009.

financeiros assim o permitam e desde que a concepção aberta de democracia cultural esteja no seu centro de gravidade. Muitos anos de luta por fora e mesmo contra as instituições tiveram como melhor resultado a relativa abertura de algumas delas, na sua autonomia relativa, aos conceitos mais avançados de democracia cultural. Nesses conceitos avançados deve constar, precisamente, que o poder institucional não é um fim em si mesmo, assim como não o são a animação e a mediação socioculturais. As instituições culturais podem funcionar de forma reticular, como “processo múltiplo de socialização cultural” aberta à composição, também múltipla, das disposições dos agentes¹⁵.

O Estado Brasileiro, nessas políticas culturais, segundo a avaliação de Chauí¹⁶, tinha uma tendência antidemocrática, principalmente em dois de seus posicionamentos: o do Estado como produtor de cultura e o do Estado como negociador de cultura. No primeiro, o Estado capturava as criações culturais (essas, de cunho mais antropológico e Não Oficial), abstraindo-as para compor uma unidade de “Cultura Nacional (Oficial)”, mas valendo-se de uma seletividade nem sempre equitativamente inclusiva e de uma síntese que desconsiderava as tensões sociais (de classe, étnicas, de gênero) dentro das quais as culturas eram geradas; na segunda orientação, o Estado assumia o dever de “modernizar as culturas”, ou seja, induzi-las à lógica da “indústria cultural”¹⁷.

Foi apenas a partir da gestão do Sr. Gilberto Gil, no Ministério da Cultura (2003-2008), adverte Rubin¹⁸, que laivos de uma política cultural democrática começaram a confrontar as tristes tradições de ausência, autoritarismo e instabilidade dessas políticas, no Brasil, culminando nas 53 metas do Plano Nacional de Cultura (Lei 12.343/10). Tal Política Cultural democrática, para Gil, buscava articular três dimensões da cultura: a simbólica,

15 LOPES, 2009, pp. 9-10.

16 LOPES, 2008.

17 Calabre (2007, p. 6) afirma que essa orientação ficou mais forte, no Brasil, a partir dos anos 1990, e um dos seus desdobramentos foi a conversão das fontes de recursos para cultura de, antes, majoritariamente públicos, para, agora, majoritariamente advindos da iniciativa privada, ainda que, paradoxalmente, por meio de investimentos que importavam em renúncia fiscal. Essa conversão acabou sendo a tônica da antiga Lei Sarney (Lei 7.505/86) e da atual Lei do Programa Nacional de Apoio à Cultura (Lei 8.313/91). E, nessa conversão, como a cultura passou a depender dos cálculos de conveniência (em marketing cultural e em retorno dos investimentos) dos seus investidores, esses recursos ficaram muito concentrados em grandes produções, artistas notáveis e em capitais (notadamente, em metrópoles).

18 2007.

ao resgatar, reconhecer e equalizar o valor das diversas formas de produção simbólica espalhadas pelo país; a cidadã, pela equidade e universalidade no acesso aos bens culturais e aos recursos ao seu fomento; e a econômica, por um desenvolvimento que evite monopólios e a exploração predatória dos recursos humanos, naturais e culturais e que gere valor e sustentabilidade para seus produtores¹⁹.

A democracia cultural exige, assim, uma posição delimitativa e condicionante do Estado que reconheça o papel da cultura na vida humana e que atue em prol da “cidadania cultural”, enquanto “o direito de acesso às obras culturais produzidas, particularmente o direito de fruí-las, o direito de criar as obras, isto é, produzi-las, e o direito de participar das decisões sobre políticas culturais”²⁰. E, portanto, são, neste estudo, indicativos de um processo dessa democracia cultural em patrimônio a checagem da posição do Estado, a partir da operação dos instrumentos e políticas patrimoniais: 1) no reconhecimento e delimitação dos diferentes enclaves patrimoniais; 2) na formação de públicos plurais; 3) no condicionamento da vitalidade comunitária com o patrimônio, e 4) na cidadania em políticas patrimoniais e em sua gestão.

E, por fim, nessa posição do Estado face à comunidade originária do patrimônio, também se deve questionar que apoio o Estado pode providenciar e como ele deve ser acionado e estabelecido. Na linha dessa discussão, Botelho²¹ destaca que há dois tipos de estratégia de articulação entre o Estado e a dimensão antropológica da cultura: a estratégia “do ponto de vista da demanda”, em que esses atores do cotidiano formulam pleitos de apoio e financiamento ao Estado, e onde ganha ênfase a ação articuladora do governo local; e a estratégia do “ponto de vista do aparato governamental global”, onde a dimensão antropológica precisa, de alguma forma, ajustar-se para penetrar no circuito mais organizado do aparato Estatal Nacional. O acionamento Estatal pela estratégia da demanda, por envolver maior protagonismo comunitário, traz as bases de valoração e de gestão do bem para mais próximas de seu local de origem, fortalecendo a vitalidade e a sensibilidade patrimonial. Mas, processos do ponto de vista do aparato governamental, se não assumirem as posições do Estado Produtor ou Negociador de Cul-

19 MINISTÉRIO DA CULTURA. 2009.

20 CHAÚÍ, 2008, p. 65.

21 2001, p. 75.

tura, podem gerar políticas transversais condicionantes que são, também, muito úteis ao articularem os diversos interesses, muitas vezes antagônicos, envolvidos no patrimônio.

3. Rumos programáticos de uma democracia cultural em patrimônio no Brasil

Sobre a construção do conceito e do escopo do patrimônio oficial no Brasil, é preciso lembrar que o país, já no início da institucionalização do Serviço de Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (SPHAN), nas primeiras décadas do século XX (pelo Decreto Lei 25/37), vivia uma disputa intelectual na definição do que seria esse “patrimônio oficial” e quais os seus grupos produtores. Por um lado, inspirado em um forte momento intelectual de discussão do que era a identidade nacional brasileira, no início do século XX, e que incluía, entre outros, pensadores como Gilberto Freyre (1900-1987), Sylvio Romero (1851-1914), Euclides da Cunha (1866-1909), Alberto Torres (1865-1917), Oliveira Viana (1883-1951), Guerreiro Ramos (1915-1982), além de literatos e artistas ligados ao modernismo, como Mario de Andrade (1893-1945), afirmava-se a cultura popular e mestiça como a manifestação mais autêntica da identidade nacional brasileira, e que o patrimônio deveria espelhar essa riqueza. No outro lado da disputa, havia uma linha de pensamento que, segundo Chuva²² e Fonseca²³, foi a que predominou nas primeiras décadas do SPHAN, que lutava pela identificação e retenção, no país, de expressões excepcionais e autênticas da arte e da história nacional, segundo padrões estéticos universais, como uma estratégia de modernização do “patrimônio oficial” brasileiro.

Foi a predominância do segundo lado dessa disputa, no período chamado por Fonseca²⁴ como “fase heróica” do SPHAN (1937-1967), que fez esse ente estatal se concentrar nos processos de tombamento, enquanto instrumento de preservação e, nesses processos, visar, principalmente: (1) o patrimônio cultural edificado, com destaque aos bens de estilo Barroco Colonial vinculados à matriz lusitana da população, e aos conjuntos construtivos mais homogêneos, em termos arquitetônicos, situados em cidades

22 2012.

23 2009.

24 2017.

do Sudeste e do Nordeste; (2) as obras artísticas antigas, excepcionais e de valor universal, de produção brasileira ou de artistas radicados no Brasil, passíveis de serem inscritas no Livro das Belas Artes, o mais valorizado do SPHAN da época; (3) os suportes materiais que testemunhassem fatos históricos nacionais envolvendo Instituições de Poder (Órgãos do Estado, Elites Econômicas, Igreja Católica e Forças Armadas). Ficaram esquecidos nessa fase e, assim, excluídos do modelo simbólico de identidade brasileira, como um “não patrimônio”, os legados das culturas africana radicada no Brasil, indígena nativa e popular²⁵.

A partir de 1970, esse escopo começa a mudar, segundo Lima²⁶, em virtude não só de um debate sobre a diversidade e a dinamicidade na produção e reprodução da cultura, como também por importantes mobilizações sociais por direitos, justiça, inclusão e reconhecimento cultural. O Movimento Negro Unificado, por exemplo, segundo Campos²⁷, passou a lutar contra o racismo no Brasil e por ações afirmativas para superá-lo, contribuindo em debates tais como os travados na Primeira Convenção Nacional do Negro pela Constituinte. Essas mobilizações, agregando-se à atuação de constituintes negros, como Benedita da Silva (PT/RJ) e Carlos Alberto Caó (PDT/RJ), culminaram na conquista do direito expresso no art. 68, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, que reconheceu a propriedade das terras de quilombos às suas comunidades, e classificou seus testemunhos históricos como patrimônio nacional (art. 216, § 5).

Somando-se a isso, em 1975, surgiu o Centro Nacional de Referências Culturais (CNRC), reforçando a ideia de cidadania cultural pela defesa do patrimônio do saber-fazer, da valorização das culturas locais, da inserção na vida comunitária e da democratização no acesso e na participação nas políticas culturais. E uma reorientação do SPHAN, na chamada “fase moderna”²⁸, inicia-se com graduais reconhecimentos, como patrimônio oficial, daqueles, antes, “não patrimônios” de matriz indígena, afro-brasileira e popular. Paradigma dessa reorientação no SPHAN, aliás, foi o tombamento,

25 Denunciam o padrão autoritário, colonialista e hierárquico assumido na adulação ao reconhecimento patrimonial e memorial referente à atuação dos colonizadores europeus, ao preço da imposição do esquecimento ao que perpassava a vida da grande massa da população brasileira, vários estudiosos, tais como: DOMINGUES e FUNARI (2009), LIMA (2014), MARINS (2016), GURAN (2017), CAMPOS (2017), FERREIRA e SANTOS (2018).

26 2014.

27 2017.

28 FONSECA, 2017.

em 1986, do primeiro santuário não católico do Brasil, o Terreiro de Candomblé Casa Branca do Engenho Velho, em Salvador, o Ilê Axé Iyá Nassô Oká, considerado um dos mais antigos e uma referência a essa religião no país. Segundo o relato de Gilberto Velho²⁹, à época, um dos membros do Conselho do SPHAN e relator desse processo, houve uma votação apertada, com profundas divergências valorativas e conceituais entre os conselheiros e conduzida sob a pressão aguda entre, de um lado, um público católico, conservador e/ou racista, e, de outro, a mobilização social, intelectual, artística e religiosa em prol da cultura afro, em Salvador.

A partir desses fatos surgem novos critérios patrimoniais, como o da “Referência Cultural” – enquanto ligação intensa do bem com a vida do povo – e os valores a ela correspondentes de “herança, fruição e memória”, esses que começam a disputar espaço com os “critérios oficiais” de “monumentalidade, excepcionalidade e exemplaridade”³⁰, antes prioritários no SPHAN.

No projeto de renovação institucional proclamado a partir da Constituição Federal Brasileira de 1988 (CF/88) houve um impulso à tardia democratização substantiva do país, incluindo traços de democracia cultural. Na dimensão do patrimônio cultural, esse impulso se manifestava:

- (1) na ampliação, em sede Constitucional, ou seja, como política de Estado, do espectro de sentido do patrimônio, agora, cultural, fazendo-o alcançar quaisquer bens “portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira” (art. 216, CF/88), defendendo os legados de uma sociedade multicultural³¹, e alterando não só a anterior prioridade ao patrimônio artístico (mais técnico e especializado) como também o propósito de compor “UMA» Cultura Nacional Oficial;
- (2) no reconhecimento do Patrimônio Imaterial (Decreto n. 3551/00), e no seu foco nas iniciativas e inclusões das comunidades nos processos de identificação, valoração, gestão e fruição desse patrimônio, vivo em si; e ainda,

29 2006, p. 239.

30 SOARES, 2009, p. 125.

31 Apesar de nossa Carta Política vigente não propor um Estado Plurinacional, como o fez a Bolívia (na Constituição de 2009) e, também, o Equador (na Constituição de 2008) (GRIJALVA, 2009; ROJAS TUDELA, 2017), ela estrutura uma Nação (logo, não é Plurinacional) plural ou multicultural. E o seu art. 216, que versa sobre o patrimônio cultural, é um dos dispositivos onde essa razão pública se manifesta.

(3) pela visão de maior organicidade entre patrimônio e vida social, fortalecendo a conexão entre cultura, território e desenvolvimento local, e evocando uma gestão patrimonial compartilhada entre União, Estados, Municípios, Sociedade Civil e Comunidade.

O sistema do patrimônio no Brasil também se orienta, a partir desse novo regime constitucional, pelos princípios democráticos de descentralização estatal administrativa, quando define o dever de proteção do patrimônio cultural como competência comum entre União, Estados e Municípios (art. 23, III, da CF/88). A partir daí, cada uma dessas instâncias federativas começou a criar Instituições Patrimoniais próprias, aproximando as ações públicas com as necessidades do patrimônio local. Além disso, a criação de instituições como os Conselhos de Patrimônio ou de Cultura, em Estados e Municípios, passou a conclamar a sociedade civil a, também, discutir e decidir sobre o seu patrimônio cultural³².

Notamos, portanto, que um projeto de democracia patrimonial no Estado Brasileiro está, pelo menos, esboçado. Em termos dos alcances de seu impacto, porém, é preciso discutir como ele tem afetado os contornos dos dois principais instrumentos de proteção patrimonial do país – o Tombamento e o Registro dos Bens do Patrimônio Imaterial. E é isso o que discutiremos a seguir.

4. A delimitação dos enclaves patrimoniais nos instrumentos estatais de proteção

Criado em 1937 e principal instrumento de proteção do patrimônio material do Brasil, o Tombamento, segundo Miranda³³, é ato administrativo estatal que declara um bem como sendo de valor cultural e o regula segundo um regime jurídico privado, mas de interesse público. Após o devido processo legal no IPHAN, que pode ser provocado por qualquer cidadão, associação, governante ou por especialista técnico da instituição, o tombamento gera o registro do bem móvel ou imóvel em um dos quatro Livros do Tombo Nacionais (Livro do Tombo Arqueológico/Etnográfico/Paisagístico; Livro do Tombo Histórico; Livro do Tombo das Belas Artes; Livro do Tombo das Artes Aplicadas).

32 NASCIMENTO e SCIFONI, 2015.

33 2006, p. 109.

Diante dos problemas, acima citados, na seletividade entre o “patrimônio oficial” e o “não patrimônio”, no Brasil, a democracia nos tombamentos se manifestou na diversificação do rol dos bens tombados, em casos como:

os primeiros tombamentos de áreas remanescentes de quilombos (2002), em acordo com a proteção a esses testemunhos prevista na Constituição; o início do programa Legados da Imigração, que resultou no tombamento de diversos bens relacionados à imigração alemã, italiana, ucraniana e polonesa em Santa Catarina (2007); o tombamento da Casa de Chico Mendes, entendida como testemunho singular de um processo social relevante para o país (2008); a portaria de criação da chancela de Paisagem Cultural (2000); o primeiro tombamento relativo à cultura indígena, protegendo como patrimônio nacional os locais sagrados dos povos do Xingu (2010), e, por fim, os primeiros tombamentos relativos ao patrimônio naval (2010), protegendo quatro embarcações tradicionais e o acervo do Museu Nacional do Mar³⁴.

Para analisar a democracia nessa diversificação, dada a impossibilidade de percorrê-la toda, vamos nos deter na discussão sobre os tombamentos de bens do patrimônio religioso afro-brasileiro, que é um dos que tem os debates mais adiantados, até então. Ferreira e Santos³⁵, analisando esses bens, atestam que houve uma janela de oportunidades, com o desgaste dos regimes autoritários, a partir dos anos 1980, para as demandas de democratização e de combate à discriminação racial, no Brasil; e, nessa janela, atores sociais mobilizados (movimentos negros e associações de candomblé) e algumas agências públicas (como o próprio IPHAN e o CNRC) começaram a atuar pelo tombamento de bens representativos desses grupos, ensejando o paradigmático tombamento do Terreiro Casa Branca, em 1986 (acima citado), e os que o seguiram³⁶.

O reconhecimento social ao patrimônio cultural afro-brasileiro exigia, também, uma posição estatal condicionante desse consenso, o que, segundo

34 PORTA. 2012, p. 12.

35 2018, p. 82.

36 Segundo Santos (2019), uma desconfiança surge, pelo ritmo dessa abertura de que ela seja mais simbólica do que factual, já que, desde Casa Branca, o próximo terreiro só foi tombado pelo IPHAN, 14 anos depois. Atualmente, há 11(onze) terreiros tombados definitivamente pelo IPHAN, 9 deles só na Bahia.

Lima³⁷, foi induzido por Políticas de Estado e de Governo, tais como a criação de órgãos especiais – como a Secretaria Especial de Políticas de Promoção da Igualdade Racial (2003) e a Fundação Cultural Palmares (1988) – e a edição de Leis, como o Estatuto da Igualdade Racial (Lei nº 12.288/10) e a Lei 10.639/03, que incluiu a história da cultura africana e afro-brasileira no ensino básico.

Apesar dessas conquistas serem importantes, um processo mais amplo de reconhecimento dos enclaves culturais de origem afro-brasileira precisa ir mais longe. Ferreira e Santos³⁸, e também Marins³⁹, problematizam, nesse sentido, que, no caso dos tombamentos de locais religiosos afro-brasileiros, esses: 1) ainda têm se detido em terreiros de candomblé, em detrimento das demais religiões afro-brasileiras; 2) concentram-se muito em estados como a Bahia, quando existem terreiros espalhados por todo o país; 3) a burocracia exigida para tais reconhecimentos não é muito pertinente para este tipo de patrimônio, pois seus procedimentos são técnicos e os documentos exigidos, como os que provam a “viabilidade” do pedido (tais como o da personalidade jurídica dos requisitantes e o da regularização fundiária do território), não lhe são compatíveis, e por fim, 4) a proteção limita-se à inscrição, com pouca interatividade entre o órgão estatal e a comunidade de base do patrimônio.

Essas pendências parecem denotar uma certa etiquetagem dessa diversidade que ingressa no patrimônio oficial, ou, como denuncia Marins (2016), que os critérios da busca do “puro” de africanidade (no caso do puro “religioso” do candomblé), em detrimento de práticas culturais mais sincréticas (como a umbanda), e da “localização” do patrimônio como um “o típico” a certos locais⁴⁰, ainda insistem em permanecer. Ferreira e Santos⁴¹ interpretam isso como algo decorrente da ainda pouca porosidade das burocracias estatais de patrimônio aos movimentos culturais disseminados no país. A estrutura organizacional do IPHAN, ainda enxuta demais, e, assim,

37 2014.

38 2018.

39 2016.

40 Marins (2016, p. 24) reconhece que essa tendência de afirmar patrimônios típicos espacialmente também se manifesta nos tombamentos de bens da emigração, que é um patrimônio que tem sido etiquetado como próprio ao Sul do país, eclipsando o reconhecimento das emigrações no norte e nordeste do Brasil.

41 2018.

insuficiente para as exigências dessa diversidade cultural, também dificulta operar tal porosidade⁴².

A superação dessas pendências depende da mudança de lógica dentro da própria entidade de proteção. Guran⁴³ verifica, nesse sentido, um esforço do IPHAN para renovar-se e fazer frente a esses desafios, com ações como a criação do Grupo de Trabalho Interdepartamental e Interdisciplinar para estudos relativos aos Remanescentes de Quilombos, criado em 2011, do Grupo Interdepartamental para a Preservação do Patrimônio Cultural de Terreiros, e do avanço, nos Registros dos Bens do Patrimônio Imaterial, da proporção entre os bens de referência afro-brasileira (12), em relação ao total do bens registrados (40). Essa mudança de lógica levou o IPHAN a indicar, em 2014, a candidatura do Sítio Arqueológico Cais do Valongo, considerado o primeiro bem ligado à diáspora africana nas Américas, à lista do Patrimônio Mundial, indicação aprovada, por unanimidade, na 41ª Reunião do Comitê do Patrimônio Mundial da UNESCO, na Cracóvia (Polônia), em julho de 2017⁴⁴. O tensionamento dessa indicação se dá pelo Estado reconhecer o crime cometido contra essa parcela da humanidade, e sua possível ressonância na interpretação do patrimônio edificado colonial, antes ovacionado, mas profundamente enraizado nessa matriz social escravocrata.

O “não patrimônio” também se reproduzia na falta de um instrumento capaz de reconhecer o grande leque de bens culturais imateriais. Para a tutela desses bens, já que o tombamento só protegia os bens da elite empossada, e se antecipando à Convenção para a Salvaguarda do Patrimônio Cultural Imaterial (UNESCO, 2003), foi criado, no Brasil, em 2000, o instrumento do Registro dos Bens do Patrimônio Cultural Imaterial. Segundo Pelegrini⁴⁵, pelo Registro, e pelo Programa Nacional de Identificação e Referenciamento de Bens Culturais de Natureza Imaterial, ambos criados no Decreto 3.551/00, o Estado Brasileiro passou a reconhecer, documentar, socializar as informa-

42 Segundo dados da Controladora Geral da União (BRASIL, 2019) eram, no IPHAN, em 2019, 920 funcionários efetivos, sendo 332 cargos comissionados.

43 2017.

44 Segundo Guran (2017, p. 222), “pela sua excepcionalidade e valor simbólico, já reconhecido pelo projeto Rota do Escravo (UNESCO, 2013), o Cais do Valongo é considerado o mais contundente lugar de memória da diáspora africana fora de seu continente de origem, sendo testemunho material irretorquível do tráfico atlântico de africanos escravizados, hoje justamente considerado crime contra a humanidade”. Estuda-se que por tal cais, entre 1774 e 1831, podem ter passado até um milhão de africanos.

45 2008.

ções e apoiar a existência da referência cultural, assumindo o compromisso público com políticas de financiamento e apoio de ações voltadas a sua reprodução. O registro do bem do patrimônio imaterial se dá em algum dos quatro tipos de livros, esses que, em suas definições, já indiciam uma importante abertura conceitual ao patrimônio:

I – Livro de Registro de Saberes: Criado para receber os registros de bens imateriais que reúnem conhecimentos e modos de fazer enraizados no cotidiano das comunidades. Os Saberes são conhecimentos tradicionais associados a atividades desenvolvidas por atores sociais reconhecidos como grandes conhecedores de técnicas, ofícios e matérias-primas que identifiquem um grupo social ou uma localidade. Geralmente estão associados à produção de objetos e/ou prestação de serviços com sentidos práticos ou rituais;

II – Livro de Registro das celebrações: (...) Celebrações são ritos e festividades que marcam a vivência coletiva de um grupo social, sendo considerados importantes para a sua cultura, memória e identidade; acontecem em lugares ou territórios específicos e podem estar relacionadas à religião, à civilidade, aos ciclos do calendário etc. São ocasiões diferenciadas de sociabilidade, que envolvem práticas complexas e regras próprias para a distribuição de papéis, preparação e consumo de comidas e bebidas, produção de vestuário e indumentárias, entre outras. Folguedos marcam ritualmente a vivência do trabalho, da religiosidade e do entretenimento;

III – Livro de Registro das Formas de Expressão: (...) Trata-se da apreensão das performances culturais de grupos sociais, como manifestações literárias, musicais, plásticas, cênicas e lúdicas, que são por eles consideradas importantes para a sua cultura, memória e identidade.

IV – Livro de Registro dos Lugares: Nele são inscritos os mercados, feiras, santuários e praças onde se concentram e/ou se reproduzem práticas culturais coletivas. Os Lugares são aqueles que possuem sentido cultural diferenciado para a população local, onde são realizadas práticas e atividades de naturezas variadas, tanto cotidianas quanto excepcionais, tanto vernáculas quanto oficiais⁴⁶.

46 IPHAN. s.d (a).

Sobre os critérios da aferição do valor patrimonial nos processos de registro, esses também têm reforçado uma análise desde dentro da dimensão antropológica da cultura, não mais submetendo-a a algum padrão (universal ou nacional) externo de juízo. Informa Porta⁴⁷, que esses critérios têm sido “a relevância do bem para a memória, a identidade e a formação da sociedade brasileira, o que deve ser comprovado por sua continuidade histórica”, esta que significa a permanência das características dessas expressões, mesmo que sofram atualizações, e a ocorrência do processo de transmissão do bem há pelo menos três gerações. Além desses critérios, o condicionamento estatal por Programas como o Cultura Viva (com os Pontos de Cultura, Pontões de Cultura, Prêmio Cultura Viva etc.), hoje Política Nacional de Cultura Viva (Lei 13.018/14), demonstram uma postura de disparo pela demanda comunitária⁴⁸ e também cooperaram para uma democracia cultural no acesso aos recursos.

A gestão desses bens registrados ainda conclama suas comunidades produtoras a participar dos Planos de Salvaguarda dos Bens do Patrimônio Imaterial, estes que, segundo orientações do Termo de Referência do IPHAN⁴⁹, são um planejamento estratégico elaborado e executado em interlocução entre Estado, comunidade e prefeitura, decidindo sobre: condições de produção e reprodução cultural do bem; estratégias de mobilização e de conhecimento da comunidade sobre ele; a constituição de comitês e meios participativos para sua gestão; a promoção de sustentabilidade material e educacional da prática cultural; e o planejamento e a execução dos meios de sua difusão e valorização.

Apesar de que, segundo Marins⁵⁰, a institucionalização do patrimônio imaterial no Brasil, projetando um protagonismo social antes inimaginado nas ações protetivas do IPHAN, foi um dos fatos metodologicamente mais renovadores do conceito de patrimônio e da prática de sua proteção, repercutindo até mesmo nos tombamentos⁵¹, factualmente, esse protagonismo social ainda está longe de ser o ideal. Isso porque, continua o autor⁵², mesmo

47 2012, p. 53.

48 Lacerda (2010).

49 IPHAN. s.d. (b).

50 2016.

51 Ver, nesse sentido de protagonismo social nos tombamentos, os estudos de NASCIMENTO e SCIFONI, 2015; PORTA, 2012.

52 MARINS, 2016.

que a maioria dos processos de Registro de Bens do Patrimônio Imaterial tenham sido iniciados por representantes das coletividades originárias, várias dessas propostas foram estimuladas e apoiadas por técnicos do IPHAN e do Centro Nacional de Folclore e Cultura Popular, dada a própria complexidade dos dossiês justificativos exigidos para esse Registro; e isso sugere a persistência de um espírito, ainda, centralista do Estado, legitimado pela métrica do rigor técnico, tão pujante na fase heróica do IPHAN, e que se contrapõe ao “papel apenas declaratório”⁵³ do valor patrimonial que deveria assumir o Estado em uma lógica delimitativa de democracia cultural. Além disso, foram mais de 200 tombamentos (do patrimônio material) e apenas 40 registros (do patrimônio imaterial) realizados de 2000 até hoje, o que sinaliza que a atenção da entidade estatal continua maior na tutela daqueles “patrimônios oficiais” de costume.

Podemos entender, assim, que as alterações das lógicas conceituais, de critérios e processuais dos institutos públicos de proteção do patrimônio cultural brasileiro indicam uma democracia cultural, apesar de restarem algumas resiliências dos antigos padrões e processos oficiais centralistas. Esses indicativos são o enriquecimento e a diversificação do rol patrimonial, incluindo o patrimônio antes esquecido, o esforço das instituições pelo reconhecimento do protagonismo e do envolvimento das unidades sociais produtoras desse patrimônio e as tentativas de construção compartilhada dos Planos de Gestão desses bens (notadamente, dos bens imateriais).

Mas esses índices delimitativos dos enclaves patrimoniais não são suficientes para concretizar tal democracia. A função protetiva desses enclaves depende de uma posição estatal ativa de condicionamento de sua produção e reprodução, condicionamento, este, que inclua a articulação sistêmica das várias funções sociais a eles necessárias (e de suas respectivas instituições) e a redistribuição mais equitativa dos recursos sociais em seu apoio. Qual e como tem sido, então, essa posição de condicionamento estatal à vitalidade do patrimônio em seus espaços e comunidades de origem?

5. Tensões no condicionamento estatal à vitalidade social do patrimônio

Apesar do patrimônio cultural ser, dentre os direitos culturais, o que remonta ao passado e à memória, e que isso implica uma inserção muito peculiar dele

53 MENESES, 2012, *apud* MARINS, 2016, p. 17.

na dinâmica da vida comunitária, o seu manejo como “um ativo da memória e não como um passivo da nostalgia”⁵⁴ tem problematizado lógicas preservacionistas mais rígidas, como as das “cidades monumentos”⁵⁵, e os seus possíveis efeitos de “coisificação patrimonial”. A democracia patrimonial envolve um processo de humanização do patrimônio, pelo viés da cidadania cultural, e isso implica atentar para a vitalidade da memória que ele testemunha, a sustentabilidade do suporte onde ele se expressa e para os seus múltiplos usos primários (memoriais, pedagógicos, representativos e identitários) e secundários (econômicos, políticos, demarcatórios). Mas, tem o Estado brasileiro se posicionado para condicionar essa humanização patrimonial?

Dada a extensão do tema, aqui, vamos objetivar a análise dessa posição estatal sobre as Políticas para centros históricos tombados. Nessas, a crítica à preservação de “cidades monumentos” – crítica muito suscitada em algumas Cartas Patrimoniais (Carta de Veneza, 1964; Normas de Quito, 1967) e acentuada com a associação entre o Patrimônio e a sua vocação turística – foi assumida, no Brasil, a partir dos Planos Governamentais de Desenvolvimento da década de 1970. Em 1971, mencionam Friedman, Araújo e Daibert⁵⁶, no II Encontro de Governadores sobre a Defesa do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (Compromisso de Salvador), a questão se ampliou para além do mero desenvolvimento econômico pelo turismo, incluindo o tema do Planejamento Territorial Urbano e seu impacto na qualidade de vida na cidade.

No ano de 1999, é lançado o Programa Monumenta – Programa de Preservação do Patrimônio Histórico Urbano. Bonduki⁵⁷ esclarece que o programa realizava intervenções estratégicas nos núcleos históricos urbanos tombados no intento de qualificá-los como espaços públicos e gerar impactos (econômicos, urbanos, sociais e culturais) que garantissem a sustentabilidade

54 CONVENIO ANDRÉS BELLO, 1999 *apud* TELLO, 2010, p. 116.

55 Segundo Sant’Ana (2017, p. 141), no Brasil, a ideia de “cidades monumentos” está relacionada aos primeiros tombamentos de cidades históricas como Ouro Preto, Mariana, Diamantina, Tiradentes, São João del-Rei e Serro, nas décadas iniciais do SPHAN. Eram consideradas como obras unitárias e idealizadas que, por isso, só manteriam a sua função de testemunho da formação histórica, artística e cultural brasileira se o seu manejo fosse fiel à sua integridade e autenticidade, implicando usos restritos e o mínimo de adaptações. Apesar de que o uso corrente dessa noção “tenha sido abandonado nos documentos do Iphan já nos anos 1950, a noção de cidade-monumento permaneceu vigente, ainda que de modo não exclusivo, na prática de preservação até hoje em dia”.

56 2019.

57 2010.

da preservação, a qualidade de vida dos moradores e usuários do patrimônio e o desenvolvimento destas cidades. O Monumenta envolveu projetos em 26 cidades brasileiras e uma forte interação com os municípios, por meio de Unidades de Execução do Programa (UEP), mas o foco era o mercado do turismo⁵⁸.

Esse tipo de Programa, com impactos de intervenção urbana, foi condicionado pela promulgação do Estatuto da Cidade (Lei no 10.257/01), que, segundo Maricato⁵⁹, foi uma conquista de décadas de luta de movimentos populares, entidades profissionais, sindicais e acadêmicas, pesquisadores, ONGs, parlamentares e prefeitos, para reunir em uma lei, com um enfoque holístico, aspectos relativos ao governo democrático da cidade, à justiça urbana e ao equilíbrio ambiental, orquestrando os negócios urbanos e o direito à moradia e combatendo a segregação territorial e a cidade desumana, desigual e ambientalmente predatória. E, a partir 2003, por influência do Estatuto da Cidade, o Monumenta, sem parar o financiamento de projetos de conservação privados, passa a induzir uma inserção mais global do Patrimônio Cultural nos Planos Diretores das cidades, como ocorreu em Ouro Preto (MG) (Lei Complementar 29/06), Rio de Janeiro (RJ) [Lei Complementar (LC) n. 111/11], Pelotas (RS) (Lei n. 5.502/08), Belém (PA) (Lei n. 8.655/08), Porto Alegre (RS) (alteração da LC 434/99) e São Paulo (SP) (nos Planos Regionais Estratégicos).

Segundo Bonduki⁶⁰, desde o princípio, houve uma clara tensão conceitual sobre o sentido de sustentabilidade no Monumenta, oscilando entre uma visão neoliberal, de reforço das atividades econômicas de exploração turística, e uma visão voltada à vitalidade das práticas e usos tradicionais. O autor indica que, na maioria dos casos das intervenções, o programa conseguiu oferecer algum benefício para seus moradores e usuários tradicionais (no mínimo, o acesso a financiamentos subsidiados), mas envolveu, também: 1) a lógica da viabilidade do “negócio da conservação”; 2) uma

58 “O Monumenta é implementado nas cidades a partir da assinatura de convênios firmados entre o Ministério da Cultura, prefeituras e/ou estados, mediante o qual se estabelecem as atribuições de cada uma das partes, os valores a serem repassados e os prazos de execução das obras. Para acompanhar e conduzir as ações do Programa, são formadas equipes compostas por técnicos do município ou do estado em conjunto com o Iphan. As equipes compõem a Unidade Executora de Projeto (UEP) que recebe orientações da Unidade Central de Gerenciamento, com sede no Ministério da Cultura” (MINISTÉRIO DA CULTURA, s.d.).

59 2010.

60 2010.

espetacularização patrimonial para inserir os espaços nos roteiros de entretenimento e de consumo do turismo, moldando-os às exigências da “indústria cultural”; e 3) processos de gentrificação das comunidades originárias que não se acomodassem aos dois aspectos anteriores.

Na sequência ao Monumenta, surgiu o Programa de Aceleração do Crescimento/ PAC – Cidades Históricas (2009-2016), que, segundo Friedman, Araújo e Daibert⁶¹, foi o maior programa de investimento que o país já teve neste âmbito”. Nele, o Estado mantém a lógica de transversalidade pública, mas retoma a ênfase em seu papel planejador, apostando em investimentos em grandes obras de infraestrutura social urbana a fim de contribuir para o “desenvolvimento acelerado e sustentável”, na visão de um “Sistema Nacional de Patrimônio Cultural”. O Programa foi marcado pelos princípios de planejamento e reabilitação urbanos, gestão participativa, estímulo econômico em cadeias produtivas locais, cidadania cultural e educação patrimonial. Nos Planos de Ação para Cidades Históricas – um planejamento estruturante de ações estatais, elaborados por Estados, Municípios, IPHAN, sob financiamento federal e de agências multilaterais, e definindo a “área urbana de interesse patrimonial” a ser preservada – esses princípios se manifestavam nos objetivos de:

1. construir diagnósticos globais das cidades, envolvendo não apenas a situação de seu patrimônio, mas também questões urbanísticas, sociais e econômicas que permitam compreender os fatores que geraram a degradação de seus centros históricos e definir a estratégia para enfrentá-los;
2. estabelecer um planejamento estratégico das intervenções a realizar para aumentar seu impacto na qualificação da cidade e otimizar os investimentos;
3. trabalhar a partir da adesão e do comprometimento das cidades com a nova política de preservação, ao invés de realizar uma seleção prévia;
4. articular gestores e políticas públicas de diferentes áreas dos três níveis de governo que atuam nas cidades;
5. constituir instâncias de participação social;
6. associar os instrumentos de preservação aos novos instrumentos de gestão e de desenvolvimento urbano, criados a partir do Estatuto das Cidades ou presentes nos planos diretores das cidades;

61 2019, p. 634.

7. garantir a presença de funções diversificadas nos centros históricos, recuperando seu papel referencial para as cidades;
8. garantir a permanência da população já residente e das atividades tradicionais presentes nas áreas a serem requalificadas⁶².

A evocação protagonista, participativa e ativa dos municípios e das comunidades é um indicativo que sinaliza uma democracia patrimonial desses programas, já que, segundo Paiva⁶³, na nova lógica de intervenção urbana e de preservação consolidada pela Constituição Federal de 1988 e pelo Estatuto da Cidade, o foco nos municípios, e em seus mapeamentos de problemas locais e de soluções adequadas, é não só a saída mais democrática, como também a mais eficaz; apesar disso, nem sempre essa integração IPHAN-Estado-Municípios-Comunidades tem sido plenamente satisfatória em termos de equilíbrio participativo nas ações de planejamento e de execução da preservação.

Além disso, a tensão entre as noções de sustentabilidade – comunitária ou mercadológica – desses Programas, tensão que pende mais para o mercado (turismo), principalmente no caso dos projetos do PAC, ainda denotam que a posição de Estado como Produtor e Negociador da cultura está presente e que, nesses casos, a posição de Estado Delimitador e Condicionador dos enclaves culturais, por ser mais aberta a múltiplas finalidades econômicas, intimida-se, ainda que essa última posição seja programática em ambos os Programas.

Por fim, sobre o tipo de apoio estatal, podemos verificar que ambos os programas envolvem positivas estratégias “do ponto de vista da demanda” (ainda que a partir de Estados e Municípios, e não dos grupos), apesar de serem também enlaçadas, por exigirem transversalidade de ações, em estratégias do “ponto de vista do aparato governamental global”⁶⁴.

6. Conclusões

Essas análises da democracia do patrimônio cultural focaram duas funções estatais que, a nosso ver, qualificam tal democracia: a função delimitativa dos enclaves patrimoniais e a função condicionante da vitalidade social com o patrimônio.

62 PORTA, 2012, p. 68.

63 2017.

64 2019, p, 634.

A função delimitativa, que tematiza a relação perceptiva e convivial entre o Estado e as bases antropológicas do patrimônio, manifesta-se em indicativos como: 1) a abertura do reconhecimento e da delimitação dos diferentes enclaves patrimoniais; 2) o esforço estatal pela formação de públicos plurais; 3) o condicionamento da vitalidade comunitária com o patrimônio; 4) a cidadania cultural. E tais indicativos puderam ser constatados, se não de forma completa, pelo menos em termos programáticos, nas novas lógicas conceituais dos mais importantes instrumentos e políticas sobre o patrimônio no Brasil. Quando tal projeto se realiza na ação institucional concreta, porém, apareceram algumas resiliências estatais aos antigos padrões centralistas e não democráticos. Mas, pode-se dizer que, na função delimitativa, essas resiliências estão, sim, sendo progressivamente vencidas.

A função condicionante do Estado, por sua vez, manifesta-se em ações e políticas concretas para promover: a vitalidade da memória que o patrimônio testemunha; a sustentabilidade do suporte onde ele se expressa e; os seus múltiplos usos primários e secundários. Aqui, mesmo que também hajam sinais programáticos de uma lógica democrática, as resiliências de velhas formas de operação cultural ficaram mais demarcadas, principalmente na feição centralizadora do Estado planejador e na ênfase, entre os vários usos econômicos possíveis, na economia pelo mercado do turismo.

Essas resiliências e falhas, porém, não invalidam o projeto programático de democracia cultural do patrimônio em curso, e nem devem sugerir o aborto desse projeto. Ao contrário, a luta democrática é por superar as barreiras dessas resiliências, tornando-se tal democracia uma “razão pública” de tal envergadura, que se possa reconhecer, cada vez mais, o patrimônio como um importante fato antropológico, tal como o idealiza Tornatore.

Referências

- BONDUKI, Nabil. Intervenções urbanas na recuperação de centros históricos. Brasília: IPHAN/Programa Monumenta, 2010.
- CALABRE, Lia. Políticas Culturais no Brasil: balanço e perspectivas. *Anais do III ENECULT – Encontro de Estudos Multidisciplinares em Cultura*, 23 a 25 de maio de 2007, UFBA, Salvador-Bahia-Brasil.
- CHUVA, Márcia. Por uma história da noção de patrimônio cultural no Brasil. *Revista do Patrimônio*, v. 34. pp. 143-165, jan. 2012.

- CHAUI, Marilena. Cultura e democracia. En: *Crítica y emancipación*: Revista latinoamericana de Ciencias Sociales. V. 1, no. 1, 2008. Disponível em: <http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/ar/libros/secret/CyE/cye3S2a.pdf>. em 02/05/20.
- DOMINGUEZ, Lourdes; FUNARI, Pedro Paulo. O patrimônio em Cuba e no Brasil. In: FUNARI, Pedro Paulo; PELEGRINI, Sandra; RAMBELLI, Gilson. *Patrimônio cultural e ambiental: questões legais e conceituais*. São Paulo: Annablume-FAPESP, 2009, pp. 31-47.
- ESPINHEIRA, Gey. El patrimonio como domesticación de la cultura. Comentarios al dossier de ICONOS 20. *Iconos: Revista Ciencias Sociales*, Quito, n. 21, p. 69-77, 2005.
- FERREIRA, Maria Inês C.; SANTOS, Walkyria C. da Silva. Deixa a gira girar: proteção e preservação do patrimônio cultural das religiões afro-brasileiras. *Revista de Políticas Públicas*, v. 22, n. 1, p. 63-86, jan./jun. 2018. <http://dx.doi.org/10.18764/2178-2865.v22n1p63-86>
- FONSECA, Maria Cecília L. *O patrimônio em processo: trajetória da política federal de preservação no Brasil*. Rio de Janeiro (RJ): Edit da UFRJ, 2017.
- _____. Para além da pedra e cal: por uma concepção ampla de patrimônio cultural. In: CHAGAS, Mário ; ABREU, Regina (Orgs). *Memória e Patrimônio: ensaios contemporâneos*. Rio de Janeiro: Lamparina editora, 2009.
- GONÇALVES, José Reginaldo Santos. *A retórica da perda*. Os discursos do patrimônio cultural no Brasil. Rio de Janeiro: Editora da UFRJ/Iphan, 1996.
- GRIJALVA, Agostin. 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, pp. 113- 134.
- GUERREIRO RAMOS, Alberto. *A nova ciência das organizações*. Uma reconceitualização da riqueza das nações. Trad Mary Cardoso. Rio de Janeiro: Editora da FGV, 1981.
- _____. Modernization: towards a possibility model. In: BELING, Willard A.; TOTTEN, George O. *Developing nations: quest for a model*. New York: Van Nostrand Reinhold Company, 1970. p. 21-59.
- GURAN, Milton. Sobre o longo percurso da matriz africana pelo seu reconhecimento patrimonial como uma condição para a plena cidadania. *Revista do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional*, nº 35, p. 213-226, 2017.
- INSTITUTO DO PATRIMÔNIO HISTÓRICO E ARTÍSTICO NACIONAL (IPHAN). *Termo de Referência para a Salvaguarda de bens Registrados como Patrimônio Cultural do Brasil*. Brasília. s.d (b).

- _____. *Livros de Registro*. Brasília. s.d. (a). Disponível em <http://portal.iphan.gov.br/pagina/detalhes/122> Acesso em 02/05/20.
- LACERDA, Alice Pires. Democratização da cultura x democracia cultural: os pontos de cultura enquanto política cultural de formação de público. In *Anais do seminário internacional. Políticas culturais: teoria e práxis*. RJ: Fundação Casa de Rui Barbosa, 2010.
- LIMA, Alessandra R. Reconhecimento do Patrimônio Cultural Afro-brasileiro. *Revista Palmares: cultura afro-brasileira*, ano X, edição 08, p. 6-15, nov. 2014.
- LOPES, João Teixeira. Da democratização da cultura a um conceito e prática alternativos de democracia cultural. *Saber & Educar*. n. 14, 2009, pp. 1-13.
- MARICATO, Erminia. O estatuto da cidade periférica. In. CARVALHO, Celso Santos; ROSSBACH, Ana Claudia (org.). *O Estatuto da Cidade comentado*. São Paulo: Ministério das Cidades e Aliança das Cidades, 2010.
- MARINS, Paulo C. G. Novos patrimônios, um novo Brasil? Um balanço das políticas patrimoniais federais após a década de 1980. *Revista Estudos Históricos*, Rio de Janeiro, v. 29, n. 57, p. 9-28, abr. 2016. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/reh/article/view/59122/59342>. Acesso em 14/01/19.
- MINISTÉRIO DA CULTURA. *Brasil: Acesso à informação. As três dimensões da cultura*. 2009. Brasília. Disponível http://juventude.gov.br/articles/participatorio/0005/7338/okAs_tr_s_Dimens_es_da_Cultura.pdfem 13/02/12.
- _____. *Monumenta*. s.d. Brasília. Disponível em http://www.monumenta.gov.br/site/?page_id=164. Acesso 09/08/2012.
- MIRANDA, Marcos Paulo S. *Tutela do Patrimônio Cultural Brasileiro*. Belo Horizonte. Editora Del Rey. 2006.
- NASCIMENTO, Flávia Brito do; SCIFONI, Simone. Preservación del patrimonio cultural y participación social: las experiencias en Iguape y Registro (San Pablo, Brasil). *Revista America Patrimonio*, São Paulo, n. 7, 2015. Disponível em: http://www.revistaamericapatrimonio.org/numero_atual.html . 02/08/2020.
- PAIVA, Marcelo Cardoso de. Políticas municipais de preservação: perspectivas de participação social na proteção do patrimônio cultural. *Revista Memorare*, [S.l.], v. 4, n. 1, p. 93-119, jun. 2017. ISSN 2358-0593. Disponível em: <http://www.portaldeperiodicos.unisul.br/index.php/>

- memorare_grupep/article/view/5014/3119 Acesso em: 12 set. 2020. doi:<http://dx.doi.org/10.19177/memorare.v4e1201793-119>.
- PELEGRINI, Sandra C. A. A gestão do patrimônio imaterial brasileiro na contemporaneidade. *Revista História*. São Paulo. v. 27. n. 2. 2008. Disponível em <https://doi.org/10.1590/s0101-90742008000200008> Acess. em 02/05/20.
- PORTA, Paula. *Política de Preservação do Patrimônio Cultural no Brasil*. Diretrizes, linhas de ação e resultados (2000-2010). Brasília. Ed. MEC/IPHAN. 2012.
- QUIJANO. Aníbal. Dominación y cultura. (notas sobre el problema de la participación cultural). In. _____. *Cuestiones y horizontes: de la dependencia histórico-estructural a la colonialidad/descolonialidad del poder*. Buenos Aires: CLACSO, 2014, pp. 667-690. Disp. em <http://biblioteca.clacso.edu.ar/clacso/se/20140506061427/eje3-1.pdf> Acesso em 02/05/20.
- CANELAS RUBIM, Antonio Albino. Políticas culturais no Brasil: tristes tradições. *Galáxia*. 2007, (13), 101-113. Disponível em <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=399641239008>
- ROJAS TUDELA, Farit L. Dimensiones de lo Plurinacional. *Rev. Direito Práx.*, Rio de Janeiro, v. n. 4, p. 2989-3003, Dec. 2017.
- SANT'ANA, Márcia. A cidade-patrimônio no Brasil: lições do passado e desafios contemporâneos. *Revista do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional*. n. 35. 2017. pp. 139-154. Disponível em http://portal.iphan.gov.br/uploads/publicacao/revpat_35.pdf , Acesso em 02/05/20.
- SANTOS, Walkyria C. da S. Patrimônio cultural dos espaços religiosos afro-brasileiros: patrimônio subalterno?. *RELACult - Revista Latino-Americana de Estudos em Cultura e Sociedade*, [S.l.], v. 5, maio 2019. Disponível em: <http://periodicos.claec.org/index.php/relacult/article/view/1433/938>. em 02/05/20.
- SOARES. Inês Virginia P. *Direito ao (do) Patrimônio Cultural Brasileiro*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009.
- TORNATORE, Jean-Louis. Patrimônio, memória, tradição, etc: discussão de algumas situações francesas de relação com o passado. *Revista Memória em Rede*. 2010. v.1, n. 1. Disp. em <https://periodicos.ufpel.edu.br/ojs2/index.php/Memoria/article/view/9562/6411>
- _____. Patrimoine vivant et contributions citoyennes. Penser le patrimoine “devant” l’Anthropocène. *Situ [En ligne]*, 2017. v. 1. n. 33. Disponível em <https://journals.openedition.org/insitu/15606> Acesso em 02/05/20.

- _____. Patrimoines et citoyenneté. Considérations actuelles. In. BOTEÁ, Bianca; POPESCU D. Dana. (org.). *Citoyenneté et diversité: lieux, pratiques et discours actuels*. Lyon. Presses Universitaires de Lyon, pp. 1-10, março 2018.
- VELHO, Gilberto. Patrimônio, negociação e conflito. *Mana*, Rio de Janeiro, v. 12, n.1, p. 237-248, abril/2006. Disponível em <http://dx.doi.org/10.1590/S0104-93132006000100009>
- TELLO, Andrés. Notas sobre las políticas del patrimonio cultural. *Cuadernos Interculturales*, Chile, vol. 8, nº 15, p. 115-131, jul./dez. 2010.

Recebido em 20 de abril de 2020.

Aprovado em 15 de agosto de 2020.

RESUMO: Essa investigação analisou os principais instrumentos e políticas estatais de proteção do patrimônio cultural no Brasil. A pesquisa questionou se as alterações realizadas nesses instrumentos e políticas, nas últimas décadas, cooperaram para um processo de democracia cultural no país. Em função da amplitude do tema, essa democracia foi verificada nas seguintes categorias indicativas: ações estatais para delimitar e reconhecer os mais diversos enclaves patrimoniais; e ações estatais para condicionar a vitalidade e a reprodução da vida comunitária com esse patrimônio. Para inferir essa democracia cultural, foi realizada uma revisão crítica da literatura e sobre a legislação sobre o tombamento, o registro do patrimônio imaterial e sobre as políticas culturais e de investimento estatal federal no patrimônio. Como resultados, verificou-se que as transformações nesses instrumentos e políticas estão alicerçadas em uma base legal e política programática de democracia cultural. Mas, são pontuados, ainda, alguns entraves e resiliências institucionais em consolidar essa democracia no ritmo e na dimensão que ela exigiria no Brasil.

Palavras-chave: democracia cultural do patrimônio, Teoria da Delimitação dos Sistema Sociais, instituições patrimoniais estatais, enclaves patrimoniais, vitalidade social do patrimônio.

ABSTRACT: This investigation analyzed the main state instruments and policies for the protection of cultural heritage in Brazil. The research questioned whether the changes made in these instruments and policies in recent decades have cooperated with a process of cultural democracy in the country. Because of the breadth of the theme, this democracy was verified in the following qualitative indicators: state actions to delimit and recognize the most diverse heritage enclaves; and state actions to condition the vitality and reproduction of community life with this heritage. To infer this cultural democracy, a critical review was carried out of the literature and of the laws about cultural policies and federal state investment in cultural heritage. As a result, it was found that the transformations in these instruments and policies are based on a programmatic legal and political basis of cultural democracy. However, some institutional obstacles and resiliences to consolidate this democracy in the rhythm and dimension that it would demand in Brazil are also pointed out.

Keywords: cultural heritage democracy, state heritage institutions, Theory of the Delimitation of Social Systems, heritage enclaves, social vitality of the heritage.

Sugestão de citação: ALBERNAZ, Renata Ovenhausen. Democracia e sistema de proteção do patrimônio cultural no Brasil. *Revista Direito, Estado e Sociedade*, Edição n. 62/2023. DOI: <https://doi.org/10.17808/des.0.1438>.

No rastro do “indiferente jurídico”: ensaio de antropologia do direito a propósito de um movimento grevista de professores

On the track of the “juridical indifferent”: legal anthropology essay concerning a striking professor movement

Ricardo Prestes Pazello*

Universidade Federal do Paraná, Curitiba – PR, Brasil

Questão do “homem coletivo” ou do “conformismo social”. Tarefa educativa e formativa do Estado, cujo fim é sempre o de criar novos e mais elevados tipos de civilização, de adequar a “civilização” e a moralidade das mais amplas massas populares às necessidades do contínuo desenvolvimento do aparelho econômico de produção e, portanto, de elaborar também fisicamente tipos novos de humanidade. Mas como cada indivíduo singular conseguirá incorporar-se no homem coletivo e como ocorrerá a pressão educativa sobre cada um para obter seu consenso e sua colaboração, transformando em “liberdade” a necessidade e a coerção? Questão do “direito”, cujo conceito deverá ser ampliado, nele incluindo aquelas atividades que hoje são compreendidas na fórmula “indiferente jurídico” e que são do domínio da sociedade civil, que

* Professor do Curso de Direito e do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná (UFPR). Doutor em Direito das Relações Sociais pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná (PPGD/UFPR). Mestre em Filosofia e Teoria do Direito pelo Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina (CPGD/UFSC). Bacharel em Direito pela UFPR. Pesquisador do Núcleo de Direito Cooperativo e Cidadania (NDCC/UFPR), do Núcleo de Estudos Filosóficos (NEFIL/UFPR) e do grupo de pesquisa Direito, Sociedade e Cultura (FDV/ES). Pesquisador e conselheiro do Instituto de Pesquisa, Direitos e Movimentos Sociais (IPDMS), do qual já foi Secretário Geral (2012-2016). Coordenador-geral do Centro de Formação Milton Santos-Lorenzo Milani (Santos-Milani). Membro do Conselho de Representantes da Associação dos Professores da Universidade Federal do Paraná-Seção Sindical do ANDES-SN (CRAPUFPR), do qual já foi Presidente (2015-2017), tendo sido também Diretor Jurídico da APUFPR-SSind (2013-2015). Coordenador do projeto de extensão popular Movimento de Assessoria Jurídica Universitária Popular - MAJUP Isabel da Silva, junto à UFPR. E-mail: ricardo2p@yahoo.com.br.

atua sem “sanções” e sem “obrigações” taxativas, mas que nem por isso deixa de exercer uma pressão coletiva e de obter resultados objetivos de elaboração nos costumes, nos modos de pensar e de atuar, na moralidade, etc¹.

1. Introdução

O desafio da contemporânea antropologia do direito (ou antropologia jurídica, aqui ambas tomadas como sinônimas) é tornar familiar o direito e exótica a antropologia para os antropólogos ao mesmo tempo em que para os juristas é a antropologia que deve ser palatável, estranhando-se o direito. Não se trata este desafio de um cânone óbvio nem um mantra de ressentimento. Ao contrário, é uma necessidade de dois campos produtores de conhecimento que, em intensidades próprias, sintetizam o mundo, renovando-o continuamente, mesmo que – e muitas vezes – a contragosto.

O presente texto surge como uma reflexão rumo a este desafio. A partir de um intento de contribuição para o campo antropológico-jurídico, seara ainda distante para os pesquisadores de dentro do campo do direito, pretendo esboçar um possível diálogo interdisciplinar. A análise que buscarei desenhar se refere à explicitação da categoria de “indiferente jurídico” a partir de um caso referente a um movimento de greve dos professores das instituições federais de ensino, em especial dos docentes das universidades federais, do ano de 2012. Para estabelecer tal investigação sobre os rastros do indiferente jurídico, trarei à baila, como seu pressuposto, a demarcação do entendimento do direito para além de suas petrificações em torno do que é normativo. O terreno jurídico delimitado implicará, por sua vez, observar as encruzilhadas, bifurcações e ambiguidades em que o fenômeno aporta, fazendo uso do contraste com a noção de cultura. Isto considerado – sua demarcação e suas bifurcações – fará sentido capturar o indiferente jurídico a propósito de um caso concreto: o da já referida greve.

A escolha por essa exemplificação tem por fito permitir uma aproximação, ao nível da empiria, à categoria do indiferente jurídico, ainda que em muito apresentada às avessas. Parece-me interessante, distanciado no tempo já alguns anos, resgatar tal ordem de formulação a fim de – ainda que extravasando os objetivos mais palpáveis deste texto – fazer comparecer essa

1 GRAMSCI, 2007, pp. 23-24.

perspectiva interpretativa para contrastá-la com o tempo presente, premido por outras pautas de indiferenças jurídicas, notadamente aquelas que dialogam com o conservadorismo aberto e o autoritarismo protofascistizante. Minha inserção neste evento, como professor membro do Comando Local de Greve (CLG) dos docentes de uma universidade federal, oportunizou a leitura do caso, ainda que esta mesma posição já dê o tom dos limites e possibilidades da presente análise. Afora isso, o tempo transcorrido admite também alguns distanciamentos práticos que tornam oportuno, a meu juízo, a exposição desta reflexão (dentre os quais, o fato de não haver mais riscos, segundo minha avaliação, de consequências políticas a um professor em estágio probatório que pleiteava progressão de regime de trabalho, além de ser estudante do doutorado da mesma instituição em que trabalhava – e trabalho até hoje –, como era a minha situação à época). Importante também frisar que a aproximação ao caso concreto privilegiará a interpretação de documentos escritos², com especial ênfase às propostas do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (MPOG), as respectivas análises e comunicados do Comando Nacional de Greve (CNG) e o acordo assinado pelo governo federal com uma parcela da categoria. Mesmo assim, outras formas de colheita de dados e fontes foram possíveis, notadamente derivadas de uma observação participante. Como a impossibilidade de acompanhar o desenrolar do processo paredista em nível nacional, que ocorreu na capital federal, e a sugestão de desenvolver uma observação participante se apresentaram com maior força, situando-me entre o direito e a antropologia, a metodologia proposta cedeu a uma reflexão teórica, que denomino aqui de antropológico-jurídica, sobre o significado do direito, suas ambiguidades e a agenda de estudos em torno do indiferente jurídico – a fim de apresentar o encontro entre antropologia e direito do ponto de vista do diálogo de dois campos de estudo distintos, para depois chegar a problemáticas que os reúnem. É o que apresento a partir de agora.

2. Demarcando o terreno jurídico: a clausura do normativismo e o conceito ampliado de direito

2 Apesar de não se tratar propriamente de uma “reflexão etnográfica sobre textos” (LIMA, 2009, p. 13), esta foi sua inspiração inicial, a qual, no entanto, requereu uma discussão teórica prévia em face do que a análise etnográfica propriamente dita não pôde completar-se.

Direito e antropologia, sob o reinado da ciência, se deparam com o problema da definição normativa do jurídico e este é o pivô que os faz avançar. É certo que a história do “direito” remonta, na tradição ocidental, ao legado romano e este, sem dúvida, não se centra no normativismo para explicar o fenômeno que conhecemos como direito. É bastante comum entre os tradicionais teóricos do direito tachar este passado de jusnaturalista: jusnaturalismo cosmocêntrico, teocêntrico ou antropocêntrico, conforme o momento “evolutivo” do ocidente. Também é certo que a antropologia tem uma história mais recente, justamente porque surge como ciência, e as ciências são um fenômeno “moderno” – o que não impediu que muitos antropólogos encontrassem suas raízes na Grécia de Heródoto ou nas viagens de Marco Polo.

Quando se encontram, porém, as “disciplinas” durante o século XIX e na passagem deste para o XX, a definição de direito como norma estava consolidada e, logo, vieram as necessárias polêmicas para ratificá-la. A norma jurídica deveria se contrapor à justiça metafísica que predominava nas explicações acerca do direito por seus especialistas. Na verdade, um longo debate nas ciências jurídicas foi produzido, e ao mesmo tempo produziu o século XX do estado democrático de “direito”.

No âmbito da antropologia como campo produtor de conhecimento por pesquisadores especializados, o direito passaria a ser visto no século XIX como instância explicativa da evolução das sociedades ou emblema da solidariedade social. Se Maine considerava as passagens do *status* ao contrato e da família ao indivíduo como movimentos uniformes das sociedades antigas e como sinal de seu desenvolvimento³; e se Morgan operava uma analítica entre períodos étnicos, regras de propriedade e formas de transmissão para caracterizar uma sociedade, concluindo pela uniformidade da experiência humana por etapas⁴; já Durkheim procurava encontrar o que determinava o elo social, construindo, para tanto, a noção de solidariedade social compreendida como fenômeno moral. E assim floresce a preocupação sociológica e antropológica em torno do direito. É o mesmo Durkheim quem diz: “a vida social, onde quer que exista de maneira duradoura, tende inevitavelmente a tomar uma forma definida e a se organizar, e o direito nada mais é que essa mesma organização no que ela tem de mais estável e

3 Ver o capítulo V de MAINE, 2005, pp. 67-100.

4 Ver a quarta parte de MORGAN, 1974, pp. 279-310.

de mais preciso”⁵. Ou seja, é necessário ao investigador social encontrar o símbolo palpável e não subjetivo que permita compreender o fenômeno moral, intangível e não objetivo por definição, da solidariedade social: “esse símbolo visível é o direito”⁶.

Mas o que a história de uma ciência pode ter a ver com uma greve de professores universitários, mote o qual proponho debater aqui? Esta reflexão inicial é importante para desobscurecer a petrificação do direito como normas ou decisões de intérpretes autorizados. E isto pelo seguinte motivo: o direito, antes de mais nada, é configurado por relações sociais e é nesta medida que vale o alerta para a ampliação de seu conceito.

No caso concreto que tenho por interesse trazer à tona, o da greve dos professores das instituições federais de ensino, iniciada em 17 de maio de 2012, e que durou mais de três meses, o que se pode observar, em uma primeira impressão, é a escassez de normas jurídicas e a abundância de ações sem regulamentação própria que denotam os outros âmbitos normativos de uma sociedade, que não os jurídicos. No entanto, contentar-se com esta primeira impressão é concordar com a perspectiva normativista para o direito e deixar de perceber que o direito se conforma a partir de outros aspectos.

O que disse até agora pode ser ligado à epígrafe escolhida por mim para este trabalho. De um lado, a necessidade de “ampliar” o conceito de direito, ao passo que esta ampliação se apoia na ideia do “indiferente jurídico”, tal como a expõe a esfinge gramsciana. No movimento grevista de 2012, o direito pode ser encontrado na insubmissão dos docentes e nas relações que desenvolvem a partir desta insubordinação: paralisam aulas que são obrigados por lei a ministrar, assim como todas as demais atividades próprias aos professores universitários (pesquisa, extensão, administração); organizam-se em comandos de greve, em níveis locais e nacional; realizam manifestações públicas por meio de passeatas, vigílias e concentrações em espaços urbanos; e produzem intensamente formas de comunicação com os demais atores envolvidos neste processo (como o próprio governo federal e os ministérios responsáveis; os demais professores, inseridos ou não na greve; a comunidade acadêmica como um todo, incluindo estudantes e servidores técnico-administrativos; a categoria dos servidores públicos federais; sindicatos e centrais sindicais, assim como partidos políticos,

5 DURKHEIM, 2008, pp. 31-32.

6 DURKHEIM, 2008, p. 31.

eleitorais ou não; a imprensa e os meios de comunicação de massa, em geral; o judiciário, o legislativo, os governos estaduais e municipais; e toda a sociedade civil alcançável).

A organização da greve, capitaneada por um sindicato nacional, se organizou via um Comando Nacional de Greve (CNG), concentrado em Brasília desde a sua deflagração, reunindo representantes de todas as seções sindicais que aderiram ao movimento. Em média, reuniram-se pouco mais de 40 docentes que se revezaram semanal ou quinzenalmente para dar conta das tarefas que o movimento exige. Noventa dias depois de iniciada a greve, período ao qual este artigo se adstringe, o CNG produziu mais de 50 documentos, entre comunicados, comunicados especiais, informes especiais, boletins, encaminhamentos, avulsos e moções, além de textos jornalísticos, incluindo *releases*, e pronunciamentos públicos, para a imprensa e para membros da representação política brasileira (como as audiências públicas no Congresso e em outros órgãos estatais).

A intensa e periódica produção de documentos, organizativos ou públicos, revela o conjunto de relações que se desenvolvem, demonstrando serem estas relações fontes privilegiadas para o estudo – antropológico ou não – do direito em nossa sociedade.

Nesse sentido, vale a pena recordar que o próprio campo da antropologia do direito se construiu, notadamente a partir do século XX, no embate entre duas concepções prevalentes de pesquisa antropológica sobre o direito: a investigação de normas e a investigação de processos normativos. Enquanto Maine, Morgan e Durkheim são representativos iniciadores destas preocupações, posteriormente as escolas que rompem com – ou melhor, rearticulam – a antropologia do século XIX, de Radcliffe-Brown ou Malinowski⁷, permitem que a questão chegue a um debate clássico e de forma explícita: o da universalidade ou particularidade do direito (e, na esteira disso, de diversos direitos em específico, com particulares consequências para os “direitos humanos”, por exemplo).

Os estudos etnográficos que marcam a antropologia do direito no século XX encaminham este debate no sentido de encontrar ou não uma característica geral para o direito das sociedades estudadas, que via de regra não são as ocidentais. Gluckman, por exemplo, ao estudar os Barotse, na África austral, encontrou na lei de dívidas a universalidade de todo o chamado

7 A título de indicação, ver RADCLIFFE-BROWN, 1973; e MALINOWSKI, 2008.

“direito antigo”. O fenômeno geral da dívida se caracterizaria por ser um sistema de obrigações dominado pelo *status*: “seria, portanto, possível escrever a respeito do direito Barotse em termos de dívida, quer se estivesse lidando com transações, com obrigações de *status*, com ofensas ou infrações”⁸.

É conhecido, por outro lado, o fato de que Gluckman enfrenta uma polêmica sobre isso com Bohannan, para quem, ao estudar os Tiv, na África ocidental, também são as dívidas que caracterizam o conjunto de relações deste povo. No entanto, à diferença de Gluckman, a proposta de Bohannan é enfatizar a peculiaridade da dívida entre os Tiv, conhecida como *injô*, de modo a não ajustá-la “aos casos europeus de relação não-contratual, contrato, direito de propriedade etc.”⁹. Procura Bohannan evitar a indiscriminada tradução dos termos do direito europeu para caracterizar o sistema de relações sociais Tiv, como no exemplo de um caso (*jir*) em que deveria haver cessão de gado, mas não houve: “seria possível considerar o *jir* que diz respeito à ‘cessão de gado’ como caso de quebra de contrato. Mas isto pouca utilidade teria, pois os Tiv não possuem um conceito de contrato. Se nós assim o classificarmos, incorreremos no grave risco de esquecer que estamos aplicando a noção de ‘contrato’ de nossa própria cultura”¹⁰.

Gluckman polemiza com Bohannan no sentido de que pode sim haver uma comparação entre “sistemas legais diferentes”, o que acarreta necessária tradução de um dos sistemas para a linguagem de outro, mas não só. Também, é preciso observação daquelas noções presentes, de maneira comum, em sistemas sociais distintos:

é claro que não se deve forçar o direito tribal a adequar-se aos conceitos da ciência do direito ocidental, mas, com algum cuidado, é possível usar-se esses conceitos refinados para comparação e análise. A alternativa é inventar uma nova terminologia. Eu não me interesso por esse problema metodológico; preocupo-me aqui apenas em fornecer uma hipótese para explicar a ampla distribuição da idéia de “dívida” em sociedades dominadas pelo *status*¹¹.

Como resposta, Bohannan elabora uma análise que parte do entendimento de que a antropologia do direito aparece como “microcosmo” privilegiado

8 GLUCKMAN, 1973, p. 29.

9 BOHANNAN, 1973a, p. 57.

10 BOHANNAN, 1973a, p. 60.

11 GLUCKMAN, 1973, p. 49.

para melhor compreender a antropologia social em geral. Tal compreensão se fundamenta na relação entre etnografia e comparação, devendo-se construir um sistema interpretativo que não ignore as pré-compreensões do etnógrafo, mas que também não caia na armadilha etnocêntrica, como no exemplo das traduções:

a tradução da língua e da cultura do povo estudado para a linguagem e a cultura técnica da Antropologia é a tarefa de todo etnógrafo. O perigo é que nós, etnógrafos, em vez de começarmos com a cultura em questão, começamos com a nossa própria linguagem antropológica ou mesmo com os nossos idiomas nativos e descobrimos seus equivalentes na língua do povo estudado¹².

Assentado nisso Bohannan propõe, grosso modo, uma genealogia da comparação, em que enfatiza a necessidade de se chegar a uma comparação controlada, que não distorça as culturas estudadas.

Este debate é central – e por isso tanta ênfase a ele dispendida – por expressar o pêndulo que oscila entre a universalidade e a particularidade do direito, o que, na perspectiva antropológico-jurídica, expressa um pano de fundo mais interessante ainda: o debate entre a visualização do direito como conjunto de normas ou como processo de relações sociais. As etnografias, nos exemplos das de Gluckman e Bohannan, permitem acentuar as relações sociais que constituem a organização das sociedades estudadas, ainda que para um se dê preferência a uma “lei de dívidas”, enquanto para outro prevaleça a comparação e a especificidade do comparado.

Deste debate, por sua vez, pode se extrair, assim como do que foi dito anteriormente, que o estudo do direito passa antes pela visualização das relações que constitui e que cria, mais do que pelas normas que o dirigem. Ainda assim, resta a questão: as relações sociais que produzem direito e que o direito produz, a um só tempo, possuem uma especificidade, vale dizer, existem relações jurídicas propriamente ditas?

Ainda que se amplie o conceito de direito para visualizar o indiferente jurídico, nem por isso deixa de fazer sentido sua especificidade. O caso da greve dos professores permite demonstrá-lo, na medida em que as relações de trabalho, reguladas publicamente, devem passar pelo crivo de um aparelho de estado que não permite a auto-organização dos trabalhadores

12 BOHANNAN, 1973b, p. 113.

da educação. É isto que não permite que a categoria *injô* seja admitida na cultura jurídica brasileira, assim como isto a que chamamos de direito não identifica as relações sociais dos Tiv. Daí fazer sentido, dentro daquilo que Assier-Andrieu chamou de “processo de especificação do direito”, o enigma da “passagem do pré-direito ao direito”¹³. O pré-direito não é o não-direito propriamente dito, mas o horizonte de sua possibilidade futura imputado ao passado.

Eis o encontro preliminar entre antropologia e direito que permite perceber a clausura do normativismo mas, igualmente, os limites da generalização do direito como relações sociais. As relações jurídicas têm sua especificidade e demarcam o terreno jurídico, já que elas são erigidas por um determinado contexto social. A este contexto a interface antropologia-direito costuma denominar de “cultura”. Por isso, vejo necessário abrir uma pequena discussão sobre o assunto, para aí então fazer o aprofundamento sobre a reflexão antropológico-jurídica da greve dos professores.

3. Questionando bifurcações: direito e “direito(s)”, cultura e “cultura”

Uma das inspirações antropológicas para esta reflexão é a leitura do texto “Harmonia coerciva: a economia política dos modelos jurídicos”, de Laura Nader. Daí ter recorrido a Gramsci, o conceito ampliado de direito e seu “indiferente jurídico”. Laura Nader resgata a contribuição gramsciana justamente naquilo que tem sido a abordagem clássica do uso deste autor para o campo do direito: a questão da hegemonia¹⁴.

O conceito de hegemonia é utilizado justamente para fazer uma crítica à noção de cultura, amplamente utilizada pelos antropólogos do direito (assim como pelos antropólogos em geral).

As ambigüidades que cercam o estudo dos componentes culturais do direito têm sido abundantes, mesmo entre os antropólogos, em cuja disciplina a cultura desempenha um papel central. Quando o antropólogo de outros tempos se propunha escrever sobre outras culturas, cultura era um conceito utilizado para descrever tradições partilhadas, passadas de uma geração para outra. Já

13 ASSIER-ANDRIEU, 2000, pp. 62-63.

14 Conferir os artigos de KENNEDY, 1982; LITOWITZ, 2000; e BUCKEL; FISCHER-LESCANO, 2009.

não nos referimos a culturas como se elas fossem unidades isoladas e consensuais. Hoje os teóricos fazem uma distinção entre a cultura hegemônica, ou seja, a formulação da cultura por grupos fundamentalmente dominantes¹⁵.

Seguindo um caminho que também foi bastante explorado pelas teorias críticas do direito, Nader se utiliza da noção de ideologia jurídica, a qual joga papel importante, segundo ela, na “estruturação ou desestruturação da cultura”¹⁶. A preocupação da autora é mostrar como se processou a passagem do modelo de litigância judicial e conflitiva para o modelo legal de harmonia. O marco de sua análise é a política de difusão das “resoluções alternativas de disputas” (ADR – *alternative dispute resolution*, em inglês) ocorridas nos Estados Unidos após a década de 1960, período de intensa luta por direitos civis.

A implicação concreta desta passagem de modelo é o abandono de um discurso civilizatório apoiado na lei e no judiciário para um outro eminentemente negocial, muito próximo da ideologia comercial, uma vez que a negociação, neste contexto, é sinônimo de eficiência e, portanto, da melhor forma de pacificação de conflitos. Assim, há uma mudança de cultura, que vai da justiça (que resolve conflitos) para a harmonia (que dissolve os mesmos conflitos).

É interessante notar que, no caso concreto aqui aduzido, entre os principais documentos, com força pública e reconhecimento oficial, da greve dos professores, estiveram os “termos de acordos” entre governo federal, representado por seus dois ministérios (Planejamento, Orçamento e Gestão; e Educação), e sindicatos nacionais de representação da categoria de trabalhadores. A greve de 2012 se originou da demanda histórica dos educadores do serviço público federal em possuir uma carreira estruturada de forma tal que se reconheça a eles a função típica das carreiras de estado. Servidores do judiciário, do legislativo e diretamente do executivo costumam ter carreiras mais bem estruturadas e remuneradas do que as dos docentes. No entanto, o movimento sindical nem sempre teve um consenso acerca da estrutura mínima de sua carreira, até que, em 2011, no 30º Congresso do ANDES-Sindicato Nacional (o principal sindicato da categoria) esta concordância se daria de maneira definitiva.

15 NADER, 1994, p. 12.

16 NADER, 1994, p. 1.

A pauta da greve teve por pontos duas grandes reivindicações: a reestruturação da carreira e as condições de trabalho. Os termos dos acordos apresentados, porém, em pouco modificaram as até então atuais linhas da carreira docente, assim como não fizeram referências significativas às condições de trabalho exigidas. Mais interessante ainda, o plano de carreira aprovado em congresso nacional do sindicato e divulgado pelo Comando Nacional de Greve tinha o formato de um projeto de lei, dividido em 7 títulos, subdivididos, por sua vez, em capítulos, e redigido em 35 artigos cuja divisão interna também seguia a redação legislativa, contendo alíneas, parágrafos e itens.

Já as propostas governamentais apresentaram formatos oscilantes, desde relatos orais, passando por tabelas (sem textos explicativos), até conjunto de tópicos dentro dos quais se estabeleceram esquemas e quadros que pudessem se comunicar com os demandantes professores. Quando aceitas as propostas – e entre 2011 e 2012, houve duas aceitações, uma envolvendo os dois sindicatos nacionais e outra apenas um deles – elas já aparecem em formato de minuta contratual, com cláusulas, itens, alíneas e parágrafos.

A história de cada um dos acordos renderia várias explicações. Vou priorizar episódios expressivos, optando por considerar o período de 17 de maio de 2012 a 17 de agosto do mesmo ano como o mais significativo. A título de exemplo, vale ressaltar que, a princípio, as propostas do governo vieram por meio de tabelas (sendo que em 2011, elas eram apenas orais) e, diante desta situação, os representantes do CNG presentes na reunião de negociação exigiram um termo por escrito que assentasse, com maior segurança interpretativa, aquilo que se propunha oralmente. Neste caso, a oralidade é pouco benéfica para uma categoria de professores em greve que chega a quase 200 mil interessados. Pois bem, segundo relato de integrantes do CNG presentes na negociação, a proposta por escrito, para além de tabelas, só veio depois de aludida pressão negocial e recebeu o pomposo nome de “Aspectos conceituais da proposta de reestruturação das carreiras de docentes”. Os “aspectos conceituais” são os referidos tópicos, com esquemas e quadros, que estão bastante distantes de serem de fato conceitos. É claro que, aqui, a linguagem não é científica ou filosófica, e conceito aparece como conjunto de ideias, ainda que frouxas e projetadas para o contexto no qual estavam sendo discutidas: administração pública e negociação sindical.

Destoa, portanto, a forma dos documentos de interação entre movimento grevista e governo. Por parte do primeiro polo, isto se dá na medida em

que há uma preocupação em utilizar a linguagem do oponente (burocrática, legalista, formal); e, por parte do segundo, ou seja, dos representantes do governo federal, isto também se verifica já que lançam mão de práticas mais simplificadas e desburocratizadas cuja caracterização se imputa ao movimento social e sindical (oral, esquemática, informal).

Sugestiva a possível aproximação à constatação de Nader ao analisar as ADR: “a regra é que a parte mais fraca vá em busca da lei e a mais forte prefira negociar”¹⁷. Por trás do conflito entre professores universitários e estado está justamente uma sucessão de não regulamentações, que vão desde o direito de greve do funcionalismo público (garantido constitucionalmente, mas sem legislação regulamentadora própria) até o plano de carreira e as políticas públicas de expansão da universidade que existiam à época.

Entendo não se tratar da mesma coisa a preocupação de Nader e o caso específico em estudo. Entretanto, parece haver comunicação entre os dois. A literatura jurídica nacional, inclusive aquela embebida nas teorias críticas, assimilou muito rapidamente o discurso da flexibilização do direito, incorporando, a partir da década de 1990, a ideologia da harmonia. Esta se expressa, como mero exemplo, nas teses do pluralismo jurídico, que preconiza resoluções alternativas de conflitos que passem ao largo do estado, sendo no máximo reconhecidas por ele; e a este conjunto de práticas alternativas procura dar o nome de “nova cultura jurídica”.

Como disse, mesmo que influenciada pela teoria crítica do direito, a busca por uma nova cultura do direito, própria das teses do pluralismo jurídico, parece ter muito mais a ver com a interpretação do direito como cultura do que como dominação (duas das três visões gerais do direito a partir da antropologia jurídica, segundo Sally Falk Moore¹⁸). E mais, ao assumir direito como cultura (ou seja, forma de organização da sociedade de acordo com a época em que se vive e o ambiente social) nas sociedades de passado colonial, pelas características históricas dos povos periféricos, as teses do pluralismo jurídico acabam redundando em direito como necessidade de resolver problemas; é aí que as formas flexíveis se escoram.

Apesar de parecer um beco sem saída, em que nem a litigância judicial nem a harmonia jurídica são caminhos a contento, a cultura jurídica tem sua possível superação (assim como o debate entre normas e processo, ou a

17 NADER, 1994, p. 9.

18 MOORE, 2001, p. 96 e seguintes.

universalidade e a particularidade do direito) na crítica ao próprio conceito de “cultura”. Na esteira do pensamento descolonial, vale a chamada de atenção:

a semiose colonial procurou, embora talvez não com total êxito, banir a noção de ‘cultura’. Por quê? Porque essa é precisamente uma palavra-chave dos discursos coloniais que classificavam o planeta, especialmente depois da segunda onda de expansão colonial, de acordo com a etnicidade (pele, cor, lugar geográfico) e um sistema de signos (língua, alimentação, vestuário, religião etc.). Do século 18 até aproximadamente 1950, a palavra cultura tornou-se algo entre ‘natureza’ e ‘civilização’. Ultimamente, a cultura tornou-se a outra extremidade, ou o outro lado, dos interesses financeiros e do capital¹⁹.

Daí Laura Nader ter visto a dupla face da harmonia em contextos de colonialismo, como entre os zapotecas, no México (seu estudo de caso), aparecendo aquela como pacificação implementada pelos colonizadores, mas também como controle dos colonizados contra o poder estatal.

Quem bem captou a ambiguidade da cultura, para usar o termo de Nader, foi Manuela Carneiro da Cunha. Na sua interpretação, há de se diferenciar cultura e “cultura”: “enquanto a antropologia contemporânea”, diz ela, “vem procurando se desfazer da noção de cultura, por politicamente incorreta”, é notável que “vários povos estão mais do que nunca celebrando sua ‘cultura’ e utilizando-a com sucesso para obter reparações por danos políticos”²⁰.

Tais danos políticos alvejam reiteradamente os povos de tradição colonial, em especial seus setores populares ou minoritários. Por isso, impossível deixar de utilizar o arsenal disponível, como “cultura”, para fins de um uso político da noção, em contraste com o sentido tradicional da cultura sem aspas, conforme suas matrizes hegemônicas (e que tem servido para amainar contextos conflituosos). Talvez o mesmo pudesse ser dito do jurídico: há um direito e um “direito” (ou “direitos”). O problema é que aqui há uma *superestrutura*, não no sentido de oposta ao econômico, mas a ele ligada e marcada pelo gigantismo: a assimetria de poderes gerada pelo direito frente ao(s) “direito(s)”.

Seja na versão intraestatal, seja na extraestatal, as teses do pluralismo jurídico redundam na superestimação do “direito” frente ao direito. De minha parte, compreendo que se trata de uma crítica válida apenas ao nível macroestrutural de uma sociedade, como a brasileira por exemplo. Ao seu

19 MIGNOLO, 2003, p. 38.

20 CUNHA, 2009, p. 313.

nível micro, é inegável, existem conquistas importantes, como as relatadas por Miriam Hartung no caso do laudo antropológico de uma comunidade remanescente de quilombos do Paraná que se recusou a efetuar uma lista de nativos a pedido do INCRA, no intuito de se saber quais pessoas pertenciam à comunidade e poderiam receber a titulação da terra quilombola. Isto porque a comunidade “inclui, historicamente, pessoas ‘de dentro’ e pessoas ‘de fora’, quer dizer, descendentes dos libertos e seus cônjuges vindos de outros lugares e de outras famílias”²¹. A extraestatalidade incubada no laudo aponta para a recusa dos antropólogos em proceder a uma antropologia estatal, ainda que não avancem na resolução do caso concreto.

Mesmo assim, prevalece a visualização do duplo aspecto do estado, como se pode perceber no estudo etnográfico de Alejandra Leal. Ao dar atenção aos discursos e práticas dos funcionários do estado mexicano, no contexto da criação de uma procuradoria para a defesa dos indígenas, em Oaxaca, ela percebe o papel do estado como sendo “simultaneamente como garante de los derechos indígenas en materia judicial y como obstáculo para su aplicación”²². Eis o “duplo aspecto”, conforme mencionado.

Para a autora, a contradição entre a realidade e a ordem normativa é constitutiva do estado. Isto significa que a proclamação de uma pluralidade jurídica, intraestatalmente, remete à inexistência de defesa dos indígenas mexicanos, o que faz com que o direito (e os “direitos”) se torne ilegível para todos. Ilegibilidade (muito próxima da ilegalidade, ou mesmo dá a-legalidade) que acachapa tanto cidadãos comuns quanto os próprios funcionários do estado.

Em uma leitura próxima, ainda que com consequências diversas, é possível perceber que, para alguns antropólogos, seja o caso de apostar nessa ambiguidade. Para o exemplo da Bolívia por ocasião de sua nova constituição, Salvador Schavelzon interpretou os conflitos nacionais entre autonomistas e revolucionários, entendendo estas expressões no contexto em que se lastreavam, como projetos políticos distintos, fruto da existência de “duas Bolívias” e, desse modo, expressão de uma pluralidade para a qual “talvez, a solução seja manter a ambiguidade e a ambivalência”²³. Daí ser possível entender a distinção entre Schavelzon e Alejandra Leal no que tange

21 HARTUNG, 2009, p. 6.

22 LEAL, 2006, p. 40.

23 SCHAVALZON, 2010, pp. 80-97.

a suas interpretações. A de Leal é bastante incisiva: as ações ambíguas do estado e seus representantes “introducen la promesa o la anticipación de justicia, que es central para el funcionamiento del Estado y para la manera en que éste implanta su dominación”²⁴.

De algum modo, aproximam-se as conclusões de Leal e de Nader sobre os aspectos do exercício da hegemonia (para não utilizar acriticamente a classificação “direito como dominação”, de Falk Moore), tal como a define Gramsci. Para Laura Nader, “as oscilações entre o modelo da harmonia e o modelo do conflito na abordagem das disputas foram descritas por vários autores”, diz ela. E continua: “parece que a estruturação, pelo Estado, de processos alternativos para a solução de disputas funciona, de fato, para acalmar os receios de conflitos armados de classes e desentendimentos raciais”²⁵. Apesar de conclusão forte, para o contexto latino-americano (dentro do qual os casos boliviano e mexicano são exemplos eloquentes deste tipo de conflitos) o pluralismo jurídico intra e extraestatal apresenta razoável dose de afinidade com a mencionada “estruturação, pelo Estado, de processos alternativos para a solução de disputas”. Ou seja, o exemplo da problemática do assim chamado “pluralismo jurídico” remete ao discurso da flexibilização do direito, o qual se mostra como a colonização, por via das resoluções alternativas de disputas, das lutas sociais.

Creio que, com esta aproximação, continua válida a interpretação desposada acima de que o que prevalece é um beco sem saída marcando a escolha entre o modelo legal de conflito e o modelo da harmonia legal, independentemente de se buscar uma nova cultura jurídica. Ante a bifurcação, as ambiguidades. Para sair desta encruzilhada, vou precisar expor minha visão crítica, exemplificando-a com um caso de indiferente jurídico.

4. Capturando o indiferente jurídico: a propósito de um movimento grevista de professores

A relação entre direito e movimentos sociais ainda não recebeu a atenção necessária dos pesquisadores jurídicos ou mesmo dos antropólogos. A relação é complexa, pois não trata de dois monólitos, sendo preciso entender de quais aspectos deles se está a tratar: reivindicações frente ao estado; reivin-

24 LEAL, 2006, p. 47.

25 NADER, 1994, p. 12.

dicações frente à sociedade civil (nestes dois casos, é todo um capítulo da relação com a ideia de “estado ampliado” que se pode defluir de Gramsci); auto-organização normativa; contestação da ordem vigente; e projeto de uma nova ordem. E, para cada um de tais aspectos, muitos desdobramentos podem ser assumidos.

Para os fins de minha reflexão, vou procurar focar, conforme já me referi, ao caso da greve dos professores universitários de 2012. E sua faceta mais presente será a do movimento social a partir da organização sindical dos docentes, interlocutora reconhecida frente ao aparelho de estado. O movimento sindical organizado, nas últimas décadas, foi considerado como um velho movimento social, de práticas burocratizadas e ligação explícita com os governos. No entanto, neste mesmo período, uma forma diferenciada de realizar a política sindical se consolidou, sendo conhecida como o “novo sindicalismo”. Na esteira desse processo é que se constitui o sindicato nacional dos professores – ANDES-SN (Sindicato Nacional dos Docentes das Instituições de Ensino Superior), caracterizado, segundo sua autoidentificação, pela prática de democracia de base, em que a direção precisa do referendo das seções sindicais em cada local de trabalho para encaminhar suas decisões. Esta prática leva, inclusive, a impor novos tempos às discussões nacionais, especialmente em momentos de negociação por conta de greve.

Assim, explícito uma alteridade um tanto esquecida do estranhamento antropológico. Se uma alteridade coletiva puder ser comparada a outra, é possível pontuar que os movimentos indígenas se encontram entre o direito e a antropologia ao mesmo tempo em que o movimento sindical está entre o estado e o mercado. Obviamente, que não estou fazendo nenhuma relação direta entre antropologia e mercado, só por causa da nítida aproximação histórica entre direito e estado, mas sim indicando que a antropologia jurídica precisa ultrapassar uma compreensão estatal em suas fontes de pesquisa justamente porque inserta na sociedade.

A par do anacronismo da distinção rígida entre estado e sociedade, a qual não resiste a uma visualização dialética, torna-se interessante pesquisar a relação entre consenso e coerção nesta suprassunção. Daí o meu interesse pelo indiferente jurídico que, creio, está expresso nos processos de negociação em estado de greve (não só com relação ao sujeito público de direito – o estado – mas também para o caso das pessoas jurídicas de direito privado – como sociedades e empresas – ainda que estas não venham a ser objeto deste estudo).

Nas palavras de Gramsci, o indiferente jurídico tem a ver com a “sociedade civil, que atua sem ‘sanções’ e sem ‘obrigações’ taxativas, mas que nem por isso deixa de exercer uma pressão coletiva e de obter resultados objetivos de elaboração nos costumes, nos modos de pensar e de atuar, na moralidade, etc”²⁶. A relação entre o direito e os movimentos sociais adentra neste conjunto de ações e, como diria o autor italiano, revela o problema do “homem coletivo”.

O contexto no qual se insere esta passagem de Gramsci – ainda que seja difícil “contextualizar” os escritos do autor, devido a seu caráter cifrado já que redigido na prisão e devendo burlar a censura de seus carcereiros imediatos, mas também os ideológicos (no caso, o fascismo italiano dos anos de 1920 e 1930) – são as “Breves notas sobre a política de Maquiavel”, tal como ficou conhecido seu “Caderno 13” escrito no cárcere. Na esteira da análise de “O príncipe”, Gramsci propõe uma atualização do tema em torno do “moderno príncipe”, qual seja, “o partido político, a primeira célula na qual se sintetizam germes de vontade coletiva que tendem a se tornar universais e totais”²⁷. Temas como os da liderança carismática, da consciência histórica, das massas populares, das estruturais transformações na moral e suas relações com a economia, das relações de força, dos sentidos da política (como alta e pequena) imbricados com as dimensões da hegemonia e consenso ou autoridade e força, todas essas questões surgem a propósito da análise do príncipe moderno. A partir daí é que se desemboca na fórmula do “indiferente jurídico”, ao propor a inserção dos indivíduos no “homem coletivo” (seguindo, conforme continua o texto, na metáfora da política como guerra, apresentando suas reflexões já tornadas clássicas sobre revolução permanente, guerras de movimento e posição, hegemonia civil e colonialismo, dentre outras).

O direito como relações sociais é passível de observação em suas entrelinhas, não só textuais, mas também conjunturais. O indiferente jurídico não é apenas o contraponto da lei, mas também o contraponto das relações vividas e interpretadas conforme códigos sociais ou enredos teatrais. Enfrentar a elaboração, ainda que bastante modesta, de uma reflexão antropológico-jurídica, como é a presente, exige anunciar o comparecimento, ativo e subjetivo, do intérprete. Se a visão antropológica de um tribunal

26 GRAMSCI, 2007, pp. 23-24.

27 GRAMSCI, 2007, p. 16.

de júri pode ser apresentada como uma etnografia que faz “uma leitura interpretativa de materiais sociais”²⁸ concluindo pela sua dramaturgia (já que, por ser teatral, não é dramatização pura e simples); e se o judiciário e a polícia são suscetíveis a terem seu “sangue” sugado pelo “vampiro de experiências” que é o etnógrafo, um “intruso profissional”²⁹; imagino que a participação do antropólogo em um movimento social que ele mesmo analisa sugere ângulos fotográficos distintos dos capturados pelo militante não-antropólogo e pelo antropólogo não-militante.

Para Daich e Sirimaco, “el éxito del trabajo de campo no es volvernòs nativos, sino dejar de ser extraños”³⁰. De minha parte, tenho acordo. Entendo, porém, que o não-nativo-não-estranho é o título de coroamento de um “tipo” de antropólogo. Se, em chave filosófica, todos guardam algum sentido de qualquer papel social, o “nativo” é também antropólogo, mesmo que sem consciência explícita disso. Da mesma forma, o antropólogo é nativo, podendo, por vezes, se recusar a sê-lo (o antropólogo não-militante que se pretende neutro) ou, por outras, querendo não ser estranho (como na reflexão das antropólogas argentinas citadas). Ocorre que é possível encontrar o antropólogo que também é membro nativo não porque simplesmente quer (subjetivamente) sê-lo, mas porque objetivamente o é. Tudo isso para apresentar minha singular posição de intérprete militante, que nem por isso desabona, em termos epistêmicos, a empreita do “antropólogo-jurídico grevista da greve”.

A mim me parece que a questão autoriza lembrar o estranhamento realizado já por Gramsci: “se se pode falar de intelectuais, é impossível falar de não-intelectuais, porque não existem não-intelectuais”. O que, isto sim, existe são “graus diversos de atividade especificamente intelectual”. Logo, se “todo homem, fora de sua profissão, desenvolve uma atividade intelectual qualquer, ou seja, é um ‘filósofo’, um artista, um homem de gosto”³¹, também pode ser antropólogo (e relativizar o mundo sem precisar ser relativista), assim como o antropólogo também pode ser um ativista.

O estranhamento possível pelo “antropólogo-jurídico grevista da greve” é mostrar que quem produz o direito são as relações sociais que, no caso,

28 SCHRITZMEYER, 2001, p. 180.

29 DAICH; SIRIMARCO, 2008, p. 17.

30 DAICH; SIRIMARCO, 2008, p. 24.

31 GRAMSCI, 2010, pp. 52-53.

se dão entre grevistas e patrões (estado). Como diria Latour, o segredo a ser desvendado é mostrar em detalhe como simples interações resultam “des décisions à la fois fragiles et finales”, ou seja, “em decisões ao mesmo tempo frágeis e finais”³². A despeito de não ser exatamente este o caminho que estou tomando aqui – daí não aprofundar esta proposta teórica –, penso que, mesmo sem desvendar este segredo, é possível demonstrar que a “missão” estatal de criar civilizações imbrica-se com a tarefa das relações sociais de criarem e produzirem o mundo.

A antropologia jurídica já conseguiu superar a análise normativa do direito pelo estudo etnográfico de processos judiciais, seja pela análise do ritual e a corporalidade ínsita a ele seja pela análise dos textos produzidos nestes mesmos processos³³. No entanto, uma antropologia jurídica também passa por outros escaninhos. Um deles é a dialética entre estado e movimentos sociais, caracterizado aquele pela necessidade de estabilidade e estes, pela relação reivindicação-contestação.

O contexto político e social em que a greve de 2012 surge é o decorrente de quase dez anos do governo do Partido dos Trabalhadores (PT) na presidência da república. Após duas gestões de Luís Inácio Lula da Silva, o PT elege sua sucessora, Dilma Rousseff. Apesar de a caracterização política de um determinado grupo no poder gerar – hoje e sempre – dificuldades devido às análises apaixonadas, é possível encontrar um denominador básico para o caso, qual seja, o da tradição sindical que conformou o PT. Alocada no espectro político à esquerda, tal tradição alça-se à vitória eleitoral e carrega consigo um corpo de dirigentes sindicais aos postos do estado. No entanto, esta movimentação não prescindiu de um cenário de conciliações com grupos políticos e setores sociais anteriormente oponentes. Por isso, um autor como André Singer³⁴ chegou a caracterizar esse período como o de construção de um “pacto conservador” tendo por desiderato um “reformismo fraco”, que atenuasse as brutais desigualdades sociais brasileiras.

A consequência mais discernível dessa visualização foi a de que os governos do PT escoraram sua estabilidade política na dinâmica do capitalismo internacional baseado na exportação de *commodities* e na eleição, internamente, de grupos populares para os quais as políticas públicas seriam destinadas

32 LATOUR, 2004, p. 9.

33 Um exemplo interessante é o de EILBAUM, 2006, pp. 243-302.

34 SINGER, 2012.

preferencialmente: em específico, o subproletariado. Setores mais estáveis da classe trabalhadora e os setores médios da sociedade não tiveram seus anseios atendidos no período. Daí que, a partir de 2011, algumas greves locais de professores universitários tiveram vez, até se chegar à greve nacional de 2012. A movimentação paredista de professores federais é, portanto, um exemplo dessa insatisfação, sinalizando também a contraditória relação entre o governo federal de então e os movimentos sociais.

Considerado este contexto é que chama a atenção o desenrolar dos episódios de referida greve. Como exemplo marcante, a primeira proposta apresentada pelo governo aos docentes (13 de julho), quase depois de dois meses do início da greve (17 de maio), teve o formato muito singelo de uma tabela, como a que segue:

Dedicação Exclusiva	CLASSE NIV	Posição fev/12				Posição março/12				Proposta				CLASSE NIV				
		VB + Remuneração por Titulação (RT)				VB + Remuneração por Titulação (RT)				VB + Remuneração por Titulação (RT)								
		Aperf	Espec	Mestr	Dout	Aperf	Espec	Mestr	Dout	Aperf	Espec	Mestr	Dout					
TITULAR	1	4.786,62	5.221,96	5.980,63	7.818,69	11.755,05	4.978,08	5.430,83	5.933,85	8.131,43	12.225,25	6.405,83	7.328,99	7.915,72	10.312,48	17.057,24	TITULAR	1
ASSOCIADO	3	4.457,12	4.231,20	4.620,35	4.181,16	3.888,34	4.457,12	4.231,20	4.620,35	4.181,16	3.888,34	4.457,12	4.231,20	4.620,35	4.181,16	3.888,34	ASSOCIADO	3
ADJUNTO	2	3.662,97	3.945,91	4.241,00	5.793,54	7.913,30	3.662,97	3.945,91	4.241,00	5.793,54	7.913,30	3.662,97	3.945,91	4.241,00	5.793,54	7.913,30	ADJUNTO	2
ASSISTENTE	1	3.275,82	3.525,01	3.730,17	4.985,00	3.275,82	3.525,01	3.730,17	4.985,00	3.275,82	3.525,01	3.730,17	4.985,00	3.275,82	3.525,01	3.730,17	ASSISTENTE	1
AUXILIAR	1	2.935,45	3.156,70	3.338,75	2.869,86	3.085,98	3.264,02	2.935,45	3.156,70	3.338,75	2.869,86	3.085,98	3.264,02	2.935,45	3.156,70	3.338,75	AUXILIAR	1
40 HORAS	CLASSE NIV	Posição fev/12				Posição março/12				Proposta				CLASSE NIV				
TITULAR	1	3.244,70	3.420,26	3.715,08	4.572,16	5.918,96	3.244,70	3.420,26	3.715,08	4.572,16	5.918,96	3.244,70	3.420,26	3.715,08	4.572,16	5.918,96	TITULAR	1
ASSOCIADO	3	2.949,43	2.895,26	3.121,62	2.899,43	2.899,43	2.949,43	2.895,26	3.121,62	2.899,43	2.899,43	2.949,43	2.895,26	3.121,62	2.899,43	2.899,43	ASSOCIADO	3
ADJUNTO	2	2.740,44	2.841,51	3.079,43	3.574,67	4.656,27	2.740,44	2.841,51	3.079,43	3.574,67	4.656,27	2.740,44	2.841,51	3.079,43	3.574,67	4.656,27	ADJUNTO	2
ASSISTENTE	1	2.402,56	2.474,06	2.577,30	3.137,18	2.402,56	2.474,06	2.577,30	3.137,18	2.402,56	2.474,06	2.577,30	3.137,18	2.402,56	2.474,06	2.577,30	ASSISTENTE	1
AUXILIAR	1	2.215,54	2.274,28	2.356,41	2.215,54	2.274,28	2.356,41	2.215,54	2.274,28	2.356,41	2.215,54	2.274,28	2.356,41	2.215,54	2.274,28	2.356,41	AUXILIAR	1
20 HORAS	CLASSE NIV	Posição fev/12				Posição março/12				Proposta				CLASSE NIV				
TITULAR	1	2.165,57	2.332,78	2.519,61	2.917,14	3.622,08	2.165,57	2.332,78	2.519,61	2.917,14	3.622,08	2.165,57	2.332,78	2.519,61	2.917,14	3.622,08	TITULAR	1
ASSOCIADO	3	1.996,18	1.968,78	1.965,55	1.965,55	1.965,55	1.996,18	1.968,78	1.965,55	1.965,55	1.965,55	1.996,18	1.968,78	1.965,55	1.965,55	1.965,55	ASSOCIADO	3
ADJUNTO	2	1.805,23	1.877,69	1.979,52	2.246,31	2.619,03	1.805,23	1.877,69	1.979,52	2.246,31	2.619,03	1.805,23	1.877,69	1.979,52	2.246,31	2.619,03	ADJUNTO	2
ASSISTENTE	1	1.694,32	1.753,26	1.828,19	2.072,77	1.694,32	1.753,26	1.828,19	2.072,77	1.694,32	1.753,26	1.828,19	2.072,77	1.694,32	1.753,26	1.828,19	ASSISTENTE	1
AUXILIAR	1	1.597,92	1.652,20	1.711,80	1.597,92	1.652,20	1.711,80	1.597,92	1.652,20	1.711,80	1.597,92	1.652,20	1.711,80	1.597,92	1.652,20	1.711,80	AUXILIAR	1

Figura 1. Primeira proposta de reajuste salarial (13 de julho)

Não é meu interesse, aqui, analisar os valores nominais, o montante, os percentuais de reajuste ou as perdas e ganhos com relação à inflação que a proposta tem embutidos. Antes, assinalar que, afora o relato oral, esta tabela (Figura 1) é a proposta negocial para reestruturação da carreira docente por parte do governo federal. Parece não restar dúvida de que não seria bem aceita pelo movimento paredista, a não ser no caso em que a demanda fosse puramente salarial.

Por pressão dos representantes da greve dos professores presentes na reunião ocorrida no MPOG, após um intervalo, houve a entrega de uma proposta por escrito que foi chamada de “Aspectos conceituais da proposta de reestruturação das carreiras de docentes”. Tratava-se de sete folhas de ofício, sem assinatura, divididas em cinco partes, das quais a última era um conjunto de tabelas. Referidos “aspectos conceituais” destinavam-se a delinear os aspectos gerais de uma suposta reestruturação de carreira, tendo por marca maior a reescrita da já existente no formato de tópicos, modificando-se pequenos detalhes (alguns destes detalhes, inclusive, chocando-se com a legislação vigente) da carreira legal. A principal destas minúcias era a alteração do mínimo de horas-aula a serem ministradas pelos professores de 8 para 12, o que viria ser uma moeda de troca da segunda versão desta proposta, no intuito de demonstrar a flexibilidade do negociador-estado, que a retiraria.

Na dinâmica deste processo de negociações e da greve mesma, os professores organizados em um Comando Nacional de Greve (CNG) produziam sempre documentos intitulados “comunicados” no intuito de manterem contato constante com cada um dos Comandos Locais de Greve (CLG), bem como para com a sociedade (que teve acesso a estes documentos por via da rede mundial de computadores, sendo que as páginas dos sindicatos, agora tomados pelos comandos, eram alimentadas por equipes de comunicação, em geral capitaneadas politicamente por professores mas que desenvolviam seus trabalhos por meio de profissionais de assessoria de comunicação sindical contratados). Entre a divulgação de cada um dos 27 comunicados escritos até 17 de agosto, havia a publicização de comunicados especiais, dentre os quais dois que avaliaram as propostas do governo. Cada um dos comunicados “ordinários” (quer dizer, não especiais) tinha por objetivo relatar as discussões e encaminhamentos do CNG em um determinado período de tempo, que poderia ser tanto apenas um dia, como até mesmo uma semana. Seu conteúdo era preenchido, em regra, pelos relatos sintéticos das reuniões do CNG, pela lista de presença dos delegados e observadores,

pelos informes dos CLGs e pela relação das instituições em que os professores haviam aderido e mantido a greve. Assim, ficava caracterizada uma produção documental mais formal cuja característica, inclusive, seria a de ser “oficial” de acordo com o regimento do CNG. Interessante notar que este regimento foi disponibilizado no primeiro comunicado, um momento fundacional do movimento, o que faz evidenciar que se esteve lançando mão de um ritual considerado jurídico.

Já os comunicados especiais diziam respeito a avaliações políticas e análises de conjunturas, além de outros informes de relevo, adotando um formato menos burocrático que o dos comunicados ordinários, o que nem por isso dava-lhe um tom de informalidade. Continuavam sendo documentos formais, mas com uma linguagem mais política.

No Comunicado Especial de 14 e 15 de julho deu-se a primeira avaliação do CNG com relação à proposta governamental. Em um texto de doze páginas, o CNG faz uma “análise preliminar” dos “aspectos conceituais” acima referidos, dividido em três partes, sendo a primeira uma exegese dos tópicos da proposta, em que cada item foi considerado sob três prismas comparativos (o do ANDES-SN, o do governo federal e o da greve, esta última por meio de pequenas “avaliações”); a segunda, uma avaliação política; e a terceira, como um dispositivo final, com encaminhamentos e cronograma.

Não deixa de ser interessante reproduzir o parágrafo que introduz este documento:

É preciso considerar que esta análise leva em conta o material escrito entregue pelo Secretário da SRT/MPOG, Sérgio Mendonça, na reunião com as entidades, ocorrida no dia 13 de julho de 2012. Este material, embora tenha sido caracterizado como uma proposta do governo para negociação, não está sob a forma de um Projeto de Lei para reestruturação de carreira, mas de tópicos autodenominados como “aspectos conceituais da proposta”, acompanhado de algumas tabelas. A reunião ocorreu depois de 57 dias de greve dos docentes, em movimento que se ampliou para todo o setor da educação federal e também para outras categorias do serviço público, cobrando do governo o estabelecimento de negociações efetivas. Na pauta prioritária, além da exigência de reestruturação da carreira docente e valorização salarial, é destacada a necessidade de se reverter a precarização das condições de trabalho ensino nas IFE³⁵.

35 CNG/ANDES-SN, 2012a, p. 1.

O excerto indica que a reivindicação docente era a de uma postura mais formal do governo, exigindo um encaminhamento legal que desse um objetivo encerramento ao conflito. Isso pode ser interpretado do reclamo por uma proposta “sob a forma de um Projeto de Lei” e pela crítica à caracterização de “proposta” e à autodenominação dela como “aspectos conceituais”.

Uma segunda proposta governamental viria à mesa de negociações no dia 23 de julho, mantendo o título anterior e alterando questões mais sensíveis que foram reprovadas pelas dezenas de assembleias locais de professores. O formato da segunda versão manteve-se (tópicos, esquemas e tabelas) e a única alteração maior foi relativa a reajuste salarial. O CNG operou uma análise comparativa no Comunicado Especial de 26 de julho, comparando os dois textos governamentais (riscando por cima das partes alteradas, mas mantendo visível o texto superado, como é de praxe nos textos legais revogados) e acrescentando uma nova avaliação, destacada com a cor de fonte vermelha. A marca da crítica do CNG à segunda proposta foi, além de os argumentos anteriores, a remissão da maioria das reivindicações a grupos de trabalho sem data marcada ou compromisso de agilidade por parte do governo.

Em todos estes casos fica evidenciada flagrante agressão à autonomia das Instituições e o esforço do governo para retirar os pontos polêmicos da mesa de negociações durante a greve, avocando a si, no futuro, a discricionariedade para tomar as decisões. Questões conceituais importantes, estruturantes da carreira e dos direitos dos docentes seriam repassadas como um cheque em branco. Além disso, o controle desses GT pelo poder central e a falta de credibilidade desses espaços permite impor velocidades de conveniência no ritmo de trabalho, isto é, postergando o andamento em alguns temas e dando tratamento liminar em outros³⁶.

O tom das avaliações escritas já indicava que não havia disposição de negociação de propostas que dissessem respeito ao central da greve: reestruturação de carreira e condições de trabalho. Os ouvidos moucos de um dos polos da negociação criavam uma situação inusitada: a intensificação da greve mesmo que com escassa condição de negociação. Uma semana depois, na data de 1º de agosto, as negociações são encerradas, porque PROIFES-

36 CNG/ANDES-SN, 2012b, p. 11.

-Federação de Sindicatos de Professores e Professoras de Instituição Federais de Ensino Superior e de Ensino Básico Técnico e Tecnológico, um dos sindicatos legalizados para representar a categoria ainda que representando uma parte muito pequena da base de professores sindicalizados, aceita a nova proposta, mesmo com a contrariedade da maioria das universidades. Assim, em nome da harmonia se forja um conflito direcionado à desmoralização dos sindicatos que não aceitavam fechar o acordo.

Fato excepcional que este fechamento de acordo gerou foi o vazamento da gravação da íntegra da reunião que se disseminou pela internet e redes sociais virtuais. A gravação acabou me ajudando como fonte, na medida em que serviu de termômetro mais vivo do que eram as temperaturas que moviam a redação desses documentos. Na reunião que durou quase duas horas, ouve-se um conjunto de explanações de representantes do governo e das entidades sindicais e, inclusive, a anuência de uma delas. Frente aos posicionamentos assumidos pelos sindicalistas na reunião, os representantes ministeriais resolvem assinar o acordo com a entidade que assim havia sinalizado, mesmo ela representando uma minoria da categoria docente. O pronunciamento do secretário de estado é paradigmático ao dizer que a proposta não era perfeita e que o governo o reconhecia, mas que o “conjunto de injunções” na “bancada de governo” impossibilitava avançar mais. O secretário ainda reconhecendo isso justificou que as negociações com as entidades sindicais eram as mais legítimas, mas os negociadores, no caso ele e sua equipe, tinham de fazer rodadas de negociações internas ao governo e que tinha percebido que o mais determinante em toda essa discussão era o impacto orçamentário. Esta dimensão da fala do representante estatal dá a impressão de que o modelo negocial estava implantado na gestão pública e que, portanto, o modelo de harmonia legal era dominante.

Nesse caso, estando correta a tese da ideologia jurídica da harmonia, torna-se questionável a definição generalista que caracteriza o direito brasileiro como um modelo do contraditório (*rule by Law*), conforme a já clássica pesquisa de Kant de Lima sobre as sensibilidades jurídicas ocidentais. Mais que isso, não só está presente no direito brasileiro o modelo da harmonia, como também a lógica adversária (*rule of Law*) do direito de matriz anglo-saxã pode ser relativizada, na esteira das considerações da investigação de Laura Nader, já mencionada. Entre nós, instaura-se uma lógica da harmonia não-adversária, notadamente no âmbito do indiferente jurídico (parece nítido que a pesquisa de Kant de Lima permanece válida para as análises

judiciais, tendo de ser questionada a escolha destas agências especializadas como realizadoras do direito). A “oposição de modelos judiciários”³⁷, portanto, não pode servir de indicador para todo o campo jurídico, sob pena de empobrecimento.

Empobrecimento, aliás, diagnosticado por Peter Wade no GDAT (Grupo de Debates em Teoria Antropológica), de 1999. Segundo ele, o direito é escorregadio e flexível e “pode abrir-se à transformação”³⁸. Mas esta abertura, diz ele, passa por uma imprescindível luta social em defesa da diferença pela qual tantos movimentos sociais se dedicam. Entendo, por minha vez, que essa “abertura” e “flexibilidade” é decorrência das relações sociais e nem sempre a luta é ganha pelos movimentos. Daí que, por outro turno, não se pode imputar a uma visão crítica do direito a pecha de empobrecedora apenas porque relata a hegemonia dominante; ao contrário, deve-se perceber que, macroestruturalmente, esta crítica é bastante rica e algumas etnografias micro, como a de Laura Nader ou Alejandra Leal, o comprovam.

A criação do direito por relações sociais específicas (faço questão de utilizar redundantemente as expressões), mesmo em seus meandros mais técnicos, já foi observada por diversas etnografias, crivadas por outros marcos de análises. É o caso do processo criminal que discutiu o “crime de genocídio” entre os Haximu, na Amazônia brasileira. A partir de depoimentos e peças judiciais, Alcântara Neto percebe que a inclusão de um relatório antropológico nos autos processuais modifica todo o curso do julgamento e reordena a disputa, fazendo aparecer a ideia de genocídio, ou seja, um assassinato de uma etnia. Desse modo, cria-se a figura de “brasileiros especiais”, sendo que “a condição étnica de tais povos (e, conseqüentemente, a tutela que pesa sobre eles), é, ao mesmo tempo, um instrumento de controle e uma ‘arma’ subalterna de luta política”³⁹. Uma vez mais vem à tona a ideia de “ambigüidade de fundo” que marca a estrutura política e jurídica de um estado de tradição colonial.

Uma futura análise comparativa entre a relação do direito com estes dois segmentos de movimentos sociais (sindical e indígena) permitirá realizar um estranhamento mais eficaz analiticamente falando que dê a reconhecer qual a arma subalterna de luta dos movimentos sociais urbanos. Penso que

37 LIMA, 2010, p. 43.

38 Tradução livre de “may be open to transformation” (WADE, 2000, p. 7).

39 ALCÂNTARA NETO, 2007, p. 153.

a justiça do trabalho (já combatida) ou a liberdade de associação (aparentemente pacificada) possam vir a ser exemplos disso no caso do movimento sindical, todavia, a noção de legalidade é a mais sedutora de todas. Nenhuma das três, porém, se encaixa na reflexão a que me dediquei, ficando uma quarta sugestão para ser pensada: a não regulamentação de preceitos constitucionais. Neste caso, vale o relato de um outro episódio da greve de 2012, cuja fonte é uma professora que esteve no CNG: em uma das mesas de negociação com representantes do governo, um destes representantes, após discussão acalorada, diz não ter problema algum o governo não respeitar a constituição em nome de interesses nacionais maiores. Ora, é sabido que vivemos em um regime de estado de direito hegemônico pelas ideias de constitucionalidade e legalidade: o fato do descumprimento de uma lei ou da lei máxima não constranger as autoridades nacionais é significativo.

O acordo final assinado por governo e parcela minoritária da categoria docente, a 3 de agosto, dois dias depois do encerramento das negociações, comprovou que o negociador do governo na reunião final estava correto ao dizer que o termo de acordo ainda não havia sido finalizado na sua versão escrita. A meu ver, o que significa que a aposta em um modelo de harmonia prevaleceu, ainda que uma harmonia de histórico sindical, já que importantes estratos governamentais derivavam desta tradição (tratava-se do governo de Dilma Rousseff, do PT). O amoldamento de um acordo em que mais de 80% dos atingidos se recusaram a assiná-lo, mas foram obrigados a segui-lo dá o tom de que as relações sociais que se tornam jurídicas podem se caracterizar, numa dada hegemonia, por um sentido de justiça guiado pelo contraditório sem contraditório ou, mais explicitamente, pelo acordo sem acordo. No caso, o indiferente jurídico entrou em greve e o acordo foi obrigatório. É o que justifica a diferença entre as frases finais dos documentos dos dois principais polos deste processo: “por terem justas e acordadas as cláusulas deste Termo”⁴⁰ (para o Termo de acordo da greve) e “a greve é forte! A luta é agora”⁴¹ (para o Comunicado Especial do CNG que avaliava a proposta do governo).

40 MPOG; MEC; PROIFES, 2012, p. 5.

41 CNG/ANDES-SN, 2012a, p. 12.

5. Conclusão

No presente trabalho procurei proceder a um estudo da greve dos professores universitários de 2012 buscando a interface entre direito e antropologia a partir do diálogo entre a crítica jurídica e a antropologia do direito. O meio pelo qual conduzi esta análise foram as preconizações de Gramsci acerca do direito mesmo, para além de sua clausura normativista. Procurei, com isso, inseri-lo no debate antropológico, que segue o da teoria do direito ou é seguido por ela, em que a disputa pela compreensão do campo jurídico se dá entre o normativismo e a processualidade. Entendendo o direito como relações sociais específicas, pude caracterizar a juridicidade da greve no interior de tais relações e visualizá-la como uma das dimensões possíveis e concretas do indiferente jurídico gramsciano. Logo, com um conceito ampliado de direito (ainda que não perfeitamente delimitado) abriu-se flanco para a percepção da existência de uma cultura jurídica da harmonia na condução da greve por parte do polo estatal. Colocado o Brasil no espectro de um país de tradição colonial e de influência ocidental no período de independência formal, foi possível empreender uma interpretação crítica das consagradas visualizações dos sentidos de justiça aqui existentes, configurando a possibilidade de uma lógica harmônica do contraditório sem contraditório (bem como do acordo sem acordo), a partir da de uma reflexão antropológico-jurídica da greve encerrada sob o signo do consenso que, na verdade, é coerção. Assim, aduzindo à posição de antropólogo grevista da greve, construí um esboço de reflexão sobre textos, complexificando a relação entre antropólogo e militante e uma problematização do entendimento do direito nas searas jurídica e antropológica, devido a sua ambiguidade intra, extra e antiestatal.

Referências

- ALCÂNTARA NETO, Martiniano Sardeiro. *O caso Haximu: a construção do crime de genocídio em um processo criminal*. Rio de Janeiro: Programa de Pós-Graduação (Mestrado) em Antropologia Social/Museu Nacional, 2007.
- ASSIER-ANDRIEU, Louis. *O direito nas sociedades humanas*. Tradução de Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- BOHANNAN, Paul. A categoria *injô* na sociedade Tiv. Tradução de Alba Zaluar Guimarães. In: DAVIS, Shelton H. (org.). *Antropologia do direito*:

- estudo comparativo de categorias de dívida e contrato. Rio de Janeiro: Zahar, 1973a, pp. 57-69.
- BOHANNAN, Paul. Etnografia e comparação em antropologia do direito. Tradução de Tereza Cristina Araujo Costa. In: DAVIS, Shelton H. (org.). *Antropologia do direito: estudo comparativo de categorias de dívida e contrato*. Rio de Janeiro: Zahar, 1973b, pp. 101-123.
- BUCKEL, Sonja; FISCHER-LESCANO, Andreas. Reconsiderando Gramsci: hegemonia no direito global. Tradução de Tatiane Honório Lima. *Revista direito GV*. São Paulo: FGV, vol. 5, n. 2, julho-dezembro de 2009, pp. 471-490.
- CNG/ANDES-SN. Avaliação do CNG/ANDES-SN. *Comunicado especial*. Brasília: CNG/ANDES-SN, 14 e 15 de julho de 2012a.
- CNG/ANDES-SN. Análise preliminar dos “aspectos conceituais da proposta de reestruturação das carreiras docentes” e tabelas (diferenças entre as duas propostas apresentadas pelo governo). *Comunicado especial*. Brasília: CNG/ANDES-SN, 26 de julho de 2012b.
- CUNHA, Manuela Carneiro da. “Cultura” e cultura: conhecimentos tradicionais e direitos intelectuais. In: CUNHA, Manuela Carneiro da. *Cultura com aspas e outros ensaios*. São Paulo: Cosac Naify, 2009, pp. 311-373.
- DAICH, Deborah; SIRIMARCO, Mariana. Anita Anota. El antropólogo en la aldea (penal y burocrática). *Cadernos de Campo*. São Paulo: USP, vol. 18, n. 18, 2008, pp. 13-28.
- DURKHEIM, Émile. *Da divisão do trabalho social*. Tradução de Eduardo Brandão. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.
- EILBAUM, Lucía. O corpo do acusado: escrita, oralidade e direitos na justiça federal argentina na cidade de Buenos Aires. In: GROSSI, Miriam Pillar; HEILBORN, Maria Luiza; MACHADO, Lia Zanotta (orgs.). *Antropologia e direitos humanos*. Blumenau: Nova Letra, vol. 4, 2006, pp. 243-302.
- GLUCKMAN, Max. Obrigação e dívida. Tradução de Vera Maria Cândido Pereira. In: DAVIS, Shelton H. (org.). *Antropologia do direito: estudo comparativo de categorias de dívida e contrato*. Rio de Janeiro: Zahar, 1973, pp. 25-56.
- GRAMSCI, Antonio. *Cadernos do cárcere: os intelectuais. O princípio educativo. Jornalismo*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. 5 ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, vol. 2, 2010.
- GRAMSCI, Antonio. *Cadernos do cárcere: Maquiavel. Notas sobre o estado e a política*. Tradução de Luiz Sérgio Henriques, Márcio Aurélio Nogueira

- e Carlos Nelson Coutinho. 3 ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, vol. 3, 2007.
- HARTUNG, Miriam Furtado. Saberes reversos ou o difícil diálogo entre saberes 'tradicionais' e poderes estatais. *Antropologia em primeira mão*. Florianópolis: PPGAS/UFSC, n. 115, 2009, pp. 1-14.
- KENNEDY, Duncan. Antonio Gramsci and the legal system. *ALSA Forum*. Chicago: American Legal Studies Association, vol. VI, n. 1, 1982, pp. 32-36.
- LATOURET, Bruno. *La fabrique du droit: une ethnographie du Conseil d'État*. Paris: La Découverte, 2004.
- LEAL, Alejandra. Burocracia, justicia y pluralismo jurídico: una exploración de los espacios del poder en Oaxaca. *Revista alteridades*. México-DF: Universidad Autónoma Metropolitana, vol. 16, n. 31, 2006, pp. 39-48.
- LIMA, Roberto Kant de. Por uma antropologia do direito, no Brasil. In: LIMA, Roberto Kant de. *Ensaio de antropologia e de direito*. 2 tir. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, pp. 1-38.
- LIMA, Roberto Kant de. Sensibilidades jurídicas, saber e poder: bases culturais de alguns aspectos do direito brasileiro em uma perspectiva comparada. *Anuário Antropológico*. Brasília: DAN/UnB, vol. 2009-II, dezembro de 2010, pp. 25-51.
- LITOWITZ, Douglas. Gramsci, Hegemony, and the Law. *Brigham Young University Law Review*. Provo: Brigham Young University, vol. 2, 2000, pp. 515-551.
- MAINE, Henry Sumner. *Ancient Law*. New York: Cosimo, 2005.
- MALINOWSKI, Bronislaw. *Crime e costume na sociedade selvagem*. Tradução de Maria Clara Corrêa Dias. 2 ed. Brasília: UnB, 2008.
- MIGNOLO, Walter D. *Histórias locais/Projetos globais: colonialidade, saberes subalternos e pensamento liminar*. Tradução de Solange Ribeiro de Oliveira. Belo Horizonte: UFMG, 2003.
- MOORE, Sally Falk. Certainties undone: fifty turbulent years of legal anthropology, 1949-1999. *The journal of the Royal Anthropological Institute*. London: Royal Anthropological Institute, vol. 7, is. 1, 2001, pp. 95-116.
- MORGAN, Lewis H. *A sociedade primitiva*. Tradução de Maria Helena Barreiro Alves. Lisboa: Presença, vol. II, 1974.
- MPOG; MEC; PROIFES. *Termo de acordo n. 1/2012*. Brasília: MPOG, 3 de agosto de 2012.

- NADER, Laura. Harmonia coerciva: a economia política dos modelos jurídicos. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*. São Paulo: ANPOCS, n. 26, outubro de 1994, pp. 1-14 p.
- RADCLIFFE-BROWN, Alfred Reginald. *Estrutura e função na sociedade primitiva*. Tradução de Nathanael C. Caixeiro. Petrópolis: Vozes, 1973.
- SCHAVELZON, Salvador. A abertura e o Estado Pluralista como busca de solução constitucional ao problema das duas Bolívias. *Cadernos PROLAM/USP: Brazilian journal of Latin American studies*, ano IX, v. I, 2010, pp. 80-97.
- SCHRITZMEYER, Ana Lúcia Pastore. *Controlando o poder de matar: uma leitura antropológica do Tribunal do Júri – ritual lúdico e teatralizado*. São Paulo: Programa de Pós-Graduação (Doutorado) em Antropologia Social/FFLCH/USP, 2001.
- SINGER, André. *Os sentidos do lulismo: reforma gradual e pacto conservador*. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.
- WADE, Peter. Introduction. In: WADE, Peter (ed.). *The right to difference is a fundamental human right: GDAT debate*, 1999. Manchester: University of Manchester, 2000, pp. 1-7.

Recebido em 08 de abril de 2020.

Aprovado em 16 de agosto de 2020.

RESUMO: O presente ensaio busca realizar uma reflexão sobre a noção gramsciana de “indiferente jurídico” a propósito de uma greve de professores universitários. Tendo por ponto de partida o campo da antropologia jurídica, em diálogo com perspectivas críticas do direito, o texto apresentará uma concepção ampliada do fenômeno jurídico como relações sociais em contraponto ao normativismo, a fim de problematizar as ambiguidades da cultura jurídica. Por fim, a proposta analisará a produção de documentos no contexto da greve docente de 2012, demonstrando o lugar da mesma no “indiferente jurídico” e a existência da hegemonia de ideologia jurídica de harmonia coerciva do “acordo sem acordo”.

Palavras-chave: antropologia jurídica; indiferente jurídico; teorias críticas do direito.

ABSTRACT: This essay aims to reflect on the Gramscian notion of “juridical indifferent” regarding a strike by university professors. Starting from the field of legal anthropology, in dialogue with critical perspectives of Law, the text will present an expanded conception of the legal phenomenon as social relations in opposition to normativism, in order to problematize the ambiguities of legal culture. Finally, the proposal will analyze the production of documents in the context of the 2012 professors strike, demonstrating its place in the “juridical indifferent” and the existence of the hegemony of legal ideology of coercive harmony of the “agreement without agreement”.

Keywords: legal anthropology; juridical indifferent; critical theories of Law.

Sugestão de citação: PAZELLO, Ricardo Prestes. No rastro do “indiferente jurídico”: ensaio de antropologia do direito a propósito de um movimento grevista de professores. *Revista Direito, Estado e Sociedade*, Edição n. 62/2023. DOI: <https://doi.org/10.17808/des.0.1443>.

Coragem cívica e resistência: o que têm a ver com a responsabilidade pessoal?

*Civic Courage and Resilience: What do they have to do with
personal responsibility?*

Wolfgang Heuer*

Universidade Livre de Berlim (FU-Berlin)

1. Introdução

Quando ouvimos os três termos coragem cívica, resistência e responsabilidade pessoal, surge a pergunta: Por que estamos interessados nestes fenômenos? Por causa dos movimentos sociais em geral que despertam nosso interesse? Ou por um casual interesse de pesquisa, já que, como pesquisadores, estamos sempre à procura de um tema interessante? Ou estamos profundamente preocupados porque vivemos em tempos de convulsões, o retorno à geopolítica imperial e violenta da Rússia, o apelo do autoritarismo aos líderes estatais fascistas e a importante mudança climática? Talvez nos sintamos desafiados a reagir e agir? E sentimos este chamado não apenas como cientistas, mas também como cidadãos, estes dois mundos de nossa existência? Então ficaríamos tocados pelo que eu chamaria de apelo de responsabilidade, o apelo de um mundo em crise, ao qual somos desafiados a responder: não com desculpas, não com vagueza, mas com compromisso, com coragem. E não apenas como cidadãos, mas também e igualmente como cientistas.

* Doutor em Ciência Política pela Freie Universität Berlin. Professor junto ao Instituto Otto-Suhr de Ciência Política, da Universidade Livre de Berlim (FU-Berlin). E-mail: wolfgang.heuer@gmx.de.

Os conceitos de coragem cívica, resistência e responsabilidade pessoal perdem sua vivacidade, sua emocionalidade e sua relação com o apelo da responsabilidade assim que os submetemos a uma consideração objetiva e distante.

Isto levanta a questão de como nós, estrangeiros, falamos sobre o que está acontecendo na Ucrânia, um país democrático e voltado para o futuro, cujos cidadãos, como nós, estão fazendo tudo o que é possível para uma boa vida: Educação, planos para o futuro e hobbies, até que no meio desta paz um enorme exército marcha em e de um dia para o outro começa a destruir áreas residenciais, vilas inteiras, vidas humanas, todos os sonhos. Seu objetivo: a dissolução da nação, a erradicação da cultura, a destruição da população.

Como analisamos os eventos? De forma factual, científica e objetiva? *Sine ira et studio*, como o politólogo Eric Voegelin insistiu porque achava que o livro de Arendt sobre totalitarismo era muito emocional? Ou sem o tom alegadamente irônico que os críticos do livro de Arendt “Eichmann em Jerusalém” acharam insuportável? Ou concordamos com Arendt que “somente se a pobreza for feita ‘objetiva’, ou seja, desumanizada, ou seja, arrancada do contexto da vida pública, ou seja, do contexto humano de solidariedade, ou seja, desnaturada (despojada de sua - pobreza - natureza distintiva), é possível chegar à absurda demanda de *Wertfreiheit*¹, a ausência de valor subjetivo. Se ao invés disso o fenômeno da pobreza é compreendido em seu contexto social e, portanto, como desumano e injusto, isto justificadamente leva à raiva, indignação e violência (“Da Violência”). Reagir a tal reação com “gratificações substitutas” é um ato de desumanização. Para ser capaz de reagir racionalmente, é preciso antes de tudo ser responsivo, ser capaz de ser “comovido”; e o oposto de tal capacidade de reação não é a chamada razão, mas a insensibilidade - comumente um fenômeno patológico - ou sentimentalismo, ou seja, uma perversão emocional”².

Por conseguinte, temos que olhar a coragem cívica, a resistência e a responsabilidade pessoal em seus respectivos contextos, concretamente, por meio de exemplos. Assim como Sócrates já sabia que a coragem só podia ser entendida por meio de exemplos.

1 ARENDT, Hannah: *Denktagebuch 1950-1973*, Munique 2002, p. 89.

2 ARENDT, Hannah: *Macht und Gewalt*, em: *In der Gegenwart, Übungen im politischen Denken II*, Munique 2002, p. 190.

Portanto, gostaria de olhar para os três conceitos a partir das três perguntas a seguir:

1. O que a resistência da Ucrânia revela sobre nosso engajamento político e científico? Quanta coragem e responsabilidade pessoal temos que praticar na política e na ciência? (Arendt, Habermas)
2. Em segundo lugar, se uma sociedade civil forte e ativa oferece a melhor proteção contra o autoritarismo interno e contra os ataques do exterior, então surge a questão de até que ponto o exercício da responsabilidade pessoal pode contribuir para o fortalecimento da sociedade civil? (Arendt)
3. E, em terceiro lugar, que papel desempenha a coragem cívica, e também, a desobediência civil, na defesa diária das sociedades democráticas? (Kennedy, Havel, Arendt, Habermas, Rawls)

2. O que a resistência da Ucrânia revela sobre nossa compreensão de nosso engajamento político e científico?

Para responder a esta pergunta, gostaria de apresentar um exemplo, a comparação da coragem de Hannah Arendt com a hesitação de Jürgen Habermas e chamar a atenção para a medida em que os dois lados dessas pessoas, o cidadão de um lado e o filósofo do outro, encontram-se ligados, para que encontremos a coragem ou a hesitação do cidadão ao mesmo tempo que a coragem ou hesitação do filósofo, e conseqüentemente ambos os lados dessas pessoas são inseparáveis. Em resumo, alguém que é corajoso como cidadão também é corajoso academicamente, e vice-versa? Gostaria de comparar a atitude de Arendt em relação à resistência do povo judeu nos anos 40 com a atitude de Habermas hoje em relação à resistência do povo ucraniano e depois discutir o ímpeto de Arendt em seu ensaio “Da Violência” e as críticas de Habermas a ela.

a. A Guerra Judaica de Arendt

O papel que a raiva, a indignação e a coragem desempenham no julgamento político de Arendt é demonstrado por seu compromisso durante a Segunda Guerra Mundial para salvar o povo judeu.

Em uma coluna do jornal alemão-judaico Aufbau em Nova York, ela fez campanha pela criação e reconhecimento de um exército judeu próprio

contra Hitler e a Alemanha nazista e comentou as resoluções das organizações judaicas. Seu tom era retoricamente excelente, polêmico, mobilizador, decisivo e claro; para um exército próprio a fim de salvar o povo judeu, para poder aparecer como igual aos outros povos, para ganhar autoconfiança e para se livrar do status e dos sentimentos de inferioridade de um povo oprimido. Devido à invasão de Hitler em vários países, todos os povos europeus haviam se tornado párias e, segundo Arendt, o destino judeu não seria decidido na Palestina, mas na Europa.

Vou citar alguns exemplos de seu compromisso e tom: “Um exército judeu não é uma utopia se os judeus de todos os países a exigirem e estiverem dispostos a entrar como voluntários”³. “A liberdade não é um dom - essa é uma velha e muito oportuna sabedoria sionista. A liberdade também não é um prêmio pelo sofrimento suportado. Uma verdade desconhecida para o povo judeu, que eles estão apenas começando a aprender, é que só se pode defender como aquilo que se é atacado”⁴.

Quando quatro institutos judeus elaboraram planos de paz em 1942, Arendt criticou os autores: “Os estudiosos são pessoas estranhas, e tivemos as experiências mais tristes com eles nos últimos tempos. Em algum momento, quando sucumbiram ao domínio do positivismo, tornaram-se ‘apolíticos’; esqueceram o que é verdade em nome do correto e se separaram descuidadamente da causa da liberdade e da justiça. Desde então, eles estão prontos para dar uma mãozinha a qualquer sistema político”⁵.

Finalmente, a Revolta do Gueto de Varsóvia e os partidários judeus são saudados entusiasticamente por Arendt. “Glória e honra são palavras novas no vocabulário político de nosso povo”⁶, que pode contar com outros movimentos clandestinos e também com a população civil não-judeu. “Medo e esperança, estes dois arqui-inimigos da política judaica” perderam seu poder, segundo Arendt, porque os judeus europeus “passaram por muitos infernos para que alguém ainda incuta medo neles, e que se deixaram enganar por demasiadas esperanças vãs para que alguém ainda os seduzisse”⁷. Já se foi o tempo quando “intelectuais idiotas” declararam que a vida era o mais alto

3 ARENDT, Hannah: Die jüdische Armee-der Beginn einer jüdischen Politik? Nova Iorque: Aufbau, 14 de novembro de 1941, p. 41

4 1941, p. 22.

5 1941, p. 50.

6 1941, p. 130.

7 1941, p. 151

dos bens e assim criaram uma mentalidade escrava; “... ninguém é mais fácil de matar do que um escravo”⁸.

Para o futuro e as próximas batalhas, Arendt deseja lembrar a luta de jovens judeus *partisans* como heróis e não como mártires, “e recapitular o mais frequentemente possível, no espírito dos antigos, as etapas da batalha no Gueto de Varsóvia” (157).

b. Habermas olha para a Ucrânia

O *pathos* de resistência e autoconsciência de Arendt dificilmente pode ser contrastado mais fortemente em conteúdo e retórica do que por Habermas em seu artigo “Guerra e Indignação”⁹.

Sua principal preocupação é controlar as emoções que, ao contrário de Arendt, o preocupam. Pois existe um “limiar de risco”, diz ele, ou seja, o uso de armas nucleares. Como “uma guerra contra uma potência nuclear não pode mais ser ‘vencida’ em qualquer sentido razoável”, ela “não pode terminar em vitória, mas na melhor das hipóteses com um compromisso que proteja a reputação de ambos os lados”. Assim, não há “espaço para jogar pôquer arriscado”, mas apenas “espaço para discussões”. Habermas, como ele explica, viveu “pós-heroicamente” por muito tempo na Europa Ocidental da Guerra Fria sob o escudo nuclear dos EUA e confiou as tarefas de defesa a exércitos profissionais. Agora ele está preocupado com uma geração de políticos mais jovens “que foram educados para serem sensíveis às questões normativas, que não escondem suas emoções e ... com gestos credíveis e retórica confessional”. Para eles, o discurso em vídeo de Selenskyj no Bundestag alemão “só causou uma confusão de sentimentos, uma confusão entre reações de aprovação sem guarda, mera compreensão pela perspectiva do outro e o devido autorrespeito”.

A fim de controlar e diminuir estas emoções, Habermas elimina em grande parte a perspectiva da Ucrânia. Com ela, também o fato de que o ataque russo à Ucrânia é sem dúvida dirigido aos valores europeus, cuja defesa começa na Ucrânia, e conseqüentemente nós, na Europa, somos diretamente afetados pela guerra. Mas Habermas não aborda esta perspectiva

8 1941, p. 67

9 HABERMAS, Jürgen. War and Indignation. The West's Red Line Dilemma. Reset Dialogues on Civilizations, Milano, 6 de maio de 2022.

européia; ele se limita à estrutura nacional da Alemanha e se instalou no papel de espectador.

Habermas vê a Ucrânia e o Ocidente na defensiva e considera que as emoções que se aplicam à luta de resistência são o maior obstáculo para um cessar-fogo. O medo e a esperança ressoam neste discurso racional, não são bons conselheiros emocionais para a ação política, como Arendt nos lembra e Aristóteles já sabia. E a tese de Habermas de que as emoções são “sentimentos estimulados de perto” com um “alcance limitado” foi refutada por Arendt com sua prática distanciada e, não obstante, calcada em emoções.

O historiador Timothy Snyder, um profundo especialista em história ucraniana, acusa Habermas de ignorância da experiência ucraniana, do discurso pós-colonial e da história pós Segunda Guerra Mundial¹⁰. Habermas não menciona que o caso ucraniano é uma luta pela existência e confirma a propaganda russa sobre o perigo da guerra nuclear.

Snyder também aponta para a atitude colonialista ainda eficaz. A Ucrânia sempre foi vista como uma província da Rússia. Hitler queria fazer dela uma colônia alemã, e as tropas alemãs assassinaram mais ucranianos que russos na União Soviética e a maior proporção de judeus do Leste Europeu na Ucrânia, sem que a população alemã soubesse disso hoje.

3. Violência e Poder

O fato de que a posição corajosa de Arendt, por um lado, e a atitude hesitante de Habermas, por outro, não só moldam o seu diferente compromisso político, mas também a crítica acadêmica, é deixado claro pelo ensaio de Arendt sobre poder e violência (“Da Violência”) e a atitude de desdém de Habermas em relação a ele. Essa paixão não só molda o ensaio de Arendt, mas também seu interesse pelo conhecimento, ela mesma confessa:

Conhecemos muito bem as explosões recorrentes de desespero apaixonado da razão, do pensamento e do discurso racional. Elas são as reações naturais das pessoas que sabem por experiência própria que o pensamento e a realidade se afastaram¹¹.

10 Timothy Snyder: Deutschlands Verantwortung, FAS 26/6/2022.

11 ARENDT, Hannah: Die Lücke zwischen Vergangenheit und Zukunft, em: Zwischen Vergangenheit und Zukunft. Übungen im politischen Denken, p. 10

A estreita constelação de aniquilação e libertação, que já desafiava o engajamento de Arendt nos anos 40, também retorna em seu ensaio “Da Violência”. Ali ela descreve a experiência de um século violento, que deu à violência um papel proeminente nas teorias de libertação, levou a uma confusão geral da teoria política e a uma radicalização violenta de partes do movimento estudantil (“Há um elemento de louca radicalização nessas crianças lançadoras de bombas”¹²). No entanto, é precisamente “função de toda ação, diferenciada de mero comportamento, interromper o que de outro modo prosseguiria automaticamente e, portanto, previsivelmente”¹³.

À luz deste significado de violência, Arendt enfatiza a importância do poder como a capacidade humana “não somente de agir, mas de agir de comum acordo”¹⁴. A esta formação de poder, Arendt acrescenta o famoso fortalecimento do poder de Montesquieu através de sua divisão e da divisão federal de poder dos Pais Fundadores dos EUA.

Arendt estava entusiasmada que a jovem geração do movimento estudantil de 1968 “se caracteriza em todas as partes pela mais pura coragem, um espantoso desejo de ação e uma não menos espantosa confiança na possibilidade de mudança”¹⁵.

É esta definição de poder em termos de sua emergência espontânea e ação participativa que o distingue tão claramente da dominação e da violência e o torna tão importante para a caracterização de uma sociedade civil forte.

Para Habermas, porém, isto é muito ousado e emocional e, portanto, não é pensado de forma realista¹⁶. Em sua crítica ao ensaio de Arendt, ele rejeita o que ele chama de “intersubjetividade intacta” na teoria de Arendt com seus elementos de comunicação, espaço de aparência, pluralidade e o tecido de referência dos assuntos humanos. Em sua opinião, a formação do poder não pode ser um fim em si mesma, mas deve ser “concebida como um potencial para a realização de fins”¹⁷. Esse conceito é cientificamente útil, é adequado para fins descritivos?”, pergunta ele, rejeitando-o. Porque Arendt deixa de fora da política todos os elementos estratégicos da ação

12 ARENDT, Hannah: Reflexões sobre política e revolução, Crises da república, p. 178.

13 1973, p. 115.

14 1973, p. 123.

15 1973, p. 105.

16 HABERMAS, Jürgen: Hannah Arendt's Communications Concept of Power, em: Hinchman and Hinchman (eds.): Hannah Arendt: Critical Essays, Suny Press 1994.

17 1994, p. 948

política como a fabricação e a violência, bem como as relações políticas administrativas da política com a economia e a sociedade. Ela é, portanto, incapaz de captar fenômenos de violência estrutural¹⁸. Sua orientação para uma concepção aristotélica de *praxis* e *poiesis* e dicotomias rígidas como a entre política e sociedade a tornam, critica Habermas:

vítima de um conceito de política inaplicável às condições modernas [...]; um Estado livre do processamento administrativo das questões sociais; uma política purificada das questões de política social; uma institucionalização da liberdade pública independente da organização do bem-estar; uma formação democrática radical da vontade que se detém na repressão social - isso não é caminho para nenhuma sociedade moderna¹⁹.

Habermas e Arendt apresentam assim duas perspectivas bem diferentes sobre política e sociedade: Habermas a intersubjetividade claramente “ferida” de um tipo de formação de poder que é estruturalmente restrito por barreiras de comunicação, Arendt a sempre renovada formação de poder que rompe com os processos automáticos de ação política e administrativa. Para Habermas, a referência de Arendt aos conselhos é insignificante e não é uma ocasião para refletir sobre as possibilidades de uma sociedade civil muito mais participativa. Arendt e Jaspers, como “intrépidos democratas radicais” (Habermas) com sentimentos elitistas, não se encaixam em seu mundo liberal, social-democrata²⁰, com a proximidade dela com o republicanismo. Habermas não está interessado na mudança e na constante renovação do mundo político, mas nas condições de sua estabilidade.

Passemos agora à segunda pergunta:

4. Em que medida a responsabilidade pessoal contribui para o fortalecimento da sociedade civil?

Para responder a esta pergunta, gostaria de ir um pouco mais longe a fim de fazer uso do potencial que reside na filosofia política de Arendt. Pois oferece os elementos centrais republicanos para a descrição de uma sociedade civil

18 1994, p. 955.

19 1994, p. 954

20 1994, p. 951

forte, sobre a qual o fortalecimento da responsabilidade pessoal é orientado. Quatro aspectos me parecem importantes: eles são

- Primeiro, a justificativa de nossa pluralidade existencial, que não é meramente quantitativa, mas qualitativamente distinta;
- Em segundo lugar, o julgamento plural que está disponível para nós, mesmo em tempos sombrios,
- Em terceiro lugar, a especificidade de nossa ação plural e
- Finalmente, em quarto lugar, o poder e sua consolidação institucional em federações e estados não soberanos.

No que diz respeito ao primeiro ponto, a pluralidade é um conceito novo e de longo alcance, que Arendt nos recomenda como base de toda sua perspectiva pós-totalitária. Este conceito de pluralidade inclui vários aspectos essenciais que distinguem uma pluralidade cívica e ativa de uma pluralidade liberal mais passiva: primeiro, a existência simultânea de igualdade e diversidade, o que torna a comunicação possível, mas também necessária. Então o significado da pessoa e sua caracterização por meio da distinção entre o quem e o quê de uma pessoa, entre os talentos e qualidades por um lado e a aparência incontrollável e a revelação de uma pessoa em suas incalculáveis possibilidades. Finalmente, a localização da pessoa não na subjetividade, mas na intersubjetividade em meio a relações plurais em duas formas de referência, que Arendt se refere espacialmente como o meio intermediário dos fenômenos políticos e estruturalmente na forma de uma rede de relações entre os atores. Fenômenos políticos como liberdade, desobediência civil, autoridade e poder são assim espacialmente localizados entre as pessoas e entendidos apenas intersubjetivamente. Isto liberta o conceito de potência horizontal de sua tradicional identificação com a dominação vertical. O poder não se trata, portanto, de dominação, mas de auto capacitação de, por exemplo, um fortalecimento da cidadania, na forma de iniciativas ou conselhos de cidadãos.

Esta descrição ideal das possibilidades desenvolvidas positivamente percebe, como um sistema de alerta precoce, qualquer forma de limitação: por exemplo, o nivelamento da diversidade, a apresentação da pessoa como imagem, o recuo para a autorrealização e o dano às relações mútuas através da dominação e formas de dependências unilaterais. Devemos estar muito atentos a estes fenômenos positivos e negativos intimamente relacionados, a fim de reconhecer as exigências concretas de nossa responsabilidade.

Isto também se aplica ao segundo aspecto, o julgamento plural. Ela se baseia na tese de Kant sobre o julgar no lugar de outro, graças ao poder

da imaginação. Arendt menciona como um exemplo os moradores de uma favela, com os quais entra numa perspectiva intersubjetiva.

Esta forma de julgamento intersubjetivo serve não apenas para julgar os eventos em nosso entorno imediato, pense na preocupação de Arendt com os desafios do julgamento no totalitarismo, mas também no ambiente mais amplo, até os desafios em nosso mundo global. Isto abre uma perspectiva cosmopolita, as coisas do mundo dizem respeito a todos nós. Mas Arendt também vê os perigos colocados pela globalização. Assim, já em 1957, em seu elogio “Karl Jaspers: Cidadão do Mundo”, ela declarou que não há alternativa significativa ao fato de que, em vista da globalização do mundo, devemos também tomar nota da diversidade de perspectivas neste mundo. Entretanto, “é natural”, explicou ela, “que a reação aos imensos perigos e fardos intoleráveis da ‘política mundial’ seja a apatia política, que também pode se manifestar no nacionalismo isolacionista ou numa rebelião desesperada contra a tecnologia moderna²¹. A reação a uma espécie de unificação global forçada pode ser “bem se converter numa carga insuportável, e não surpreende que as reações habituais a isso seja a apatia política, o nacionalista isolacionista ou a rebelião desesperada contra todos os poderes”²². A resposta a um tipo de unificação global pode causar “um tremendo aumento do ódio mútuo e uma irritabilidade um tanto universal de todos conta todos”. Então é preciso uma “solidariedade positiva na política” que “só pode existir com base na responsabilidade compartilhada”²³. Só se pode enfrentar significativamente os desafios da globalização e das crises renunciando não só à ação violenta, mas também ao pensamento abstrato²⁴, à recusa de comunicar e aos dogmas inquestionáveis.

O terceiro aspecto diz respeito à ação. Sob a impressão de despolitização no curso da era moderna e antipolítica totalitária no século 20, Arendt elogia a ação que é sempre possível, que começa novamente, como um milagre, como um “apesar de tudo”. Em “A Condição Humana”, ela caracteriza a não-ação e a ação em palavras patéticas, existenciais e filosóficas: a não-ação

21 ARENDT, Hannah: Homens em tempos sombrios, p.92

22 2008, p. 102.

23 2008, p. 102.

24 Em um prefácio a “The Warriors” de seu amigo J. Glenn Gray, Arendt cita: “... o pensamento abstrato é estritamente comparável à desumanidade das emoções abstratas” e acrescenta: “o amor e o ódio dos coletivos”, em: Hannah Arendt: Introduction to “The Warriors” de J. Glenn Gray, em: Thinking without a Banister, New York 2018, p. 317.

que segue a lei da natureza e se apressa para a morte desde o nascimento, entregando assim o cotidiano a um processo automático e desta forma é capaz de arrastar “consigo, inevitavelmente, todas as coisas humanas para a ruína e a destruição”²⁵. E, por outro lado, a ação, que Arendt contrasta com esta visão apocalíptica bíblica da desgraça como “a Nova Jerusalém”, como uma luz de ação, como uma curiosidade e um milagre, “que salva o mundo ... de sua ruína normal e ‘natural’”²⁶.

Os tempos modernos conhecem uma série de ações e eventos tão espontâneos que, segundo Arendt, provam a possibilidade de uma forma de Estado separada, a democracia de conselhos. Pensemos na revolução de 1956 na Hungria, mas também nas revoluções dos tempos modernos, no início das quais os conselhos sempre foram formados, mas depois destruídos pelos revolucionários, que de forma alguma partiram do poder e da pluralidade, mas dá vontade de domínio irrestrito.

A medida em que a pluralidade é ameaçada pelos próprios atores é também demonstrada pela reflexão da feminista berlinense Christina Thürmer-Rohr sobre os problemas de um movimento político. Suas observações são válidas para todos os movimentos sociais reformista. Ela escreve que a declaração de Arendt em “Sobre a Revolução” que “cada começo ... contém em si um elemento de completa arbitrariedade”, pois está fora da cadeia da causalidade e se “saiu da ordem contínua do tempo”²⁷, significa que um estreitamento do olhar e uma falta de preocupação são parte do começo, o que, segundo Thürmer-Rohr, leva ao fato de que “os iniciantes ... precisamente no apagado e impensado, arrastam as tradições de dominação para o novo”. Tal começo “quer a afirmação e o cenário inequívocos, não a visão multidimensional das coisas”. Ela pode não tolerar a pluralidade.

“A crítica feminista”, continua Thürmer-Rohr, “está em vias de se aproximar daqueles fardos de dominação que estavam em seu próprio começo”²⁸. Tais cargas de dominação também recaíram sobre a Revolução Americana, ou seja, a escravidão, e também sobre a Revolução Francesa, quando os revolucionários esqueceram as mulheres. No movimento feminista, argu-

25 ARENDT, Hannah: A Condição humana, p. 258.

26 2009, p. 259.

27 ARENDT, Hannah On Revolution, p. 265.

28 THÜRMER-ROHR, Christina: Die Anstößigkeit der Freiheit des Anfangens, Feministische Kritik – Feminismuskritik, em: Daniel Ganzfried / Sebastian Hefti (eds.): Hannah Arendt. Nach dem Totalitarismus, Hamburg 1997, p. 137.

menta Thürmer-Rohr, o conceito de “autodeterminação” desconsiderou a “relação com os outros” porque “esse por si só foi realizado por membros da cultura dominante com uma reivindicação egocêntrica e etnocêntrica”²⁹. Portanto, o feminismo ocidental e branco não levou a história do racismo, do colonialismo e do antissemitismo “para sua própria bagagem”³⁰ e só agora “começou a traçar as hierarquizações na tradição dos conceitos eurocêntricos de liberdade”³¹.

Reconhecer a pluralidade como base de nossa existência e liberdade não é reduzir os fenômenos do mundo de ação a uma singularidade como burguesia, patriarcado, soberania ou povo, é reconhecer a limitação do início como uma limitação pelo poder da pluralidade, ou seja, aceitar que existem diferentes grupos de poder ao mesmo tempo, daí o desapontamento de que as tradições de dominação tenham sido introduzidas em seu próprio início.

O quarto e último aspecto diz respeito à institucionalização do poder, não apenas na forma da separação de poderes de Montesquieu, mas também o federalismo como alternativa necessária a um Estado-nação étnico e uma soberania delimitadora e não dialógica. A ideia de federação apareceu muito mais vezes do que nos lembramos. Albert Camus, por exemplo, defendeu uma confederação franco-argelina, políticos africanos defendiam uma união da África Ocidental. Infelizmente, no processo de descolonização, tanto os colonizadores quanto os colonizados não resistiram à tentação do nacionalismo e ao caminho supostamente fácil da violência, cujas consequências continuam a moldar de forma negativa a política e a cultura dos países anteriormente colonizados. Nisso, a federação corresponde ao princípio simples da pluralidade, nossa igualdade e diversidade.

Em todos esses elementos da sociedade civil e suas ameaças, encontramos o lugar da responsabilidade pessoal: na defesa da pluralidade, do julgamento independente, das possibilidades de ação e da estrutura federal, não soberana, das relações políticas. Uma defesa em palavras e ações.

Finalmente, gostaria de abordar a terceira pergunta:

29 THÜRMER-ROHR.

30 THÜRMER-ROHR, p. 138

31 THÜRMER-ROHR.

5. Qual papel desempenha a coragem cívica, e também a desobediência civil, na defesa das sociedades democráticas? Ou seja, que papel desempenham ambas as formas excepcionais de ação?

Em primeiro lugar, qual é a diferença entre as duas formas de ação? A coragem cívica se refere a ações que se opõem a maiorias, conformismo ou dependências hierárquicas. A coleção de retratos de senadores americanos de John F. Kennedy no seu livro “Perfis de coragem” é exemplar. Kennedy ainda era um senador quando o livro foi publicado e queria apelar para a responsabilidade pessoal dos senadores de seu tempo para ser guiado pelo bem comum e não pelo interesse próprio. Os senadores retratados haviam representado suas opiniões dissidentes, de nenhuma forma necessariamente corretas, *vis-à-vis* seu grupo político ou seu eleitorado.

Outros exemplos de coragem cívica são os *whistleblowers* (delatores) como Daniel Ellsberg ou Edgar Snowden, que chamam a atenção para abusos no estado ou em empresas privadas onde trabalham, ou Leoluca Orlando, o prefeito de Palermo, que mobilizou com sucesso a população contra a Máfia.

Um exemplo fictício, que o opositor tcheco e depois presidente da República Tcheca, Vaclav Havel, elaborou em seu livro “O poder dos sem poder”, é sobre um verdureiro, que resistiu ao conformismo geralmente prevalecente através da não-participação. Ele se recusou, como fez todos os anos no dia 1º de maio, a pendurar a bandeira “Proletários de todos os países, unam-se” na vitrine de sua loja. Este ato, que vinha sendo praticado há décadas, não era mais aprovado por quase ninguém e, como gesto agora ritual, significava apenas: eu só o faço por medo, sou, portanto, obediente. Nos últimos anos da ditadura comunista uma ofensa como não colocar tal bandeira não era mais processada pelo governo. A recusa era, portanto, um ato de coragem cívica, praticado entre os concidadãos.

A desobediência civil, por outro lado, teria ocorrido se o Estado tivesse tomado uma ação ativa contra o verdureiro para forçá-lo a obedecer. Ele teria então se recusado a obedecer a uma medida concreta de forma não violenta. Poder-se-ia falar de resistência se ela ocorresse em uma frente mais ampla de cidadãos e de caráter não mais necessariamente não-violento.

Em todos estes exemplos, a liberdade é defendida e os atores são seu componente indispensável. Isto também é o que Arendt, Habermas e Rawls pensam, mas as diferenças entre eles são inconfundíveis. Para Arendt, as ações de desobediência civil, como as objeções de consciência na época

da guerra ilegal dos EUA contra o Vietnã, não se baseiam em decisões de consciência, mas em decisões políticas comuns. Arendt também não aceita as teses de que os desobedientes civis têm que aceitar a punição por violação de leis sem reclamação ou que as leis são violadas para provar sua inconstitucionalidade em casos judiciais subsequentes. Para Arendt, os EUA naquela época estavam em um estado alarmante: os processos públicos eram cada vez mais controlados pelos serviços secretos, os direitos fundamentais constitucionalmente garantidos eram abertamente violados e os poderes do Senado eram restringidos pelo executivo.

Enquanto Rawls ao mesmo tempo considerava os EUA como uma “sociedade avançada e bastante justa”, Arendt, ao contrário, considerava-o alarmantemente controlado por uma oligarquia política cujas atividades ameaçavam os fundamentos do sistema legal. Diante da aguda ameaça à lei e à liberdade, ela estava preocupada em defender a lei e a constituição contra o governo. Além disso, ela delineou uma concepção de lei segundo a dissidência no nível das leis era uma parte indispensável do consenso no nível da constituição. As normas legais, como as de toda a legislação trabalhista, sempre foram o resultado de ações de “natureza extralegal”. Portanto, não se deve apenas acolher a dissidência como uma ação específica, mas pensar em sua institucionalização na tradição das “associações políticas” – os conselhos – elogiadas por Tocqueville. Isso também tornaria supérfluo o conceito de desobediência civil, porque se trata de julgar e agir por conta própria: “É precisamente o extremo oposto da obediência, por assim dizer!” Arendt explica. “Todo mundo é um legislador. Com Kant, nenhum ser humano tem o direito de obedecer”³².

Distante deles, está Rawls, cuja desobediência civil só tinha em mente uma ação estatal que violava o senso majoritário de justiça.

Habermas se orientou explicitamente para a definição moral de Rawls de desobediência civil, mas ele está preocupado principalmente em abrir a política e a justiça à desobediência civil como uma forma de ação política. Ele se voltou contra a mentalidade dominante de “lei é lei” na Alemanha Ocidental democrática no início dos anos 80 e defendeu o reconhecimento da constante mudança social em curso e que a desobediência civil fosse

32 ARENDT, Hannah et al.: *Eichmann war von empörender Dummheit. Gespräche und Briefe*. Ed. por Ursula Ludz und Thomas Wild, p. 44.

entendida como um “guardião” da legitimidade³³. O Estado, que depende constantemente do consentimento, precisa da desobediência civil no limbo entre legalidade e legitimidade como “componente indispensável de uma cultura política madura”³⁴. Isto requer um procedimento correspondente de formação de vontade razoável.

Não é surpreendente que a mesma diferença entre Arendt e Habermas que já vimos se torne clara aqui: Arendt quer institucionalizar as associações locais e substituir a democracia representativa, senão por uma democracia conselheira, então expandi-la consideravelmente para incluir os conselhos. Habermas, por outro lado, está preocupado com as relações do governo com seu eleitorado e entende as formas de protesto funcionalmente como um meio de manter a legitimidade.

6. Conclusão

Finalmente, ao invés de uma conclusão eu gostaria de perguntar: Não é verdade que nós no Brasil entendemos melhor com Arendt do que com Habermas ou mesmo Rawls os desafios do nosso tempo e os desafios que o Brasil assim como a Alemanha enfrenta? Não vemos claramente os perigos quando a pluralidade, a ação, o julgamento e a formação do poder degeneram? Estamos dispostos a arriscar as aventuras de pensar e seus erros e assim contrariar o achatamento, a rotina e a falta de consideração? Queremos saber mais sobre pessoas como Vaclav Havel, Leoluca Orlando, Wolodymyr Selenskyj e muitos outros – e por último, mas não menos importante, queremos saber mais detalhes sobre as características de uma sociedade civil republicana? Então, já começamos a seguir o apelo da responsabilidade

33 HABERMAS, Jürgen: *Ziviler Ungehorsam – Testfall für den demokratischen Rechtsstaat. Wider den autoritären Legalismus in der Bundesrepublik*, es: Peter Glotz (ed.): *Ziviler Ungehorsam im Rechtsstaat*, Frankfurt a.M., p. 41.

34 HABERMAS, Jürgen, p. 43.

Referências

- ARENDDT, Hannah. On Revolution, Munique 1963.
- _____. *Reflexões sobre política e revolução*, São Paulo, 1970.
- _____. *Crises da república*. Trad. José Volkmann. São Paulo: Perspectiva, 1973.
- _____. *Denktagebuch: Zweiter Band, 1950-1973*. U. Ludz e I. Nordmann, (orgs.). Munique: Piper Verlag, 2002.
- _____. Macht und Gewalt, em: In der Gegenwart, *Übungen im politischen Denken II*, Munique, 2002.
- _____. Die Lücke zwischen Vergangenheit und Zukunft, em: *Zwischen Vergangenheit und Zukunft. Übungen im politischen Denken*, Munique, 2002.
- _____. Homens em tempos sombrios, tradução Denise Bottmann. Rio de Janeiro: Companhia de Bolso, 21 de outubro de 2008.
- _____. A condição humana. Trad. Roberto Raposo. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- _____. et. al. Eichmann war von empörender Dummheit. Gespräche und Briefe. Ed. por Ursula Ludz und Thomas Wild, Munique, 2011.
- HABERMAS, Jürgen. Ziviler Ungehorsam - Testfall für den demokratischen Rechtsstaat. Wider den autoritären Legalismus in der Bundesrepublik, es: Peter Glotz (ed.): *Ziviler Ungehorsam im Rechtsstaat*, Frankfurt a.M., 1983.
- _____. Hannah Arendt's Communications Concept of Power, em: Hinchman and Hinchman (eds.): *Hannah Arendt: Critical Essays*, Suny Press, 1994.
- _____. War and Indignation. The West's Red Line Dilemma. *Reset Dialogues on Civilizations*, Milano, 6 de maio de 2022. Disponível em: < <https://www.resetdoc.org/story/jurgen-habermas-war-indignation-west-red-line-dilemma/>>.
- SNYDER, Timothy. *Deutschlands Verantwortung*, FAS 26/6/2022.
- THÜRMER-ROHR, Christina. Die Anstößigkeit der Freiheit des Anfangens, Feministische Kritik – Feminismuskritik, em: Daniel Ganzfried / Sebastian Hefti (eds.): *Hannah Arendt. Nach dem Totalitarismus*. Hamburg, 1997.

Autor convidado.

Sugestão de citação: HEUER, Wolfgang. Coragem cívica e resistência: o que têm a ver com a responsabilidade pessoal?. *Revista Direito, Estado e Sociedade*, Edição 62, 2023. DOI: <https://doi.org/10.17808/des.0.1493>.



Notícias e informações

Resumos das dissertações e teses defendidas de janeiro a julho de 2023
no âmbito do Programa de Pós-Graduação em
Teoria do Estado e Direito Constitucional.

Aluno: Leonardo Laurindo Nascimento (Mestrado)

Título do Trabalho: A Guerra de Canudos na política republicana: da “entropia” baiana à consolidação da República.

Data da defesa: 11/04/2023

Banca: Adriano Pillati (orientador); Fábio Carvalho Leite; Joana de Souza Machado,

Resumo: Esta dissertação examina as consequências políticas da ordem constitucional iniciada em 1891 e a “década do caos” (1889-1898) que se instaurou após a Proclamação da República, a fim de investigar de que maneira o conflito em Canudos (1893-1897) ganha relevância na cena política, com o objetivo de situar sua importância para o processo de consolidação da República. A República retirou do jogo político o Poder Moderador, que até então era o principal dispositivo de manutenção de conflitos institucionais, sobretudo pela capacidade de promover a alternância de poderes de maneira relativamente pacífica. A ausência do poder de moderação abriu diversas tensões no campo institucional e civil. Como as bancadas legislativas eram formadas sob tutela da influência dos chefes políticos estaduais, a desordem se alastrou a todos os níveis da federação. Os embaraços entre o Executivo e o Legislativo, tanto a nível nacional quanto estadual, serão abordados por meio de bibliografia selecionada, limitando o escopo estadual à Bahia. O impacto da guerra em curso nas movimentações políticas e institucionais será avaliado, sem abrir mão de bibliografia de apoio, a partir de cartas de atores relevantes, manifestações públicas e discursos parlamentares. A guerra de Canudos, que surgiu da “entropia” iniciada pela nova Constituição e que se arrastou para o estado baiano, se tornou a conjuntura pela qual Prudente de Moraes foi capaz de isolar de vez os principais elementos que promoviam tensões e desestabilizações no interior da República, garantindo uma sucessão ao novo presidente civil relativamente ordenada.

Aluna: Juliana Caroline Carvalho Medeiros (Mestrado)

Título do Trabalho: Criatividade, Inteligência Artificial e Direito Autoral

Data da Defesa: 03/04/2023

Banca: Ilie Antonio Pele (orientador); Luca Schirru; Sergio Vieira Branco Junior.

Resumo: O presente trabalho de dissertação tem como objetivo analisar os produtos artísticos produzidos por sistemas de inteligência artificial frente ao direito autoral brasileiro. Para isso, utiliza-se o método teórico dedutivo, abordando aspectos panorâmicos sobre a inteligência artificial e o que o ordenamento jurídico brasileiro vigente regula sobre os direitos autorais. Para tanto, se levará em conta a essencialidade do requisito da originalidade para a proteção de obras autorais a fim de compreender a possibilidade de se conferir proteção jurídica autoral aos produtos de máquina. Ademais, esta dissertação trará ainda uma reflexão sobre a diferença do processo criativo de humanos e máquinas e de possíveis problemas da atribuição de direitos autorais às máquinas. Dessa forma, analisaremos não só a possibilidade jurídica como também a pertinência e interesse em se atribuir direitos autorais a produtos artísticos, literários e musicais desenvolvidos pela inteligência artificial. Assim, diante do atual contexto em que máquinas produzem produtos artísticos similares às obras autorais de indivíduos humanos, este trabalho objetiva ser uma reflexão sobre a necessidade de se pensar em um regime jurídico adequado à proteção dos produtos artísticos produzidos pela inteligência artificial.

Aluna: Sandra Maria Ortiz Morales (Mestrado)

Título do Trabalho: Crimigração e Nova lei de migração no Chile.

Data da Defesa: 04/05/2023

Banca: Joao Ricardo Wanderley Dornelles (orientador); Sergio Francisco Carlos Graziano Sobrinho; Victoria Amalia de Barros Carvalho Gozdawa de Sulocki.

Resumo: A percepção dos processos migratórios como problema de segurança nacional, principalmente a imigração irregular, levou à adoção pelos Estados de regulamentações que desrespeitam direitos e garantias fundamentais. Identificados e classificados como os “outros” ou “inimigos” que ameaçam a ordem social, os imigrantes em condição de irregularidade migratória são transformados em objetos de um discurso criminalizador não apenas nos debates públicos e políticos, mas também na legislação. O reforço preventivo de medidas de segurança na legislação americana e europeia depois dos ataques terroristas do ano 2001 nos Estados Unidos, deu origem ao fenômeno da convergência entre a Lei Penal e a Lei de Imigração, com o surgimento do termo “Crimigração”. Nesse contexto, o presente trabalho tem por objetivo o estudo da relação imigração-segurança, referenciando primeiramente como o conceito do Direito Penal do inimigo e o surgimento da percepção global do imigrante como o “outro”, influenciou fortemente na criação da legislação americana e europeia, de prevenção da imigração ilegal. Assim, a presente pesquisa também analisa como o Chile não é alheio a este fenômeno e, como em outros países, adotou a mesma lógica mencionada anteriormente em sua nova lei de migração. Essa nova lei, aprovada, no ano de 2021, embora considerada, no papel, um avanço no cumprimento dos padrões internacionais de proteção aos direitos, na realidade, perpetua condições de exclusão para os migrantes, com uma forte orientação para o fechamento de fronteiras, baseando-se na criminalização da imigração.

Aluna: Bruna Diniz Franqueira (Mestrado)

Título do trabalho: Digitalização da educação: o caráter bancário e as práticas de epistemicídio nas políticas educacionais digitais no Brasil

Data da Defesa: 20/04/2023

Banca: Adriana Vidal de Oliveira (Orientadora); Irene Rizzini, Tel Amiel.

Resumo: Neste trabalho, diante das preocupações colocadas pela realidade intensamente mediada por recursos digitais, buscamos compreender a Política Inovação Educação Conectada (PIEC), voltada para a transformação digital da educação pública. Nos perguntamos de que forma esta política se insere em um contexto mais amplo de disputa pela educação e a serviço de quem ela foi concebida. Para refletir sobre essas questões, trabalhamos com o conceito de educação bancária e com políticas educacionais libertadoras, conforme proposto e executado por Paulo Freire. Buscamos em Sueli Carneiro o conceito de epistemicídio para dar concretude à orientação bancária do sistema público de ensino brasileiro. A partir de uma leitura centrada nestes conceitos, analisamos os documentos normativos e marcos conceituais da PIEC, a fim de identificarmos seus objetivos e o projeto político a que se filia. Concluimos que a política, ao pretender a transformação digital como um fim em si mesma, não apoia uma verdadeira transformação social.

Aluna: Deborah Torres Leal (Mestrado)

Título do trabalho: Do empobrecimento de mulheres ao crescimento de plataformas digitais: o caso OnlyFans

Data da Defesa: 18/05/2023

Banca: Adriana Vidal de Oliveira (Orientadora); Marcia Nina Bernardes; Mariana Trotta Dallalana Quintans

Resumo: A fase atual do neoliberalismo é experimentada por meio de novos arranjos nas relações de trabalho, especialmente com a proliferação

do capitalismo de plataforma. A presente dissertação tem como objetivo propor uma lente de análise aos trabalhos sexuais em plataformas digitais de pornografia, utilizando, como estudo de caso, o fenômeno do Onlyfans. Mobilizando a discussão a partir do empobrecimento de mulheres, será feita uma análise teórica sobre como se deu a construção da mulher desde o início do capitalismo, de modo que se possa identificar quais papéis foram designados a ela, assim como analisar quais as funções que os trabalhos sexuais desempenham dentro da dinâmica liberal. Compreendendo a existência dessa mulher precarizada, será contextualizada a expansão da “uberização” da economia e levantada a hipótese de esses trabalhos em plataforma funcionarem como facilitadores da exploração capitalista. Por fim, a plataforma Onlyfans será apresentada como um modelo atualizado dessa exploração voltada aos trabalhos sexuais, tendo como seu período de ascensão a crise do coronavírus. Serão, então, demonstradas as suas especificidades em relação às outras plataformas de trabalho, juntamente com parte das consequências e condições vivenciadas por essas trabalhadoras.

Aluna: Anna Beatriz Alvim da Cunha Pereira Rodrigues (Mestrado)

Título do trabalho: Entre a burocracia e a democracia: proposições para a participação social nos serviços públicos à luz do princípio político do Comum

Data da Defesa: 01/06/2023

Banca: Adriano Pilatti (Orientador); Andreia Clapp Salvador; Virginia Totti Guimaraes

Resumo: A dissertação pretende investigar elementos da tensão entre burocracia e democracia, tendo por base a sociologia de Max Weber e perspectivas críticas da filosofia contemporânea, como é o caso das reflexões sobre o princípio político do Comum – que, na literatura de Christian Laval e Pierre Dardot, propõe uma revisitação da participação social na organização dos serviços públicos. Parte-se inicialmente da percepção de que, se de um lado a burocracia ainda é entendida como um imperativo de técnica, racionalidade e impessoalidade para a execução estatal das atividades e dos serviços

públicos, de outro, é inerente e necessária à sua modelagem uma alienação social e popular. A organização estatal em um aparelho administrativo estruturalmente burocrático, composto em sua maioria por especialistas e técnicos (não eleitos), afasta a coisa pública dos cidadãos – e, assim, convive com o permanente risco de desqualificação da política e de dissipação da legitimidade democrática dos processos de implementação das escolhas relacionadas à gestão dos interesses, utilidades e serviços públicos. Identificado o problema, a pesquisa busca demonstrar que as principais oposições democráticas ao fenômeno da burocratização tecnocrática (sejam elas de matriz liberal/gerencial, no viés da democracia diárquica, da democracia monitória ou da defesa das reformas gerenciais no aparato estatal; sejam as de matriz crítica/social, no viés autogestão anárquica ou da mera abertura de canais participativos dentro da própria burocracia estatal), não trazem propostas suficientemente aptas a contornar o desafio antes descrito. Ao final, defende-se como alternativa para o enfrentamento da disputa entre burocracia e democracia o referencial epistemológico do princípio político do Comum – que, embora também inserido na genealogia do pensamento crítico/social, assenta proposições mais 7 revolucionárias e originais para o problema da participação social nos serviços públicos, sobretudo a partir da práxis instituinte e do autogoverno democrático, como arranjos possíveis para a radicalização de uma estrutura decisória e coletiva fora da esfera estatal.

Aluno: Eduardo Ponce da Costa (Mestrado)

Título do trabalho: Inviolabilidade Parlamentar: estudo sobre as jurisprudências da Corte Constitucional Colombiana e do Supremo Tribunal Federal

Data da Defesa: 30/03/2023

Banca: Fábio Carvalho Leite (Orientador); Adriano Pilatti; Andre Gustavo Correa de Andrade.

Resumo: A proteção do membro do Poder Legislativo no tocante às suas opiniões, palavras e votos, por meio da inviolabilidade parlamentar, apresenta relevantes raízes históricas, presença em inúmeros ordenamentos jurídicos e

finalidades essenciais para o Estado Democrático de Direito, sobretudo, com atenção ao postulado da separação de poderes e à teoria da representação popular. Essa essencialidade ao sistema jurídico suscita debates a respeito dos seus contornos, sejam aqueles tracejados pelas normas constitucionais, sejam aqueles delineados pelas Cortes. Diante disso, pretende-se analisar como a jurisprudência de dois importantes tribunais, com competências em matéria constitucional, vêm se posicionando e definindo ou não parâmetros e limites à inviolabilidade parlamentar. São eles: o Supremo Tribunal Federal e a Corte Constitucional Colombiana. De ambas as Cortes, parte-se de um exame desde a promulgação da Constituição brasileira de 1988 e da Constituição colombiana de 1991 até os últimos julgamentos realizados em 2022.

Aluna: Juliana Chermont Pessoa Lopes

Título do trabalho: Justiça Climática nos tribunais: territórios e litigância climática brasileira

Data da Defesa: 11/04/2023

Banca: Danielle de Andrade Moreira (Orientadora); Eliane Cristina Pinto Moreira; Luiz Henrique Eloy Amado.

Resumo: A Dissertação de Mestrado “Justiça Climática nos tribunais: análise da litigância climática brasileira a partir da propositura dos territórios” se propõe a analisar as ações de litigância climática no Brasil que abordam o tema da Justiça Climática. Deseja-se, a partir disso, identificar como certos segmentos sociais, mais especificamente povos indígenas e quilombolas, têm se apropriado da pauta climática e levado suas demandas para os tribunais. Partindo desta perspectiva, o presente trabalho divide-se em três capítulos, sendo o primeiro destinado à apresentação dos conflitos territoriais no Brasil e sua conexão com a questão ambiental. Será apresentada brevemente a história agrária brasileira e como os conflitos socioterritoriais evoluíram para direitos consagrados na Constituição Federal, notadamente os direitos socioambientais. Além disso, será apresentado o movimento de “ambientalização das lutas sociais” visando contextualizar as lutas por Justiça Ambiental no Brasil e a relação destas com as lutas territoriais. Por fim, será apresentado o movimento por Justiça Climática e porque este deve

levar em consideração as especificidades dos territórios. Em adição a isto, será apresentada a litigância climática no Brasil, a partir da análise de casos organizados na “Plataforma de Litigância Climática no Brasil” e classificados de acordo com a abordagem da Justiça Ambiental/Climática. Por fim, serão selecionados os casos a serem analisados, sendo estes os que tiveram autoria ou participação ativa de indígenas ou quilombolas.

Aluna: Janayna de Alencar Lui (Doutorado)

Título do trabalho: Liberdade acadêmica no estado democrático de direito : discursos jurídicos em debates públicos

Data da Defesa: 23/06/2023

Banca: Fábio Carvalho Leite (Orientador); Adriano Pilatti; Andre Gustavo Correa de Andrade, Fábio Carvalho Leite; Florian Fabian Hoffmann; Joana de Souza Machado

Resumo: A ideia central desta tese é correlacionar restrições e amplitudes da liberdade acadêmica em tempos políticos específicos. Além das normas constitucionais que asseguram o direito de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o conhecimento científico, este trabalho analisa discursos e posicionamentos de diferentes agentes do debate público sobre a liberdade acadêmica. Observamos que as prescrições normativas atinentes a regular as fronteiras entre o fazer e o não fazer no campo da educação englobam, além da Constituição Federal, no caso do Brasil, legislações infraconstitucionais. Assim, para além do contexto jurídico, foi essencial considerar o contexto político como fonte das reflexões acerca das violações de direito no campo da educação marcado, nos últimos anos, pelo desmonte de iniciativas democráticas cujo resultado impactou a vida de professores e pesquisadores brasileiros. Parte-se do pressuposto que o agravamento da crise institucional originou movimentos que não encontram correspondência no sistema político, cuja origem está relacionada às manifestações de junho de 2013 que deram vazão ao agravamento da polarização marcado por estratégias que provocaram a desfiguração de instituições democráticas, incluindo as instituições de ensino. O recorte teórico baseou-se no diálogo entre a teoria

política e a teoria constitucional contemporânea, com base em noções que inspiram análises dos discursos jurídicos sobre a liberdade acadêmica e suas dimensões.

Aluna: Carolina de Figueiredo Garrido (Mestrado)

Título do trabalho: Litigância climática transnacional no Capitaloceno: enfrentando o cenário de injustiça climática entre Norte e Sul Global

Data da Defesa: 10/04/2023

Banca: Danielle de Andrade Moreira (Orientadora); Caio de Souza Borges; Virginia Totti Guimaraes.

Resumo: A dissertação apresenta o contexto histórico das mudanças climáticas e do movimento ambientalista pela justiça climática para compreensão da distribuição desigual de ônus e bônus climáticos entre Norte e Sul Global, abordando a possibilidade de seu questionamento por meio de litígios climáticos transnacionais. O Antropoceno é uma nova era geológica em que a ação antrópica sobre o planeta se iguala a forças da natureza. Pretende-se complexificar essa discussão questionando que parcelas da humanidade seriam as responsáveis históricas, a partir de leituras críticas do Capitaloceno. Com base nesse histórico, contextualiza-se a desigual contribuição para a crise climática por parte de países do Norte e Sul Global, assim como suas distintas capacidades de se adaptar aos impactos devastadores resultantes dela, através das lentes da justiça climática. Investiga-se o papel de empresas, especialmente transnacionais, e como as estruturas jurídicas dominantes precisam ser adaptadas e atualizadas para enfrentar a questão da arquitetura da impunidade e da justiça climática. Aponta para o potencial de demandas levadas ao judiciário por meio de litígios climáticos transnacionais, especialmente em face de empresas e com base nos direitos humanos. Assim, analisa a propositura de ações em jurisdições do Norte Global questionando impactos negativos sofridos no Sul Global, frisando o impacto que esse tipo de litígio climático pode ter na promoção de justiça climática e responsabilização de empresas por violações de direitos humanos.

Aluno: Marcelo Santini Brando (Doutorado)

Título do trabalho: Mensurando modelos decisórios: construção e apresentação de evidências de validade de uma escala de atitudes em relação às regras (EARR)

Data da Defesa: 13/04/2023

Banca: Noel Struchiner (Orientador); Adrian Varjao Sgarbi; Guilherme da Franca Couto Fernandes de Almeida ; Luis Flavio Chaves Anunciacao; Ricardo de Lins e Horta.

Resumo: Esta tese tem por objeto o estudo interdisciplinar da aplicação de regras jurídicas. A pesquisa é dividida em duas partes. Na Parte I, o objetivo é conhecer a relação ou postura psicológica que as autoridades decisórias mantêm com regras por meio de um construto sociopsicológico aqui chamado de atitude em relação às regras. Também se busca investigar se essa atitude se relaciona com o processo de excetuar regras nas experiências recalcitrantes, com traços de personalidade do modelo dos Cinco Grandes Fatores, e com variáveis sociodemográficas. Após seguir o procedimento de construção de instrumentos psicológicos, procedeu-se à busca de evidências de validade da Escala de Atitudes em Relação às Regras (EARR) contendo 29 itens. O instrumento completo contendo itens sociodemográficos, a EARR, a Escala Reduzida de Descritores dos Cinco Grandes Fatores de Personalidade, e casos concretos a serem julgados pelos participantes, foi submetido a uma amostra diversa de 347 profissionais do direito ligados ao sistema de justiça e de bacharéis em direito. Os resultados encontrados fornecem evidências iniciais de validade interna do construto hipotético atitude em relação às regras, acessado e medido pela EARR com 12 itens e alpha de Cronbach de 0,89. Também foram encontradas evidências de validade externa em correlações com o traço de personalidade abertura à experiência, com diversas emoções e sentimentos autopercebidos, com variáveis sociodemográficas (ex.: local de residência e área de atuação profissional do participante) bem como com as médias dos julgamentos nos itens 2 e 3 dos casos concretos apresentados aos participantes, justificando a interpretação de que a relação ou postura psicológica das autoridades decisórias com as regras pode ser concebida como uma atitude. A atitude em relação às regras também se correlacionou da

maneira esperada com as respostas nos casos concretos, ressalvada a situação nº 1 do caso concreto nº 1, na qual o construto parece ter transbordado seu espaço de atuação esperado. A Parte II foi motivada por este achado e teve por objetivo buscar uma explicação teórica, além de organizar os achados teóricos e empíricos em um modelo abrangente de tomada de decisão jurídica. Para tanto, foram examinados diversos tópicos relacionados às exceções no campo do direito: conceito, diferenciação entre exceções predicativas e o processo de excetuar normas, os elementos desse processo, com destaque para o juízo de normalidade, e os resultados possíveis (mudança do sentido da norma vs. derrotabilidade). A partir dessas distinções formulou-se a hipótese de que o achado empírico que motivou o prosseguimento da pesquisa é parcialmente explicado pelo juízo de normalidade acerca do funcionamento do direito, que pode iniciar o processo de excetuar normas. Por fim, o acervo teórico e empírico é organizado em um modelo abrangente de tomada de decisão jurídica, que abarca a um só tempo a normalidade e anormalidade, os casos rotineiros e os casos incomuns, os casos fáceis e os casos difíceis. A Conclusão organiza as ideias centrais da tese, resume seus principais achados e revê as principais implicações para a Psicologia, para a Teoria do Direito e para a Psicologia Social do Trabalho e das Organizações.

Aluna: Anna Cecilia Faro Bonan (Doutorado)

Título do trabalho: O Movimento Unido dos Camelôs e a luta por direitos: o direito em disputa no contexto de repressão e criminalização dos camelôs no Rio de Janeiro.

Data da Defesa: 13/04/2023

Banca: Adriano Pilatti (Orientador); Carla Appollinario de Castro; Fernanda Maria da Costa Vieira, João Ricardo Wanderley Dornelles; Thula Rafaela de Oliveira Pires.

Resumo: Os trabalhadores ambulantes, cada vez mais comuns nas ruas nas grandes cidades do mundo, são sujeitos excluídos socialmente, embora incluídos pela sua própria exclusão em severas medidas de controle social. Caracterizados como desviantes em relação às formas jurídicas estabelecidas,

esses trabalhadores são alvos costumeiros de repressões estatais. Nesse quadro, tais cidadãos, em situação de informalidade e precariedade, inclusive em relação ao Direito, sofrem violentas intervenções do Estado supostamente em nome da “lei” e da “ordem”, inclusive por meio da instrumentalidade das normas jurídico-penais, ou seja, através de processos de criminalização. No entanto, por sua vez, trabalhadores ambulantes vêm reivindicando ao próprio Estado a garantia de seus direitos, em especial aqueles de ordem jurídico-constitucional. Diante dessa aparente contradição, a pesquisa trata de compreender não só os fundamentos e implicações da política repressiva ao comércio ambulante, no campo social e jurídico, mas também como o Movimento Unido dos Camelôs (MUCA), sujeito protagonista dessa investigação, vem disputando os instrumentos e discursos do Direito, tanto na ordem jurídico-legal como na ordem jurídico-política, no contexto de repressão e criminalização dos camelôs na cidade do Rio de Janeiro, desde a década de 90 aos dias atuais. Trata-se, então, de observar as múltiplas dimensões que o fenômeno jurídico manifesta para as lutas sociais e políticas desses trabalhadores. Ressalta-se ainda o papel da mediação jurídica exercida pela advocacia popular na luta por direitos dos camelôs na cidade carioca. A presente pesquisa tem cunho sócio jurídico, articula chaves teóricas de perspectiva crítica e é desenvolvida empiricamente por meio de análise documental e observação participante na modalidade de pesquisa-ação.

Aluna: Amanda Albano Souza da Silva (Mestrado)

Título do trabalho: O processo decisório no Supremo Tribunal Federal: colegialidade e decisões monocráticas

Data da Defesa: 30/03/2023

Banca: Adriano Pilatti (Orientador); Guilherme da Franca Couto Fernandes de Almeida; Jose Ribas Vieira.

Resumo: Nos últimos anos, o Supremo Tribunal Federal ganhou destaque no cenário político-jurídico mediante as oscilações do arranjo institucional brasileiro, com a crise de representatividade do poder legislativo e com a sua atuação em processos politicamente sensíveis. A partir do momento em

que a Corte é instada a imiscuir-se de maneira mais ativa, do ponto de vista macro, no diálogo interinstitucional frente aos demais poderes, há que se verificar sob o ponto de vista micro, o diálogo intrainstitucional na própria Corte. Isto é: faz-se mister compreender a formação da decisão do Tribunal, e como o diálogo dos pares caminha no percurso da deliberação. O recorte pretendido na presente dissertação tem por objetivo analisar as situações em que a Corte manifesta seu poder decisório de forma colegiada e como a individualização tem ganhado espaço no quantitativo da produção do Tribunal. Para isso, pretende-se verificar se o modelo decisório atual atende ao processo deliberativo afeto à Corte. Em sequência, busca-se identificar quais os poderes são conferidos aos Ministros de forma individualizada, bem como, o cabimento das decisões monocráticas, com destaque às figuras do Ministro Presidente e do Ministro Relator.

Aluno: Andreu Wilson Pereira Leandro (Doutorado)

Título do trabalho: Os Direitos Socioeconômicos e Culturais No Brasil: Entre Estratégias de Mensuração e Efetivação

Data da Defesa: 14/04/2023

Banca: Ilie Antonio Pele (orientador); Alexis Mendonça Cavichini Teixeira de Siqueira; Bruno Feigelson; Fábio Carvalho Leite; Florian Fabian Hoffmann.

Resumo: A presente tese de doutorado tem como proposta analisar a crônica desigualdade social brasileira, a qual tem os grupos vulneráveis como sua maior vítima, por meio da compreensão do binômio arrecadação-dispêndio de recursos públicos. Por meio de tal enfoque, busca-se compreender o papel do estado brasileiro na manutenção e recrudescimento das desigualdades socioeconômicas, sobretudo pelo meio com que arrecada impostos e a quem destina preferencialmente os recursos obtidos coletivamente, mas cuja fruição é desproporcionalmente destinada aos estratos mais altos da sociedade. Como forma de estabelecer um controle jurídico sobre o binômio arrecadação-dispêndio de recursos, utiliza-se do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966 e de sua previsão que veda a

discriminação na fruição dos direitos enquanto, simultaneamente, determina a sua realização progressiva, vedação à regressividade dos avanços obtidos e o dever de máxima alocação de recursos disponíveis para a efetivação dos direitos em questão. Defende-se na presente tese que tais características dos direitos socioeconômicos e culturais correspondem a um avanço metodológico em relação às formas usuais com que o direito brasileiro tem atuado para reduzir as desigualdades sociais, sobretudo por meio da judicialização para a obtenção de prestação estatais. Por fim, apresenta-se como a mensuração da desigualdade social, principalmente entre os grupos vulneráveis e o restante da população, propicia um novo ferramental para atuação legal e não institucional para a implementação de políticas públicas voltadas para a construção de uma sociedade mais justa.

Aluna: Marianne de Souza Varella Gomes (Mestrado)

Título do trabalho: Pachukanis e o direito penal: a racionalidade do terror de classe organizado

Data da Defesa: 13/04/2023

Banca: João Ricardo Wanderley Dornelles (Orientador); Sergio Francisco Carlos Graziano Sobrinho; Victoria Amalia de Barros Carvalho Gozdawa de Sulocki.

Resumo: O presente trabalho busca apresentar a influência de Evguiéni B. Pachukanis para o campo do direito penal, uma vez que essa compreensão se faz urgente para uma intervenção política que também compreenda as bases materiais que determinam a nossa forma específica de sociabilidade. Desse modo, como compreendido pelo jurista soviético e pelos marxistas, não seria possível concretizar reformas estruturais de intervenção na realidade, ainda que em favor da classe trabalhadora, que passem pelos mesmos mecanismos e instrumentos que nos são colocados pela classe capitalista, como os jurídicos e os políticos de Estado. Será, ainda, feita uma defesa, no horizonte das lutas populares, por um resgate à tese do fim do Estado, para não nos limitarmos a qualquer espécie de reformismo institucional ou outras concepções a-históricas ou idealistas acerca do direito e de uma su-

posta “função ressocializadora” do sistema penal. Será demonstrado como o direito penal exerce papel fundamental na manutenção da ordem capitalista e no controle violento daqueles que historicamente não se adaptam ou não são integrados ao funcionamento ordinário do mercado de trabalho. Nesse sentido, o jurista soviético era, não apenas um abolicionista penal, mas um revolucionário, ao enxergar no fim do direito penal como impossível de ser plenamente concretizado em uma sociedade na qual ainda haja circulação generalizada de mercadorias, dotadas de valor de troca, pois, como o direito é forma do capital, o sistema penal continuaria encarcerando corpos marginalizados em massa.

Aluna: Luiza Nunes Lemos (Mestrado)

Título do trabalho: Trabalho mediado por plataformas digitais: proteção ao trabalho enquanto dupla fonte de valor

Data da Defesa: 24/03/2023

Banca: Ilie Antonio Pele (orientador); Caitlin Sampaio Mulholland; Jose Eduardo de Resende Chaves Junior.

Resumo: A prestação de serviços por meio de plataformas digitais tem impactado diretamente os modos de organização do trabalho na sociedade, que vem dividindo-se entre buscar uma aplicação irrestrita do Direito do Trabalho ou defender a sua completa desregulação, sob a justificativa de não impedir o desenvolvimento. Há uma lacuna na pesquisa acadêmica e no debate na sociedade quanto a formas de proteção ao trabalhador de plataformas sob uma ótica externa ao Direito do Trabalho, que seja capaz de explicar e abordar tal fenômeno como um todo. A presente dissertação tem como objetivo responder se as categorias tradicionais do Direito do Trabalho são suficientes para, isoladamente, garantir os direitos fundamentais do trabalhador que presta serviços por meio de plataformas digitais, partindo das características fundamentais do presente contexto histórico, como mediação por algoritmos, extração massiva de dados e vigilância constante, e da importância do Direito do Trabalho. A pesquisa terá como marco teórico a descrição do capitalismo de vigilância de Shoshanna Zuboff, do corpo como elemento central do contrato de trabalho de Alain Supiot e

de desenvolvimento como liberdade de Amartya Sen. Tendo por base tais marcos, se buscará um diagnóstico atual e coerente do sistema no qual se desenvolve o trabalho desempenhado nas plataformas digitais, uma análise crítica das bases que estruturam o Direito do Trabalho e uma resposta multidisciplinar ao problema de como garantir proteção ao trabalho por meio de plataformas digitais enquanto dupla fonte de valor. O objetivo é buscar soluções que garantam o desenvolvimento das capacidades humanas e da condição de agente destas, sabendo que são, em última análise, a justificativa para a existência e atuação do Estado.

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 autoplágio total ou parcial sem a devida citação, implica em exclusão imediata do sistema de avaliação. A prática de plágio caracteriza crime previsto na legislação penal brasileira e a Revista se reserva o direito de tomar quaisquer medidas necessárias no caso de sua constatação. Mais informações sobre a política da instituição com relação a práticas de plágio e direito do autor estão disponíveis em: <http://vrac.puc-rio.br/cgi/cgilua.exe/sys/start.htm?inleid=726&sid=23>.

1.2. Apenas serão aceitos artigos produzidos por pesquisadores que tenham o título de doutor ou que estejam cursando o doutorado.

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 Comitê 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, italiano e francês.

2. Encaminhamento:

Os trabalhos a serem submetidos ao Comitê Editorial deverão ser, preferencialmente, enviados pelo site <http://www.jur.puc-rio.br/revistades/>;

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, id do ORCID e resumo da biografia do autor e de cada coautor (se aplicável).

Na biografia, solicita-se a inclusão do link para o currículo lattes. Indicar o título e resumo do artigo. Indicar também as referências utilizadas ao longo do artigo, no formato especificado no item 3.3 abaixo. Além disso, requeremos que sejam indicados, no campo "Comentários para o Editor", o nome de quatro pesquisadores como sugestão de pareceristas que o(s) autore(s) considerem referências acadêmicas para avaliar o artigo submetido. As sugestões devem ser de pesquisadores doutores, que não pertençam à mesma instituição do(s) autores, não sejam do estado do Rio de Janeiro, e não possuam quaisquer vínculos, acadêmicos ou pessoais, com o(s) autores (por exemplo, de orientação, coautoria, amizade etc.). A sugestão deve incluir o nome do pesquisador, o link para o currículo lattes e, quando possível, o e-mail de contato. Destes quatro nomes, apenas um será eventualmente utilizado pela Revista, como forma de preservar a avaliação duplo cega. A indicação tem o intuito de oferecer celeridade ao processo de avaliação e é obrigatória, sob pena de recusa do artigo na análise inicial do artigo pelo Comitê Editorial. 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. Apresentação

O texto deve ter entre 5.000 (cinco mil) e 8.000 (oito mil) palavras, não incluídos na contagem os elementos pré-textuais (título, resumo e abstract) e pós-textuais (referências bibliográficas e anexos e/ou apêndices), mas incluídas notas de rodapé. Sua preparação deve obedecer aos seguintes parâmetros: arquivo em formato .doc, 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.

3.2. Estrutura do trabalho

Para elaboração do artigo, os autores devem obedecer à seguinte sequência:

(OBS.: Para textos em português, TÍTULO, RESUMO, e PALAVRAS-CHAVE devem vir com tradução em inglês e antes do corpo do texto. Para artigos em outras línguas, os elementos correspondentes devem vir na língua do texto e com subsequente tradução em português 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 10, 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 6023/2018.

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 (no passo "Inclusão de Metadados", descrito na alínea "c" do Item 2.1 acima). 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*. Sequência: estudos jurídicos e políticos. Vol. 33, n. 64, 2012 <http://dx.doi.org/10.5007/2177-7055.2012v33n64p259>.

STRUCHINER, Noel; FRIAS, Lincoln. *The Cogni-*

tive 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: (i) Originalidade e relevância temática; (ii) Pertinência temática às linhas de pesquisa do Programa de Pós-Graduação da PUC-Rio; (iii) Adequação às normas de formatação e às diretrizes expostas nesta política; (iv) Titulação dos autores; (v) Ausência de elementos no texto e no arquivo que permitam a identificação da autoria; e (vi) adequação do conteúdo aos padrões de qualidade do periódico.

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 dois a seis 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: (i) Pertinência do título e resumo/abstract; (ii) Clareza na tese central do artigo; (iii) Clareza e pertinência na argumentação; (iv) Pertinência e adequação metodológica; (v) Pertinência e adequação do embasamento teórico; (vi) Relevância temática do artigo; (vii) 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 Comitê 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: <https://revistades.jur.puc-rio.br/>

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 Comitê Editorial através do seguinte e-mail: revistadireito@puc-rio.br.

