



Julio Cesar de Sá da Rocha
Organizador

DIREITOS HUMANOS EM PERSPECTIVA

desafios jurídicos
emancipatórios



EDUFBA

DIREITOS HUMANOS
EM PERSPECTIVA
desafios jurídicos
emancipatórios

UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA

Reitor

João Carlos Salles Pires da Silva

Vice-reitor

Paulo Cesar Miguez de Oliveira

Assessor do Reitor

Paulo Costa Lima



EDITORA DA UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA

Diretora

Flávia Goulart Mota Garcia Rosa

Conselho Editorial

Alberto Brum Novaes

Angelo Szaniecki Perret Serpa

Caiuby Alves da Costa

Charbel Niño El Hani

Cleise Furtado Mendes

Evelina de Carvalho Sá Hoisel

Maria do Carmo Soares de Freitas

Maria Vidal de Negreiros Camargo



Julio Cesar de Sá da Rocha
Organizador

DIREITOS HUMANOS
EM PERSPECTIVA
desafios jurídicos
emancipatórios

Salvador
EDUFBA
2019

2019, Autores.
Direitos dessa edição cedidos à Edufba.
Feito o Depósito Legal.

Grafia atualizada conforme o Acordo Ortográfico da Língua Portuguesa de 1990,
em vigor no Brasil desde 2009.

Capa
Gabriela Nascimento

Projeto Gráfico e editoração
Vânia Vidal

Revisão
Mariana Rios Amaral de Oliveira

Normalização
Emmanoella Ferreira

Sistema de Bibliotecas – UFBA

Direitos humanos em perspectiva : desafios jurídicos emancipatórios
/ Julio Cesar de Sá da Rocha (organizador). – Salvador :
EDUFBA, 2019.
510 p.

Reúne estudos produzidos a partir da disciplina Direitos Humanos e
Direitos Fundamentais do Programa de Pós-Graduação em Direito da
UFBA.
ISBN 978-85-232-1951-2

1. Direitos humanos. 2. Direitos humanos - Brasil. 3. Direitos sociais -
Brasil. I. Rocha, Julio Cesar de Sá da.

CDD - 341.480981

Evandro Ramos dos Santos CRB-5/1205

Editora afiliada à



Editora da UFBA

Rua Barão de Jeremoabo
s/n – Campus de Ondina
40170-115 – Salvador – Bahia
Tel.: +55 71 3283-6164
www.edufba.ufba.br
edufba@ufba.br

SUMÁRIO

Prefácio	9
<i>Ordep Serra</i>	
Apresentação	13
<i>Luiz Viana Queiroz e Fabrício Castro</i>	
Introdução	15
<i>Julio Cesar de Sá da Rocha</i>	
<i>PARTE I</i>	
DIREITOS HUMANOS	
SOB UMA PERSPECTIVA TEÓRICO-CRÍTICA	
A (in)adequação dos direitos humanos como conteúdo mínimo da bioética global	21
<i>Amanda Souza Barbosa</i>	
O homem na máquina <i>a fragilização do homem pelo distanciamento</i>	37
<i>Arthur Lavigne Gesteira Slaibi</i>	
Breve esboço sobre formação em “direitos humanos”	55
<i>David Sierra Sorockinas</i>	
Constitucionalismo decolonial e o animal não humano	65
<i>Jailson José Gomes da Rocha</i>	
<i>Heron José de Santana Gordilho</i>	

Os direitos humanos e a justiça jurídica 91
uma leitura funcional à luz de Günther Teubner
Larissa Andrade Teixeira Pereira

Por uma história social dos direitos humanos 117
reflexões a partir das lutas dos escravizados pela liberdade
na última década do escravismo no Brasil
Txapuã Menezes Magalhães

PARTE II

DIREITOS HUMANOS E POVOS TRADICIONAIS

As comunidades tradicionais quilombolas 145
na perspectiva dos direitos humanos
uma análise do quilombo de São Francisco do Paraguaçu-BA
Alexsandro Pitanga Moraes

Educação indigenista e indígena 167
desafios e impasses do regime de colaboração
entre os entes federados
Ariadne Muricy Barreto
Julio Cesar de Sá da Rocha

Direitos interculturais 185
uma análise a partir da patrimonialização
dos terreiros de candomblé
Bruno Amaral Andrade

Decisões estruturais e modelos 199
não individuais de propriedade
uma análise a partir da ótica dos direitos humanos
Emanuel Lins Freire Vasconcellos
Rodrigo Andres Jopia Salazar

Povos e comunidades tradicionais
na Bacia do Rio São Francisco na Bahia
– desafios para superação da injustiça ambiental 223

Luciana Espinheira da Costa Khoury

Julio Cesar de Sá da Rocha

PARTE III

DIREITOS HUMANOS E SISTEMA PENAL

Mulheres e direito penal 241
*reflexos do patriarcado no controle punitivo
exercido pelo Estado*

Camila Ribeiro Hernandes

Débora Moreno de Moura Oliveira

A ruptura dos direitos humanos
e a falência do sistema penitenciário brasileiro 267
uma análise das causas da crise penitenciária brasileira

Daniel Angeli de Almeida

Por uma dogmática de combate
à superlotação carcerária 289

Daniel Nicory do Prado

O desaparecimento forçado de pessoas no Brasil 319
*normatização, análise dogmática
e desvio funcional do direito penal*

Marcos Freitas

Nelson Cerqueira

Sistema carcerário brasileiro 347
um desafio à efetivação aos direitos humanos

Ricardo do Espírito Santo Cardoso

PARTE IV

VIOLAÇÕES A DIREITOS HUMANOS

A encruzilhada sem Exu entre o direito do trabalho e as relações raciais no Brasil <i>o trabalho doméstico e o pós-escravismo</i> <i>Gabriela Batista Pires Ramos</i>	375
Religiosidade, sociedade secular e Estado laico <i>Durval Carneiro Neto</i>	405
Filme <i>Ônibus 147</i> , um retrato social das consequências das violações de direitos humanos <i>Géssica Miranda Freire</i>	443
Direitos humanos, globalização e soberania alimentar <i>Natalie Coelho Lessa</i> <i>Julio Cesar de Sá da Rocha</i>	457
Marcas de uma justiça de transição inconclusa <i>Márcia Costa Misi</i>	483
Sobre os autores	505

PREFÁCIO

DIREITOS HUMANOS EM QUESTÃO:
RECOMENDANDO UM LIVRO NECESSÁRIO,
QUE CHEGA NA HORA CERTA

Ordep Serra

Além de constituir uma obra de indiscutível importância, este livro que tenho a honra de apresentar é oportuno como poucos. Parece atender a um chamado da cidadania, quase digo a um seu pedido de socorro. Mas não se cinge ao momento, não está limitado a sua circunstância imediata. Será útil por muito tempo e em muitos espaços diferentes. E o será por arraigar-se com firmeza no seu solo histórico. Juristas, sociólogos, antropólogos e historiadores, filósofos e cientistas políticos têm o que aprender nas suas páginas, nas quais se oferece a todos não apenas informação valiosa, mas também — e principalmente — rica matéria de reflexão. Todavia, ele não interessa apenas aos estudiosos do direito e das ciências humanas. Volta-se para um público muito mais amplo.

Na verdade, um livro sobre direitos humanos tem por natureza esta característica que confere máxima amplitude a seu escopo. Ele se propõe a um exame crítico radical, que toca os fundamentos do direito e interroga a essência do humano. Como pensar a humanidade em face ao direito? Como pensar o direito quando contempla em seu campo deontológico nada menos que a humanidade? O que isso implica? Essas questões não podem ser esquivadas por quem leva a sério a tarefa do pensamento. Eu diria mais: quem delas foge não pode pensar em profundidade sobre nenhuma questão jurídica ou política.

Uma obra que elege esse tema impõe ao leitor uma (re)consideração da natureza do contrato social, para lembrar a feliz expressão de Rousseau. Tal é o alcance da problemática que discute. Mas a amplitude do seu escopo não a faz descansar na abstração. Sua abordagem teórico-crítica a enraíza no historial, faz com que ela se debruce atentamente sobre o momento e o lugar de sua produção, vise de maneira decidida o mundo contemporâneo e a diversidade que ora reveste o ecúmeno.

Os ensaios que este livro compreende se erigem sobre sólidos alicerces empíricos: nascem de trabalhos de pesquisa intensos, levados a cabo com aplicação e seriedade em domínios ainda não suficientemente visitados pela ciência jurídica. Graças à concretude da vivência de campo de seus autores, o conjunto assim formado devém uma obra inovadora como poucas e como poucas questionadora. Beneficia-se da abertura característica de um programa de pós-graduação em Direito acostumado ao diálogo constante com outros programas e cursos de áreas afins, pronto a acolher o desafio da interdisciplinaridade, com uma bela ousadia de pioneiro. O quanto esse projeto tem sido frutífero se pode perceber verificando o cabedal do presente livro, que em seu seio nasceu: um livro que, sem prejuízo de sua unidade, abre um amplo leque de perspectivas na consideração de sua temática. Seus autores não apenas percorrem com segurança rotas avançadas da historiografia e trilhas etnográficas recentemente abertas como abordam de maneira corajosa encruzilhadas de diferentes ciências em que avultam questões de alcance filosófico. Fazem um belo périplo sem perder de vista a sua meta. No seu esforço de pesquisa, tampouco se eximem de levantar problemas novos. A multiplicidade dos pontos de vista que apresentam garante o interesse dos leitores e os convida a participar da reflexão em que se empenharam.

Desejo chamar a atenção para uma característica importante da obra em apreço: destaco o modo como nela se vê posto o problema dos direitos humanos. O caminho seguido por seus organizadores e autores é seguramente o mais produtivo. Com certeza, não há modo melhor de estudar esse assunto que mirando as instâncias críticas, as situações-limite em que a afirmação dos direitos humanos se vê questionada, ou negada, ou desafiada de algum modo: situações em que se exige assegurá-los e também repensá-los, ou mesmo recriá-los com atenção à circunstância histórica, reconhecendo o desafio incontornável da discussão de seu alcance transcultural – um desafio que leva, entre outras coisas, a pôr em questão a natureza etnocêntrica (e androcêntrica) do vetor “universal” curiosamente res-

trito postulado na sua primeira proposição. Assim o livro faz jus à premência do problema, ao tempo em que chama a atenção para as armadilhas do preconceito e faz repensar, desconstruindo-as, categorias que, de maneira velada, desenhavam um senso comum acrítico.

Sublinho aqui o sentido da premência, o esforço dos autores por trazer a lume nos seus ensaios situações bem atuais e desafiadoras, que tornam imperativo refletir sobre direitos humanos. A lúcida escolha de lançar o foco sobre grupos excluídos é não só a mais adequada como, a meu ver, a única que tem rendimento cognitivo garantido, a única que pode de fato iluminar o assunto, trazendo sua abordagem para o plano da experiência concreta. É esse também o caminho mais promissor para quem lida com os embaraços da incompreensão (hoje generalizada) do que sejam efetivamente direitos humanos — uma incompreensão que tem a ver, certamente, com a ignorância de muitos, mas também envolve os deletérios efeitos da má-fé de uma classe hegemônica responsável pela formação do cabedal ideológico do “senso comum” dominante. Não cabe dúvida de que essa má-fé entranhada se relaciona de forma íntima com um propósito de exclusão.

Com isso, volto a enfatizar o caráter oportuno do livro que apresento. Ele surge em um momento em que prevalece na economia global o capitalismo financeiro gerador de crescente desigualdade, cada vez maior e mais acentuada, em que o neoliberalismo triunfa e impõe sua lógica segregadora. É fácil ver que, onde a desigualdade prevalece e a segregação se expande, a afirmação dos direitos humanos se vê atacada pela raiz, mesmo onde sua denegação não se torna explícita. E um sintoma do agravamento do problema é a evidência de que prosperam hoje regimes autoritários prontos a essa denegação.

O presente livro vem a lume num momento em que, no Brasil — um dos países mais desiguais do mundo —, o Estado de direito se vê seriamente atacado e comprometido; em que aqui se promove de forma despudorada a supressão de direitos adquiridos e se procede ao desmonte de instituições indispensáveis à garantia de qualidade de vida de toda população, como sucede na esfera ambiental. No Brasil de hoje, governantes anunciam sem pejo o propósito de limitar os gastos com educação, saúde e segurança dos cidadãos, portanto a cercar-lhes direitos. Enquanto isso, a participação civil preconizada pela lei maior é abertamente impossibilitada, com a extinção de conselhos dos mais importantes. Enfim, a Constituição Cidadã se vê desconsiderada, mutilada, desrespeitada, deformada. Nesse quadro, multiplicam-se

os ataques ferozes às comunidades tradicionais. Os direitos dos povos indígenas e quilombolas a seu território são ameaçados ou negados pelas próprias autoridades obrigadas por lei a defendê-los. Lideranças comunitárias são assassinada impunemente ou criminalizadas com absoluta covardia. Ao mesmo tempo, fomenta-se o crime com a manutenção de um sistema carcerário perverso, desumano, que gera insegurança crescente. Nesse contexto, não parece haver qualquer intenção de garantir respeito à dignidade humana. De fato, torna-se difícil fazê-lo numa república cujo presidente já se declarou favorável à tortura e saudoso do regime ditatorial. Eis a prova amarga: infelizmente, o Brasil se destaca hoje no mundo por ser um dos países em que mais se mata ambientalistas e defensores de direitos humano. Por isso mesmo, todos os cidadãos conscientes estão aqui e agora obrigados a envolver-se nessa luta. A quem se interessa pela preservação de direitos fundamentais, a quem deseja cidadania, a quem tem respeito pela vida, pela liberdade e pela dignidade, este livro será muito útil.

APRESENTAÇÃO

O livro *Direitos humanos em perspectiva: desafios jurídicos emancipatórios* reúne variadas posições, no debate sobre direitos humanos e direitos fundamentais, do Programa de Pós-Graduação em Direito (PPGD) da Universidade Federal da Bahia (UFBA), sendo publicado pela Editora da UFBA (Edufba).

Entende a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), seja por seu Conselho Federal ou por sua seccional da Bahia, que é de extrema importância a implementação dos direitos constitucionalmente estabelecidos, sendo bem-vindas todas as iniciativas para ampliar sua discussão teórica e implementação prática no campo jurídico.

Possui a OAB a missão de zelar pelo fiel cumprimento, exercício e respeito aos direitos humanos, assegurados nos mais variados tratados internacionais, porque se trata de objetivo previsto na Constituição Federal de 1988 e no Estatuto da Advocacia – Lei nº 8.906/94. Não é outro o sentido de constar no juramento de cada advogado(a) brasileiro(a) defender, entre outros, os direitos humanos e a justiça social.

Cumprindo seu dever jurídico, permanecerá a OAB intervindo, atuando, assessorando e buscando garantir respeito aos direitos humanos e à dignidade da pessoa humana, para, assim, contribuir para consolidar os valores democráticos do povo brasileiro, marca de nossa história e memória de nosso país.

Em tempos de crise política, econômica e ética, destaca a OAB a importância do efetivo exercício dos direitos e garantias individuais e coletivos previstos na

nossa Carta Constitucional, entre os quais as liberdades públicas, a igualdade e a construção de uma sociedade justa e solidária.

Direitos humanos e democracia são conceitos interdependentes. Não há democracia sem garantia dos direitos humanos, assim como não há eficácia dos direitos humanos fora da democracia. Nos dias atuais, essa tensão aumenta na medida em que algumas políticas públicas reduzem a atuação do Estado na proteção dos direitos humanos. Por exemplo, o direito de acesso à educação pública com qualidade é um direito humano fundamental e está garantido em nossa Constituição e nos tratados internacionais. Toda medida em que qualquer governo restrinja o orçamento ou amplie o contingenciamento de créditos orçamentários ou financeiros para o financiamento das universidades públicas implementa redução de acesso e exercício de um direito básico do ser humano, que é a educação superior.

A história recente de nosso país mostra que governos os mais diferentes ideologicamente têm efetivado esse tipo de retrocesso contra os direitos humanos educacionais. Trata-se, portanto, de uma questão que está para além dos partidos e dos governos, podendo envolver parte significativa da sociedade civil em diálogo com a sociedade política. Esse tipo de reflexão é um chamamento que bem pode servir para nossa atuação em relação ao amplo conjunto de direitos que compõem o sistema internacional ou o sistema americano de direitos humanos.

Por tudo que foi elaborado na presente obra, pela crítica e reflexão teórico e prática, continuaremos parceiros em iniciativas como a publicação do presente livro, coordenado pelo advogado Julio Cesar de Sá da Rocha, ilustrado professor e diretor da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia (UFBA), e resultante de mais uma reafirmação dos ideais que sempre motivaram essa centenária instituição de ensino jurídico de nossa terra.

Temos certeza que esta obra será marco importante na história da defesa dos direitos humanos na Bahia e no Brasil.

Boa leitura!

Salvador, 10 de dezembro de 2019

Luiz Viana Queiroz
Vice-presidente OAB Conselho Federal

Fabício Castro
Presidente da OAB-BA

INTRODUÇÃO

A obra reúne estudos produzidos como resultado de intensos e produtivos debates a partir da disciplina Direitos Humanos e Direitos Fundamentais do Programa de Pós-Graduação em Direito (PPGD) da Universidade Federal da Bahia (UFBA) com pesquisadores e pesquisadoras de diversos programas *stricto sensu* da universidade, possibilitando diálogos interdisciplinares sobre a temática. É importante registrar que a noção de direitos humanos surgiu numa conjuntura histórica em que se tratava de uma reivindicação pela imposição de limites ao poder governamental, o que Bobbio¹ chamou de revolução copernicana ou inflexão do ponto de observação. Assim, na relação entre governantes e governados, o pensamento político passou a dirigir seu olhar para a perspectiva dos governados. Atualmente, faz-se necessária uma análise crítica da teoria e prática dos direitos humanos com contribuições emancipatórias que superem o eurocentrismo e o colonialismo/modernidade, o racismo e todas as formas de opressão. A obra cumpre escopo relevante e extremamente apropriado em dias de intolerância e incitação à violência que campeiam no Brasil e no mundo afora.

Para facilitar a leitura, os capítulos foram agrupados em quatro partes. A riqueza das reflexões propostas no programa está refletida nos textos escritos pelos pesquisadores e pesquisadoras, dentre os(as) quais vários(as) são docentes com experiência

1 BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

na temática dos direitos humanos. A primeira parte reúne estudos que abordam os “Direitos humanos sob uma perspectiva teórico-crítica”, problematizando conceitos e abordagens constituídos a partir de um olhar eurocêntrico. Fazem parte do debate as contribuições, no capítulo 1, de Amanda Souza Barbosa, com reflexões sobre os direitos humanos como conteúdo mínimo da bioética global. Em seguida, no capítulo 2, Arthur Lavigne Gesteira Slaibi aborda a questão da fragilização humana pelo distanciamento e reflete sobre o homem na máquina. No capítulo 3, David Sierra Sorockinas enfrenta a discussão sobre a formação em direitos humanos. No capítulo 4, Jailson José Gomes da Rocha e Heron José de Santana Gordilho abordam o constitucionalismo colonial e a questão do animal não humano. No capítulo 5, Larissa Andrade Teixeira Pereira enfrenta a discussão sobre os direitos humanos e a justiça jurídica com base na teoria de Günther Teubner. No capítulo 6, Txapuã Menezes Magalhães analisa a história social dos direitos humanos partindo das lutas dos escravizados pela liberdade na última década do escravismo no Brasil.

A segunda parte reúne estudos sob o título “Direitos humanos e povos tradicionais” e traduz a preocupação com a discussão em torno da luta pela efetivação de direitos de segmentos vulneráveis da sociedade brasileira com o reconhecimento de suas especificidades. No capítulo 7, Alexsandro Pitanga Moraes aborda as comunidades quilombolas e os direitos humanos com análise do quilombo de São Francisco do Paraguaçu (Bahia). No capítulo 8, Ariadne Muricy Barreto e Julio Cesar de Sá da Rocha avaliam a educação indigenista e indígena, seus desafios e impasses atuais. No capítulo 9, Bruno Amaral Andrade analisa os direitos interculturais a partir dos terreiros de candomblé. No capítulo 10, Emanuel Lins Freire Vasconcellos e Rodrigo Andres Jopia Salazar enfrentam a temática das decisões estruturais e modelos não individuais de propriedade a partir dos direitos humanos. No capítulo 11, Luciana Espinheira da Costa Khoury e Julio Cesar de Sá da Rocha abordam os povos e comunidades tradicionais na Bacia do Rio São Francisco e seus desafios para superar a injustiça ambiental.

A terceira parte aborda trabalhos que se enquadram na análise dos “Direitos humanos e o sistema penal”, abarcando reflexões sobre o sistema penitenciário/carcerário, o direito penal, mulheres e sistema punitivo, dentre outros, debruçando-se sobre promessas não realizadas, denunciando suas fragilidades e buscando apontar algumas saídas. Nessa esteira, formulam-se as bases do direito penal mo-

dero e suas promessas garantistas. No capítulo 12, Camila Ribeiro Hernandez e Débora Moreno de Moura Oliveira fazem análise da situação das mulheres no direito penal, tratando dos reflexos do patriarcado no controle punitivo estatal. No capítulo 13, Daniel Angeli de Almeida aborda a crise penitenciária brasileira a partir dos direitos humanos. No capítulo 14, Daniel Nicory do Prado enfrenta a discussão de uma dogmática de combate à superlotação carcerária brasileira. No capítulo 15, Marcos Freitas e Nelson Cerqueira analisam o desaparecimento forçado de pessoas no Brasil, avaliando a normatização, a dogmática e o desvio funcional do direito penal. No capítulo 16, Ricardo do Espírito Santo Cardoso aborda o sistema carcerário brasileiro como desafio para efetivação dos direitos humanos.

Finalmente, a quarta parte apreende estudos sobre esforços estatais e reivindicações da sociedade para enfrentamento a uma variedade de “Violações a direitos humanos”, tais como violência contra a mulher, liberdade religiosa, trabalho infantil, direitos sociais, soberania alimentar e justiça de transição. No capítulo 17, Gabriela Batista Pires Ramos analisa o trabalho doméstico e o pós-escravismo no Brasil, refletindo sobre o direito do trabalho e as relações raciais. No capítulo 18, Durval Carneiro Neto reflete sobre a religiosidade, a sociedade secular e a laicidade do Estado. No capítulo 19, Géssica Miranda Freire avalia o retrato social das consequências das violações a direitos humanos a partir do filme *Ônibus 147*. No capítulo 20, Natalie Coelho Lessa e Julio Cesar de Sá da Rocha abordam o fenômeno da globalização, dos direitos humanos e da soberania alimentar. Por fim, no capítulo 21, Márcia Costa Misi reflete sobre as marcas de uma justiça de transição inconclusa, tratando da ditadura civil militar e o direito à memória e à verdade.

Por fim, a obra *Direitos humanos em perspectiva: desafios jurídicos emancipatórios* pretende contribuir no diálogo da temática dos direitos humanos em pleno século XXI, em meio a retrocessos de direitos sociais e ambientais, conservadorismo político, destruição de culturas, intolerância, racismo e perseguição de minorias. O momento exige defesa constante e compromisso cotidiano com a causa. A Faculdade de Direito da UFBA tem aprofundado a temática dos direitos humanos em atividades de pesquisa, com propostas de criação e implantação do componente curricular Direitos Humanos, atividades de pesquisas conduzidas por variados grupos de pesquisa, como o grupo de pesquisa Historicidade do Estado, Direito e Direitos Humanos, do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq), coordenado por mim e pelo Professor Doutor Ordep Serra. De forma

inovadora, foi aprovada e está em curso a especialização em Direitos Humanos e Contemporaneidade, com apoio da Superintendência de Educação a Distância (Sead), a Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (Capes) e a Universidade Aberta do Brasil (UAB). Gostaria de agradecer a minha equipe: Diosmar Marcelino Santana Filho (coordenador acadêmico), Debora Campe-lo Piriz – coordenadora do Ambiente Virtual de aprendizagem (AVA) –, Cláudia Mirella Ramos, Julia Maria Borges Molina, Leonel Santos, Leticia de Souza Silva, Lorena Cerqueira, Maurício Reis, Roberta Sampaio (tutorias) e os(as) docentes do curso. Muito obrigado à Sead, Marcia Rangel. Aliás, atividades de extensão têm sido protagonizadas através da Ação Curricular em Comunidade e em Sociedade (ACCS) como componente curricular, modalidade disciplina, de cursos de graduação e de pós-graduação, em que estudantes e professores(as) da UFBA, em uma relação com grupos da sociedade, desenvolvem ações de extensão no âmbito da criação, tecnologia e inovação, promovendo o intercâmbio, a reelaboração e a produção de conhecimento sobre a realidade com perspectiva de transformação.

Portanto, o papel da academia é de contribuir com reflexões críticas para análise da realidade atual, procurar transformá-la em ação político-pedagógica de afirmação de direitos, ressaltando a dimensão pedagógica da obra e a abrangência temática proposta na conjuntura brasileira e internacional. Por fim, é necessário registrar: “Nunca mais o despotismo regerá nossas ações, com tiranos não combinam brasileiros corações”.² Que a sociedade brasileira saiba resistir com vigor aos tempos atuais e próximos, principalmente diante dos recentes cortes impostos pelo Governo Federal às Instituições Federais de Ensino Superior (Ifes) e à educação de uma forma geral.

Em suma, agradecemos especialmente aos autores e às autoras, ao apoio da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) e ao trabalho cuidadoso da Editora da UFBA (Edufba).

Salvador, 10 de dezembro de 2019

Julio Cesar de Sá da Rocha

Organizador

2 Hino ao Dois de Julho/Independência da Bahia, letra por Ladislau dos Santos Titara e música de José dos Santos Barreto.

PARTE I
DIREITOS HUMANOS
SOB UMA PERSPECTIVA TEÓRICO-CRÍTICA

A (IN)ADEQUAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS COMO CONTEÚDO MÍNIMO DA BIOÉTICA GLOBAL

Amanda Souza Barbosa

Introdução

A chamada bioética global, cunhada pioneiramente por Van Rensselaer Potter na década de 1980, vem sofrendo um processo de ressignificação. Como será demonstrado ao longo do trabalho, bioeticistas da contemporaneidade têm apresentado a bioética global enquanto conjunto de normas e valores homogêneos, capazes de conferir respostas aos problemas que envolvem a intervenção humana no fenômeno vida em escala planetária. Nessa senda, os direitos humanos são apontados como sua face normativa e mínimo ético, mais precisamente a *Declaração Universal de Bioética e Direitos Humanos* (DUBDH), de 2005.

Diante dos atuais contornos conferidos a tal proposta a serem elucidados, o presente trabalho tem como objetivo geral avaliar a (in)adequação dos direitos humanos enquanto conteúdo mínimo da bioética global. Para tanto, adotou-se a metodologia dialética e foram realizadas pesquisas de natureza bibliográfica e documental. Os três itens de desenvolvimento correspondem aos objetivos específicos eleitos, quais sejam:

- a. apresentar os contornos da bioética global;
- b. estudar as fundações coloniais dos direitos humanos enquanto discurso eminentemente ocidental;
- c. analisar críticas e propostas de superação da pretensão universalista dos direitos humanos.

Uma vez percorrido esse caminho, nota-se que existe uma pluralidade de entendimentos a respeito do que seria bioética global. Muitos deles apresentam, como ponto em comum, a apresentação da DUBDH como seu conteúdo mínimo. Uma vez confrontada essa proposta com a crítica descolonial dos direitos humanos, que desnuda as suas origens e o fato de ser fruto de um diálogo formalmente global, mas materialmente parcial, chegou-se à conclusão a respeito da (in)adequação daquela, com vistas à inserção dos direitos humanos e da própria bioética global num contexto marcado pelo pluralismo e multiculturalismo.

Bioética global

promessa fundada na teoria dos direitos humanos

A primeira proposta sob o título “bioética global” se confunde com o próprio surgimento da bioética enquanto área do saber. Van Rensselaer Potter (2016, p. 27-28) foi um dos primeiros autores a cunhar o termo, em 1970, propondo inicialmente a chama “bioética ponte”. Para o autor, a bioética representa uma nova sabedoria, capaz de guiar o uso e aplicação do conhecimento com vistas à preservação da vida humana, unindo-se os saberes da biologia com os das ciências sociais e humanidades. Com isso, seria possível tornar o saber científico permeável às reflexões de natureza ética em prol da preservação a vida no planeta.

Anos depois, mais precisamente em 1988, Potter publicou livro no qual retoma duas considerações sobre essa nova sabedoria, referindo-se a ela como “bioética global”. Além de se comportar como ponte entre as ciências biológicas e as humanidades, a bioética global está a serviço da saúde humana em nível planetário, bem como da proteção do meio ambiente. Seria possível chegar a um sistema de prioridades médicas e ambientais para uma sobrevivência aceitável. Para tanto, seria preciso levar em conta a ecologia e os problemas da sociedade

em uma escala global. (PLASCENCIA, 2012, p. 18-19) Sua teoria, portanto, dá um verdadeiro salto em amplitude.

Have (2012, p. 44-45) observa que a obra de Potter foi influenciada pelas formulações de Chardin, filósofo de acordo com o qual a humanidade passará por um processo irresistível de unificação, resultando na formação de uma comunidade global. Isso decorreria da progressiva tomada de consciência a respeito da interdependência e destino comum entre seres humanos, o que não implicaria a aceitação de uma verdade única ou que todos os desejos apontariam para uma mesma direção. O desafio seria delinear uma nova visão de mundo preocupada com papel do ser humano nas realizações científicas.

Embora preocupados com as questões de alcance global, García-Rodríguez, Díaz e Rodríguez-León (2009, p. 879-880) identificam na proposta de Potter o reconhecimento da multiplicidade de verdades, bem como do caráter social e histórico do conhecimento. Portanto, o foco da bioética global residiria num pensamento ético novo, de vocação inclusiva, que coloca o homem no centro da reflexão moral com todas as suas contradições. A incorporação da ética e da reflexão moral no universo científico era seu objetivo principal. De fato, questões sobre pluralismo moral e multiculturalismo não fizeram parte das reflexões do autor.¹

Como bem aponta Barros (2009, p. 46-54), a intensificação do processo de globalização na década de 1990 ampliou os debates em torno da bioética global. Prova disso é que, ao longo do tempo, a bioética global veio a assumir sentidos diversos ao originariamente atribuído por Potter. Em outras palavras, houve uma proliferação de propostas apresentadas à comunidade científica sob esse mesmo título. Tais propostas, ainda que diversas entre si, são movidas pela seguinte questão: qual modelo de bioética seria o mais adequado para oferecer respostas aos problemas de alcance global, a exemplo das questões ambientais, pandemias e tráfico de órgãos?

Dentre as novas propostas mencionadas, está a de Neves e Osswald (2014, p. 306-309). De acordo com eles, a bioética global consiste no conjunto de teorias e práticas divulgadas e implantadas em diversos países, com destaque para o que há de comum na bioética em espaços heterogêneos. Em outras palavras, a bioética global representa a reunião das contribuições de diversas partes do mundo, em uma perspectiva uniformizadora, sem deixar de contemplar e articular as especificida-

1 Conferência proferida pelo Professor Doutor Leo Pessini, intitulada "A Bioética na perspectiva de Potter", em 6 de julho de 2016, durante as atividades do Congresso Internacional Ibero-Americano de Bioética, 1, realizado na Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC-PR), em Curitiba.

des das bioéticas locais. Se limitada a regionalismos, a bioética teria a sua validade e credibilidade ameaçadas, devendo manter-se fiel ao ideal de universalidade e ao processo de globalização inexorável.

A nota universalista também se faz presente na percepção de Benatar, Daar e Singer (2005). Os autores denominam de “ética para a saúde global” a combinação de valores amplamente compartilhados, a exemplo do respeito à vida humana, os direitos humanos, a equidade, a liberdade, a democracia, dentre outros. (BENATAR; DAAR; SINGER, 2005, p. 1-3) Dessa forma, seria possível promover um uso pacífico e beneficente do conhecimento e do poder, atento à interdependência global das relações humanas. Os direitos humanos são reiteradamente mencionados como núcleo da bioética global, enquanto sinalização de um mínimo ético comum.

De forma mais específica, a DUBDH é apontada como evidência de uma bioética global. Explica Pessini (2008, p. 33-38) que, dentre as razões para elaboração do documento, consta a exigência de uma resposta global para as implicações éticas do rápido desenvolvimento da ciência e da tecnologia, bem como a necessidade de princípios universais que constituam a base das respostas a serem dadas pela humanidade a essas questões. O autor observa que as eventuais carências identificadas no documento se devem à sua própria natureza, pois resultou de um consenso político geral.

A despeito de observações como essa, nota-se na literatura bioética uma tendência a se apostar no ideal de universalidade. Nessa linha, Barros (2009, p. 46-54) concebe a bioética global fundada na teoria dos direitos humanos, a qual constituiria o seu conteúdo mínimo. Assinala a necessidade de se enfrentar o problema da fundamentação da bioética global, sobretudo pela crise da ideia de universalidade. A DUBDH representaria o primeiro passo para estabelecimento de um consenso mínimo a respeito da fundamentação dos direitos humanos, afastando-se o relativismo cultural. (BARROS, 2009, p. 47)

Möller (2007) chega a propor um biodireito global, cujo conteúdo mínimo seria a teoria dos direitos humanos, com destaque à DUBDH. Mesmo reconhecendo que o conteúdo dos direitos humanos dificilmente poderá vir a ser unívoco e universal, pois os diferentes povos e culturas lhes conferem conotações particulares, a autora indica que isso não inviabiliza a defesa de um certo grau de universalismo. Acredita na viabilidade, portanto, de um mínimo normativo razoável, compartilhado globalmente, postura que denomina de “universalismo pluralista”.

(MÖLLER, 2007, p. 161-162) Percebe-se, portanto, que a bioética global vem sofrendo transformações enquanto projeto, tendo como núcleo a DUBDH dentre os autores contemporâneos.

Em outra publicação, discutiu-se de que forma a bioética global poderia ser compreendida no marco do multiculturalismo, tendo-se identificado que a pretensão de universalidade esconde uma epistemologia monocultural inadequada para lidar com as diferenças próprias de um contexto pós-moderno. (BARBOSA, 2016) Neste trabalho, resalta-se que o objeto é outro: analisar a (in)adequação da teoria dos direitos humanos, como concebida no Ocidente, para figurar como conteúdo mínimo da bioética global a partir dos estudos de matriz descolonial. Sendo assim, uma vez apresentadas as principais propostas nessa linha, faz-se importante uma breve apresentação da DUBDH, indicada como documento base desse conteúdo mínimo.

A DUBDH foi adotada pela Conferência Geral da Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (Unesco) em 2005. Seu texto é dedicado às questões éticas suscitadas pelo entroncamento entre a medicina, ciências da vida e biotecnologia, tecendo uma relação intrínseca entre a bioética e os direitos humanos internacionais. Em seus “considerandos”, é ressaltada a procura por uma resposta universal para as implicações éticas dos rápidos progressos da ciência e da tecnologia, bem como a convicção de que é necessária a enunciação de princípios universais com base nos quais seja possível responder a dilemas e controvérsias que atingem a humanidade. (UNESCO, 2006, p. 4-5)

Ficou assentando, ainda, o papel da Unesco (2006, p. 5) “na promoção de princípios universais assentes em valores éticos comuns [...]”. O artigo 2º da declaração sob comento revela, a um só tempo, uma pretensão de universalidade e a preocupação com tornar viável um diálogo plural e multicultural. Os princípios por ela enunciados – 15 ao todo² – teriam o condão de orientar os Estados em sua produção legislativa e os cidadãos, grupos e comunidades na tomada de decisões. A diversidade cultural também é referida no artigo 12, com a observação de que

2 São eles: a) dignidade humana e direitos humanos; b) efeitos benéficos e efeitos nocivos; c) autonomia e responsabilidade individual; d) consentimento; e) pessoas incapazes de exprimir o seu consentimento; f) respeito pela vulnerabilidade humana e integridade pessoal; g) vida privada e confidencialidade; h) igualdade, justiça e equidade; i) não discriminação e não estigmatização; j) respeito pela diversidade cultural e pluralismo; k) solidariedade e cooperação; l) responsabilidade social e saúde; m) partilha dos benefícios; n) proteção das gerações futuras; o) proteção do meio ambiente, da biosfera e da biodiversidade. UNESCO. *Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos*. Lisboa: Comissão Nacional da UNESCO Portugal, 2006. Disponível em: http://unesdoc.unesco.org/images/0014/001461/14618_0por.pdf. Acesso em: 26 mar. 2017.

não poderá justificar a desconsideração ou limitação dos princípios ali enunciados. (UNESCO, 2006)

Confronta-se a perspectiva de que a DUDBH refletiria um mínimo ético comum com a notícia de que o seu processo de elaboração foi conflituoso. Conforme apontam Santos e Garrafa (2001, p. 130-135), houve intensas divergências entre os países “desenvolvidos” e “em desenvolvimento” sobre a nota a ser assumida pela declaração. Enquanto os primeiros mantinham seu conteúdo limitado às questões da ética biomédica, os segundos reivindicaram e conseguiram a inserção de enunciados que tocam questões sociais e ambientais, conferindo ao documento um caráter também político e social. (SANTOS; GARRAFA, 2001) Ademais, faz-se forçoso o reconhecimento de que se trata de um produto de um diálogo parcial, como abordado em seguida.

As fundações coloniais dos direitos humanos internacionais um diálogo parcial

A teoria dos direitos humanos tem raízes e esteio filosófico na escola do direito natural ou jusnaturalismo racional, a saber, período posterior à sua laicização inaugurada por Grócio. Bobbio (1997, p. 11-13) explica que, de acordo com ela, todos os seres humanos são titulares de direitos fundamentais por natureza, provenientes da lei natural: aquela não posta pela vontade humana, anterior à própria formação do grupo social e reconhecível por meio da pesquisa racional. Tal concepção está na base das declarações dos direitos proclamadas nos Estados Unidos e na França revolucionária, documentos fundamentais para a edificação do Estado liberal. (BOBBIO, 1997)

A despeito de sua conformação revolucionária, a formação do Estado liberal é justificada por teorias contratualistas enquanto fruto do acordo entre indivíduos livres que convencionam o estabelecimento de vínculos necessários à convivência pacífica. Portanto, conclui Bobbio (1997, p. 14-15), existe uma íntima relação entre os direitos naturais e a teoria do contrato social. Extrair desse consenso a legitimidade do poder público implica ter como premissa que os indivíduos têm direitos que não dependem da instituição de um soberano. Outra premissa importante é a concepção individualista de sociedade, segundo a qual o indivíduo singular precede a sociedade.

O individualismo, como explica Bragato (2009), tem no indivíduo a unidade referencial básica da sociedade, valorizando-o e justificando a sua supremacia em face do grupo social a partir da aceitação de um conjunto de valores inerentes à natureza humana. A existência de um direito inato de cada homem, hoje sintetizado no princípio da dignidade humana, se tornou premissa do jusnaturalismo moderno, influenciou na explicação da formação do Estado civil como acordo entre homens livres e justificou o Estado liberal se revestir de uma intervenção mínima, em respeito à liberdade individual e com base na crença da superioridade da regulação espontânea da sociedade. (BRAGATO, 2009, p. 468-470)

Logo, enquanto parte integrante da lógica moderna, o individualismo encerra a concepção da liberdade enquanto faculdade de autodeterminação de todo ser humano. Em sua acepção mais ampla, como explica Lafer (1988, p. 120-121), essa nota reúne todas as tendências que apresentam o indivíduo e sua subjetividade como dado fundamental da realidade. As preocupações com os universais e com a dinâmica do cosmos enquanto sistema ordenado foram substituídas por uma percepção do todo que o reduz a um agregado de individualidades isoladas. No campo jurídico, essa vertente culminou com a elaboração do conceito de direito subjetivo, figura afim com os direitos do homem e da personalidade. (LAFER, 1988)

Esse contexto ocidental³ moderno descrito, em que predominam o liberalismo e o individualismo, consiste no cenário de surgimento dos direitos humanos. Não só as suas origens podem ser compreendidas como eurocêtricas, mas também a sua aplicação. Como explicita Muzaffar (1999, p. 25-26), a mesma Europa que reestruturou sua relação com o Estado, empoderando o indivíduo por meio da titularização de direitos civis e políticos e edificando estruturas políticas democráticas, praticou a maior e mais sistemática violação dos direitos humanos: a colonização. Populações nativas das Américas e Austrália foram dizimadas, milhões de africanos foram escravizados, dentre outros atos de violência.

Essa aplicação desigual dos direitos humanos se perpetuou mesmo após a Segunda Guerra Mundial, período em que a percepção atomística do ser humano foi substituída pela noção de ser moral, dotado de direitos a serem realizados em sociedade. Percebe-se no outro, além de um titular de direitos a serem respeitados, um agente importante que possibilita o exercício dos próprios direitos. Essa per-

3 Embora seja feita menção ao binômio Ocidente/Oriente, tem-se conhecimento do processo de orientalismo e de seu papel na reprodução da dominação europeia sobre o diferente. Cf. Said (1990, p. 115).

cepção solidária da dignidade humana desencadeou a positivação de uma série de restrições às liberdades tipicamente burguesas, a exemplo da função social da propriedade privada e da tutela do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. (BRAGATO, 2010, p. 116-117)

Ainda assim, os direitos humanos são negados sistematicamente a povos não ocidentais, na medida dos interesses das potências do Ocidente. Embora a colonização tenha formalmente acabado, os países colonizadores continuam a exercer controle nos povos não ocidentais de forma mais sutil, mas não menos destrutiva. Através de organismos internacionais, como o Fundo Monetário Internacional (FMI) e o Banco Mundial (BM), perpetuam-se o controle da economia global e o poder de fazer outros países se submeterem à vontade das grandes potências, sem contar o monopólio da alta tecnologia armamentista e a exportação dos valores e cultura ocidentais por meio de filmes, músicas, moda e culinária. (MUZAFFAR, 1999, p. 26-27)

Essa perpetuação do poder colonial foi identificada por An-Na'im (2004, p. 444-445). O autor denomina de recolonização da África o estabelecimento de cooperação mútua entre metrópoles europeias e líderes nacionalistas africanos, que permite a continuação das relações coloniais de poder. Dessa forma, seria alimentada a dependência das antigas colônias africanas em relação às suas metrópoles. Cita, como exemplo, a constante presença militar francesa em alguns países para manutenção da paz, o que se presta à manutenção de regimes ditatoriais e corruptos no poder. A globalização teria se tornado um veículo a serviço da manutenção da hegemonia política e econômica dos países desenvolvidos. (AN-NA'IM, 2004)

Isso demonstra que a positivação dos direitos humanos em declarações de direitos internacionais não atingiu o objetivo de conferir aos direitos nelas contemplados uma dimensão permanente e segura, assegurando aos indivíduos seus direitos inatos, salvaguardando-os da variabilidade temporal e espacial do direito local. Portanto, como explicita Lafer (1988, p. 124), “é difícil, conseqüentemente, atribuir uma dimensão permanente, não-variável e absoluta para direitos que se revelaram historicamente relativos”. Sendo assim, pode-se dizer que a percepção dos direitos humanos se distancia daquela originária, afeita ao direito natural, tornando-se cada vez mais evidente se tratar um construto convencional. (LAFER, 1988, p. 125)

A falência da pretensão universalista dos direitos humanos?

Se os direitos humanos são um construto convencional, as peças que os compõem são discursivas. A variabilidade em sua aplicação, seja pelas particularidades locais que influenciam em sua interpretação, seja pela negação explícita a determinados povos dessa tutela, coloca em xeque a pretensão de universalidade dos direitos humanos. Uma vez situada a origem eurocêntrica dos direitos humanos, percebe-se com mais clareza que esse construído convencional é fruto de um discurso parcial, ainda protagonizado pelos países colonizadores e grandes potências mundiais. Nesse item, a viabilidade de um discurso plural e de um consenso possível em torno dos direitos humanos será analisada.

Taylor (2001, p. 101-102) está entre os autores que demonstram otimismo em relação à possibilidade de um consenso genuíno sobre direitos humanos, embora reconheça e aponte a existência de obstáculos a esse intento. Dentre eles, está a própria noção de direito (subjeto), pois suas raízes estão na cultura ocidental e determinados matizes somente podem ser devidamente compreendidos nesse contexto. Por mais que possam ser identificados valores em comum com outras culturas, subjacentes à noção de direito, para o autor, deve-se reconhecer que um consenso não ocorrerá se essa linguagem for adotada como ponto de partida. (TAYLOR, 2001)

Um ponto importante a esclarecer é que, para Taylor, o consenso não deve ser construído em torno dos valores reputados universais, mas sim sobre determinadas normas de conduta. Os ideais, noção de humano e demais fundamentos justificadores da norma estariam fora desse esforço por concordância, embora seja possível alcançar formas híbridas durante o processo de aprendizado mútuo intercultural. A convergência de certas normas, mesmo que baseadas em diferentes fundos filosóficos, seria o primeiro passo. O autor estimula a continuidade de empreendimentos em direção ao entendimento mais profundo, para que o consenso atingido não se torne frágil. (TAYLOR, 2001, p. 111-113)

Com essa nota, Taylor parece ter a intenção de driblar as críticas aos direitos humanos enquanto fruto da filosofia ocidental. Ocorre que, em ambos os cenários, a complexidade de se atingir um consenso se mantém. Da mesma forma que uma mesma conduta pode contar com fundamentos diversos, condutas diversas podem ser justificadas pelo mesmo fundamento, a exemplo do princípio da dignidade humana. Também não se pode ter como premissa que o consenso sobre a norma

de conduta sempre antecede o mútuo entendimento a respeito de sua fundamentação, pois há casos em que o segundo condiciona a viabilidade do primeiro.

Há autores que propõem a solução contrária, a saber, a revisitação da fundamentação filosófica dos direitos humanos. Muzaffar, por exemplo, propõe o desenvolvimento de uma visão de dignidade humana mais justa, holística e universal. Para tanto, seria necessário que cada tradição religiosa identificasse o que lhe é universal e contextual. Em seguida, seria iniciado um diálogo entre pessoas de todas as religiões sobre a dignidade humana, também devendo ser ouvidas aquelas de perspectiva secular. Desse modo, seria possível a transição dos direitos humanos ocidentais, até então seletivos e sectários, em direção a uma dignidade humana genuinamente ocidental. (MUZAFFAR, 1999, p. 30-31)

A chegada a um consenso, seja a respeito das normas de conduta ou da fundamentação dos direitos humanos, pressupõe o compartilhamento de valores. Coing (2004, p. 43-47), ao se debruçar sobre o relativismo cultural, entende haver uma supervalorização das diferenças culturais. Por vezes, condutas distintas têm em sua origem valores comuns. Há determinadas regras morais necessariamente presentes em toda sociedade, a exemplo da proibição da mentira e do homicídio. Cada cultura pode diferir nas exceções a tais regras, o que não infirma a existência de um acordo sobre as questões fundamentais. Isso possibilita aproximações e a análise crítica de outras culturas, o que não deve conduzir a práticas de intolerância ou intervencionistas. (COING, 2004)

Esse monopólio ocidental na construção discursiva da teoria dos direitos humanos tem sido apontado por culturas não ocidentais. Citam-se, por exemplo, as diversas posições presentes na tradição islâmica a respeito, como evidenciado por Mayer (1997, p. 2):

- a. uma posição favorável, que se interessa por estudos comparativos entre a lei islâmica e os princípios de direitos humanos internacionais;
- b. outra posição que aponta serem os direitos humanos um produto alienígena que encerra valores ocidentais que são repugnantes ao Islã;
- c. e ainda uma posição intermediária, que admite aspectos dos direitos humanos com algumas ressalvas e observações.

Ainda de acordo com Mayer (1997), dentre os fatores de objeção por parte do Islã, está a hipocrisia do Ocidente em relação à observância dos direitos humanos, na medida em que sua violação seria ignorada quando ocorrida em países cujo

governo lhe é aliado politicamente. Além disso, as críticas lançadas pelo Ocidente consistiriam em um esforço para apresentar o Islã como uma cultura primitiva e cruel, abrindo portas para ações intervencionistas e neocolonialistas. Contudo, acredita que o uso dos direitos internacionais para analisar criticamente os direitos humanos islâmicos, bem como as restrições a direitos humanos impostas por governos muçulmanos, é um passo positivo. (MAYER, 1997, p. 5-7)

Se todos compartilham uma mesma humanidade, merecendo igualmente direitos e liberdades, partir da premissa de que os direitos humanos são inaplicáveis no Oriente seria equivocado. Assim entende Meyer (1997, p. 7-8), em oposição a um possível cenário de relativismo cultural e de negação da universalidade dos direitos humanos. Ao se debruçar sobre a aplicação dos direitos humanos em países africanos, An-Na'im (2004, p. 446-447) aponta que o conceito de direitos humanos não deve ser rejeitado, mas sim a aplicação do conceito da forma como feito nos países ocidentais, sem possibilidades de inovação e adaptação local.

De acordo com o autor, os direitos humanos devem ser compreendidos como produto de uma longa história de luta por justiça social e resistência à opressão em todas as sociedades humanas. Essa multiplicidade de experiências precisa ser considerada, numa perspectiva histórica, pois o que há de comum entre elas concretiza a universalidade dos direitos humanos. Por outro lado, eleger uma determinada experiência e dela extrair o conceito moderno de direitos humanos apenas enfraqueceria a sua própria natureza e objetivo. An-na'im (2004, p. 434-435) acredita que todas as sociedades podem contribuir com a especificação do conteúdo normativo dos direitos humanos, pois viveram a experiência supramencionada.

Embora toda sociedade tenha passado e passe por experiências de injustiça e opressão, inegavelmente, cada um desses processos apresenta as suas especificidades, ainda que haja uma tendência de diminuição das particularidades locais devido ao processo de globalização. Nessa linha, An-Na'im (2004, p. 447) sustenta que um conteúdo normativo verdadeiramente universal deve refletir um consenso oriundo das experiências reais de todas as sociedades humanas, aceitando-se, ao mesmo tempo, a diversidade e a especificidade dessas experiências. Dessa forma, o autor defende a manutenção da universalidade dos direitos humanos enquanto premissa em face das particularidades culturais, desde que estas não sejam ignoradas.

Ao tecer considerações sobre um possível consenso sobre direitos humanos, Taylor (2001, p. 118) ressalta que esse processo de convergência mundial não irá

conduzir ao enfraquecimento das tradições, mas sim a um necessário ressurgimento criativo das diferenças, atravessando-se caminhos em direção a um objetivo comum. Contudo, o autor não explicita de que forma esses esforços seriam empreendidos. A hermenêutica diatópica proposta por Santos (2010, p. 447-449) oferece uma abordagem realista nesse sentido, pois admite o diálogo intercultural a partir da aproximação dos topoi de forma dialógica e horizontal, ressalvadas as possíveis zonas de incompreensão e ainda o possível afastamento do interlocutor de suas origens durante tal esforço. (SHELTON, 2014, p. 7)

A resignificação da cultura dos direitos humanos é a proposta de Flores (2009). O autor não se concentra especificamente na fundamentação dos direitos humanos ou na chegada a normas de conduta em comum. Suas considerações estão ambientadas no plano e na interpretação dos direitos humanos, a ser empreendida de forma crítica e favorável à adoção de estratégias antagonistas e ao desenvolvimento de ações emancipadoras. Para tanto, seria necessário desvelar os modos de reprodução das relações de força hegemônicas, denunciar tais modos de reprodução – que, muitas vezes, se valem do aparato jurídico, político e econômico –, bem como visibilizar as manipulações simbólicas por meio dos processos educativos, culturais e midiáticos. (FLORES, 2009, p. 96-97)

Para viabilizar a construção de uma nova cultura de direitos humanos, o autor aponta quatro estratégias importantes:

- a. fazer da interpretação dos textos de direitos humanos uma forma de resistência e criatividade cultural, consolidando-se um saber estratégico;
- b. atentar para a função social do conhecimento, compreendido como um bem social a ser protegido das tendências privatizadoras impostas pela política neoliberal e da banalização das desigualdades sociais, chegando-se a um modelo de conhecimento democrático-emancipador;
- c. situar os direitos humanos como frutos de uma luta por liberdade, e não como mera utopia;
- d. edificar bases teóricas para uma definição material da dignidade humana. (FLORES, 2009, p. 98-116)

Observa-se que as últimas propostas mencionadas não abandonam os direitos humanos enquanto categoria, mas os situam em um plano no qual não seria possível extrair deles diretamente respostas concretas e homogêneas para os problemas

que se apresentam à humanidade. Não se pode fazer-lhes referência desconsiderando-se o contexto e a cultura legal em que são invocados, como leciona Carmody (2012, p. 213-215) ao sustentar o caráter paroquial dos direitos humanos. Nessa linha, a DUBDH reúne enunciados cuja universalidade deriva do *status* de norma de direito internacional, o que não a torna representante de um mínimo ético material entre os povos.

Considerações finais

Viu-se que, originalmente, a bioética global foi fundada na ideia de ponte entre as ciências biológicas, humanas e sociais, com vistas à resolução de problemas que ameaçam a vida em escala planetária. Potter desenvolveu essa noção em um segundo momento de sua obra, na década de 1980, acreditando ser possível o estabelecimento de um sistema de prioridades médicas e ambientais para o equilíbrio do meio-ambiente. Tinha como premissa as lições de Chardin, para quem a humanidade passaria por um processo irresistível de unificação, tamanha a interdependência entre os homens.

Nos últimos anos, as lições de Potter têm sido resgatadas e também ressignificadas. Viu-se que diversos(as) autores(as) da contemporaneidade se referem à bioética global enquanto conjunto de teorias e práticas homogêneas e uniformes, cujo traço de universalidade é consequência necessária do processo de globalização. A DUBDH é apontada como evidência da bioética global, constituindo o seu mínimo ético. Diante dessa proposição, que coloca os direitos humanos no centro desse fenômeno, passou-se a analisar as fundações coloniais dos direitos humanos internacionais, enquanto premissa para análise mais apurada a respeito de sua (in)adequação.

Foi possível verificar que, a despeito de pretensamente universais, os direitos humanos têm uma origem local. Frutos dos movimentos jusnaturalista, contratualista e liberal, em um primeiro momento, pode-se dizer que os direitos humanos são fruto de um diálogo parcial, marcadamente ocidental e eurocentrado. A própria experiência da colonização, que se perpetua nos dias presentes apoiada por novos mecanismos de controle e exploração dos “países subdesenvolvidos”, demonstra a aplicação seletiva dos direitos humanos. Além disso, epistemologicamente, suas bases não permitem um diálogo intercultural horizontal.

Por mais que determinados valores estejam normativamente previstos, a exemplo da dignidade da pessoa humana, não se pode negar a variabilidade de sua aplicação. O seu processo de significação, necessariamente, será influenciado por particularidades do(a) intérprete, o(a) qual compartilha com seu povo uma determinada cultura e é atravessado(a) pelo tempo e local em que se encontra. Sendo assim, resta evidenciado o “paroquialismo” dos direitos humanos, como refere Carmody. Nesses moldes, chega-se à conclusão de que os direitos humanos, assim concebidos, são marco inadequado para a bioética global.

Para que guardem consonância com a pluralidade do mundo da vida e diversidade cultural, a percepção dos direitos humanos demandaria sua ressignificação. Cada sociedade, com suas lentes e a partir de suas experiências, deve ter condições e a liberdade necessária para interpretar os enunciados presentes nas declarações internacionais sobre direitos humanos, adequando-os às premissas e aos valores socialmente compartilhados naquela localidade. Assim, atribui-se um papel não homogeneizante aos direitos humanos, conferindo-lhes a assunção de diversos matizes à luz do caso concreto. Com isso, não se recai em um niilismo, mas sim na descolonização da própria bioética global.

Referências

AN-NA'IM, Abdullahi. A proteção legal dos direitos humanos na África: como fazer mais com menos. In: BALDI, César Augusto (org.). *Direitos humanos na sociedade cosmopolita*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 429-464.

BARBOSA, Amanda Souza; SILVA, Mônica Neves Aguiar da. A bioética global no marco do multiculturalismo. In: CASTRO, Cristina Veloso de; SILVA, Mônica Neves Aguiar da (coord.). *Biodireito e direitos dos animais 1*. Florianópolis: CONPEDI, 2016. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/publicacoes/02q8agmu/23fs7c16/bRfH7v8kJme4ux5g.pdf>. Acesso em: 26 mar. 2017.

BARROS, Cristián Borgóno. Bioética global y derechos humanos: ¿una posible fundamentación universal para la bioética? Problemas y perspectivas. *Acta Bioethica*, Santiago, v. 15, n. 1, p. 46-54, 2009. Disponível em: <http://www.scielo.cl/pdf/abioeth/v15n1/art06.pdf>. Acesso em: 25 mar. 2017.

BENATAR, Solomon R.; DAAR, Abdallah S.; SINGER, Peter A. *PLOS Medicine*, Cambridge, v. 2, n. 7, p. 1-3, jul. 2005. Disponível em: <http://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC1181869/>. Acesso em: 26 mar. 2017.

BOBBIO, Norberto. *Liberalismo e democracia*. São Paulo: Brasiliense, 1997.

BRAGATO, Fernanda. Individualismo. In: BARRETTO, Vicente de Paulo. *Dicionário de filosofia do direito*. Rio de Janeiro: Renovar; São Leopoldo: Unisinos, 2009. p. 468-471.

BRAGATO, Fernanda. Para além do individualismo: crítica à irrestrita vinculação dos direitos humanos aos pressupostos da modernidade ocidental. In: CALLEGARI, André Luís; STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo. *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica: anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado; São Leopoldo: Unisinos, 2010. p. 105-121.

CARMODY, Chios. Rights in reverse. International human rights as obligations. In: SELLERS, M. N. S. (ed.). *Parochialism, cosmopolitanism, and the foundations of international law*. New York: Cambridge University Press, 2012. p. 212-224.

COING, Helmut. *Elementos de filosofia moral*. Tradução F. J. Azevedo Gonçalves. Lisboa: Gradiva, 2004. Cap. 2. p. 43-47.

FLORES, Joaquin Herrera. *A (re)invenção dos direitos humanos*. Tradução de Carlos Roberto Diogo Garcia; Antônio Henrique Graciano Suxberger; Jefferson Aparecido Dias. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009. Cap. 4.

GARCÍA-RODRÍGUEZ, José F.; DÍAZ, Carlos Jesús Delgado; RODRÍGUEZ-LEÓN, Gustavo A. Bioética global. Una alternativa a la crisis de la humanidad. *Salud en Tabasco*, Villahermosa, v. 15, n. 2-3, p. 878-881, maio-dez. 2009.

HAVE, Henk A. M. J. ten. Bioética sem fronteiras. In: DORA, Porto *et al.* (coord.). *Bioéticas, poderes e injustiças: 10 anos depois*. Brasília: CFM: Cátedra Unesco de Bioética: SBB, 2012. p. 44-45.

LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1988. p. 120-121. cap. 4.

MAYER, Ann Elisabeth. *Islam tradition and politics human rights*. 2. ed. London: Pinter, 1997. p. 1-9.

- MÖLLER, Leticia Ludwig. Bioética e direitos humanos: delineando um biodireito mínimo universal. *Filosofazer*, Passo Fundo, n. 30, p. 153-171, jan./jun. 2007. Disponível em: http://unesp.br/observatório_ses/mostra_arq_multi.php?arquivo=7902. Acesso em: 26 mar. 2017.
- MUZAFFAR, Chandra. From human rights to human dignity. In: VAN NESS, Peter. *Debating human rights: critical essays from the United States and Asia*. London: Routledge, 1999. p. 25-31.
- NEVES, Maria do Céu Patrão; OSSWALD, Walter. *Bioética Simples*. 2. ed. rev. e atual. Lisboa: Verbo, 2014.
- PESSINI, Léo. *Bioética: um grito por dignidade de viver*. 3. ed. rev. atual. São Paulo: Paulinas, 2008.
- PLASCENCIA, Lilia Benavides. Van Rensselaer Potter, pioneiro de la ética global. *Reencuentro*, Distrito Federal, n. 63, p. 18-22, jan./abr. 2012.
- POTTER, Van Rensselaer. *Bioética: ponte para o futuro*. Tradução de Diego Carlos Zanella. São Paulo: Edições Loyola, 2016.
- SAID, Edward. *Orientalismo: o oriente como invenção do ocidente*. Tradução de Tomás Rosa Bueno. São Paulo: Companhia das Letras, 1990.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. *A gramática do tempo: por uma nova cultura política*. São Paulo: Cortez, 2010.
- SANTOS, Ivone; GARRAFA, Volnei. Análise da Declaração Universal sobre bioética e direitos humanos da UNESCO à luz da ética de Paulo Freire. *Revista Redbioética-UNESCO*, ano 2, v. 1, n. 3, p. 130-135, jan./jun. 2011. Disponível em: http://www.unesco.org/uy/mab/fileadmin/shs/redbioetica/revista_3/Santos-Garrafa.pdf. Acesso em: 26 mar. 2017.
- SHELTON, Dinah. *Advanced introduction to international human rights law*. Northampton: Edward Elgar Publishing, 2014.
- TAYLOR, Charles. Conditions of an unforced consensus on human rights. In: HEYDEN, Patrick. *The politics of human rights*. St. Paul, MN: Paragon House, 2001. p. 101-119.
- UNESCO. *Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos*. Lisboa: Comissão Nacional da UNESCO Portugal, 2006. Disponível em: <http://unesdoc.unesco.org/images/0014/001461/146180por.pdf>. Acesso em: 26 mar. 2017.

O HOMEM NA MÁQUINA

a fragilização do homem pelo distanciamento

Arthur Lavigne Gesteira Slaibi

Introdução

A primeira dificuldade dos direitos humanos é reconhecer seu objeto. O homem é diferente e irreduzível à pessoa, ao consumidor ou cidadão. A missão de proteger aquilo que dificilmente pode representar em sua própria linguagem, muitas vezes, parece limitada a uma reatividade. Procura evitar no futuro violências que em algum momento foram perpetradas de forma sistemática ou aberrante contra outros homens. Depende do escândalo. Nesse sentido, é menos capaz de reconhecer o homem do que os seus gritos.

Talvez por isso se tornem necessários conceitos de baixa densidade, como a dignidade da pessoa humana, que invariavelmente nos remete a uma experiência extrajurídica. Muito embora possa haver uma tentativa de conceitualização de uma imensurabilidade do homem a partir de uma metafísica, não é também na filosofia que se sustenta um reconhecimento irreduzível de outro alguém. É apenas na experiência mais originária, na abertura de um homem perante outro, que estes são capazes de se descobrir fins em si mesmos. Universos à parte, cuja existência está além de qualquer utilidade.

Viver é melhor que sonhar, já diria Belchior. E a vida de qualquer um deveria ser mais importante que sonhos ou projetos de qualquer pessoa. No entanto, não só na história, mas também no dia a dia se repetem os casos de pessoas diminuídas e instrumentalizadas. Racionalidades utilitárias, a favor do que quer que seja, encontram seus meios de disfarçar os sofrimentos ou nos tornar insensíveis a estes.

Descobrir como e por que o homem se desumaniza perante outros ajuda a revelar as limitações dos direitos humanos, que vão se mostrar, na conclusão da pesquisa, na forma de um paradoxo.

O capítulo se concentra em evidenciar duas situações distintas, mas correlacionadas, em que são comuns a instrumentalização e a redução de indivíduos.

Dilema humano

Dilemas éticos são problemas complexos que evidenciam conflitos morais. Eles são, geralmente, usados para destacar falhas em sistemas éticos ou mesmo demonstrar e desenvolver seu funcionamento. No presente caso, distanciando-se da problemática moral, o capítulo aborda tais dilemas apenas para recolher dados, quais sejam, padrões de respostas dos autores e de pessoas comuns diante da apresentação de alguns desses dilemas, de forma a evidenciar situações em que existe uma tendência ao afastamento da não instrumentalidade do homem em prol de soluções utilitárias.

Dilema I

Um bonde em movimento e sem qualquer tipo de controle irá atropelar cinco pessoas que, não por culpa das mesmas, se encontram presas ao trilho. O acidente será fatal para todas. Um observador está próximo a um interruptor ou controle que faria o bonde desviar para um trilho anexo, efetivamente salvando as cinco pessoas. No entanto, um terceiro desavisado se encontra no trilho anexo, sem possibilidade de escapar. (THOMSON, 1985, p. 1397)

Dilema II

- a. Um observador se encontra no alto de uma passarela e vê abaixo um bonde desgovernado indo ao encontro de cinco pessoas presas aos trilhos. Tal observador é um especialista em bondes e sabe que, se algo pesado fosse lançado na frente do veículo, a colisão seria suficiente para fazê-lo parar, efetivamente salvando as cinco pessoas. Por acaso, há um homem gordo próximo ao observador, ele está inclinado contra o parapeito da passarela e poderia ser empurrado, sendo pesado o suficiente para parar o bonde. (THOMSON, 1985, p. 1409)
- b. Um observador vê um bonde desgovernado indo ao encontro de seis pessoas presas aos trilhos. Há um homem bastante pesado próximo aos trilhos, que está em cima de uma superfície escorregadia. Se o observador o empurrar, o homem pesado irá escorregar até o bonde, parando-o antes de alcançar as seis pessoas, mas morrerá esmagado no processo. (UNGER, 1996, p. 104)

Dilema III

Um bonde vazio, por puro acidente, está se movendo ao longo do trilho. Se nada for feito, em poucos minutos, ele irá atropelar seis pessoas que, não por culpa delas, estão presas aos trilhos. No percurso entre o bonde e as pessoas, há um caminho cruzando os trilhos, e, nesse caminho, há um homem muito pesado de patins. Um terceiro dispõe de um controle remoto que, se ativado, acionara os patins do homem pesado, colocando-o na frente do bonde, efetivamente parando o seu movimento e salvando as seis pessoas. (UNGER, 1996, p. 91)

Dilema IV

Um observador se encontra no alto de uma passarela e vê abaixo um bonde desgovernado indo ao encontro de cinco pessoas presas aos trilhos. Ao lado do observador, há um interruptor que abre um alçapão na passarela sobre os trilhos. Sobre o

alçapão há um homem. Se o observador apertar o interruptor, o homem cairá sobre os trilhos, parando o bonde e salvando as cinco pessoas. (GREENE, 2013, p. 215)

O primeiro dilema é uma das versões mais básicas do “Dilema do Bonde”, o qual envolve o acionamento de um dispositivo que irá redirecionar a ameaça. Para Thomson (1985, p. 1307), apertar o interruptor, salvando cinco vidas com o sacrifício de uma, é a resposta acertada e deve ser a resposta de pessoas comuns expostas à situação. Realmente, Peter Unger (1996, p. 87), apresentando um caso análogo – as diferenças são: controle remoto no lugar de interruptor e seis pessoas estão amarradas aos trilhos –, constatou que a maior parte das pessoas acredita que o acionamento do dispositivo é uma atitude correta.

No segundo caso, o empurrão não parece ser uma atitude permissível para a maior parte das pessoas. (THOMSON, 1985, p. 1409) Em Greene (2013, p. 215), apenas 31% dos questionados aprovaram o empurrão. Segundo Unger (1996, p. 104), os perguntados não apenas consideram errado salvar, dessa forma, as cinco pessoas, como consideram absolutamente ultrajante empurrar o homem pesado em direção aos trilhos. Respeitadas as diferenças, o primeiro e o segundo dilema apresentam resultados idênticos, o sacrifício de um em favor da vida de muitos, mas respostas bastante diferentes.

O terceiro dilema é bastante similar ao segundo (b), mas não tem respostas tão parecidas. Muito embora acionar o dispositivo não seja considerada, no caso, a resposta correta para a maior parte das pessoas, sacrificar o homem pesado pelo acionamento do controle remoto não foi considerada uma escolha tão ruim quanto o empurrão. Houve, segundo Unger (1996, p. 104), uma diferença marcante entre as respostas.

O quarto dilema é bastante similar à versão (a) do segundo dilema, diferindo pela presença do mecanismo. Curiosamente, 63% das pessoas questionadas aprovaram o acionamento do interruptor. (GREENE, 2013, p. 215)

A diferença entre as respostas ao primeiro e ao segundo caso podem ser explicadas pela Teoria do Duplo Efeito, a qual, dentre suas condições para uma ação moralmente justificada, exige que o efeito positivo deve resultar do ato, e não do efeito negativo. No primeiro dilema, a morte do terceiro é uma consequência indesejada, um dano colateral do ato necessário para salvar as cinco pessoas. Já no segundo caso, o assassinato de uma pessoa é justamente o ato necessário para salvar as outras. No entanto, a Teoria do Duplo Efeito é apenas uma explicação para escolhas que acontecem intuitivamente, e não uma motivação racional para as escolhas. (GREENE, 2013, p. 223) Se ela explica, pelo menos em parte, a diferença entre

as respostas aos dilemas I e II, ela está aquém de explicar a diferença das respostas entre o dilema II e III e, francamente, contradiz as respostas ao quarto dilema, bem como ao dilema “Loop Variant” de Thomson (1985, p. 1402), uma variante do primeiro dilema na qual o caminho divergente volta a se unir à linha principal, de forma que, se não houvesse uma outra vítima presa ao trilho desviante, o bonde continuaria até atropelar as cinco vítimas originais.

Desde um ponto de vista utilitarista, trocar a vida de um pela de cinco ou seis pessoas é uma questão relativamente simples, a qual pode ser traduzida pelo conflito entre os direitos de um perante o bem maior. No entanto, “o bem maior” não parece ser diferente em nenhum dos dilemas, não sendo claro para a maior parte dos questionados por que razão respondem negativamente e com horror a um sacrifício que parece justificado em casos tão similares. Na maior parte dos casos, a reação negativa à visão utilitária é intuitiva e automática.

People’s reasons for not pushing the man off the footbridge are very different. When people say that it’s wrong to push, they’re often puzzled by their own judgment (‘I know that it’s irrational, but...’), and they typically have a hard time justifying that judgment in a consistent way. When asked to explain why it’s wrong to push, people often say things like ‘It’s murder.’

But, of course, running someone over with a trolley can be perfectly murderous, and people routinely approve of that action in response to the switch case. In short, the utilitarian rationale is always conscious, but people are often in the dark about their own anti-utilitarian motivations.¹ (GREENE, 2013, p. 128)

Buscando responder quando e por quais razões os direitos individuais tomam precedência sobre o bem maior, ou pelo menos quando e por que as pessoas são levadas a tomar decisões utilitaristas ou categóricas, Greene usa dilemas morais, selecionados a partir de uma polaridade básica, qual seja, dilemas como o do interruptor (I) e dilemas como o da passarela (II), como parte de uma pesquisa para provar sua hipótese de que essas escolhas são feitas com base em dois processos decisórios dis-

1 Tradução livre: “As razões das pessoas para não empurrar o homem da passarela são bastante diferentes. Quando as pessoas dizem que é errado empurrar, eles estão usualmente intrigados com o próprio julgamento (‘eu sei que é irracional, mas...’), e eles tipicamente têm dificuldade em justificar o julgamento de uma forma consistente. Quando são requisitados a explicar por que é errado empurrar, as pessoas usualmente dizem coisas como ‘é assassinato’. Mas, é claro, atropelar alguém com um bonde pode ser perfeitamente homicida, e as pessoas rotineiramente aprovam essa ação em resposta ao caso do interruptor. Em resumo, a racionalidade utilitária é sempre consciente, mas as pessoas estão usualmente no escuro sobre suas próprias motivações não utilitárias”.

tintos. (GREENE, 2013, p. 121-122) Esses dois tipos de dilemas, denominados por Greene de pessoais e impessoais, demonstram diferenças mínimas, condição ideal para determinar o fator determinante para as respostas de natureza oposta.

Greene e Jonathan Cohen, diretor do Centro de Estudo do Cérebro, Mente e Comportamento de Princeton, usaram imagens por Ressonância Magnética Funcional (fMRI) para mapear a atividade cerebral de pessoas lendo e respondendo a dilemas selecionados. (GREENE, 2013, p. 121-122)

As imagens demonstraram intensa atividade da parte Dorsolateral do Córtex Pré-Frontal (DLPFC) quando da apresentação dos casos impessoais. (GREENE, 2013, p. 122) O DLPFC é uma região cerebral associada ao planejamento de comportamentos e pensamento complexos, responsável por desencadear o controle cognitivo ou a habilidade de organizar ações e pensamentos direcionadas a finalidades internas. (GREENE, 2013, p. 119-120) Já a apresentação dos dilemas pessoais também ativou, na maior parte das pessoas, o Córtex Pré-Frontal Medial Ventral (VMPFC) e a amígdala cerebelosa, duas regiões cerebrais associadas a respostas emocionais. (GREENE, 2013, p. 121-122) Além disso, as pessoas que deram respostas utilitárias a problemas pessoais (como o do empurrão) exibiram também intensa atividade no DLPFC. (GREENE, 2013, p. 122)

A investigação perpetrada por Greene sugere que, nos casos pessoais, a racionalidade conforme fins é constrangida por uma resposta emocional, delatada pela intensa atividade no VMPFC e na amígdala, que inviabiliza tomada de decisões utilitárias. E, por alguma razão, nos casos como o do interruptor, essa reação emocional não se dá na maior parte das pessoas, ou, ao menos, não é intensa o suficiente para inviabilizar a atividade cognitiva instrumental.

We have an automatic emotional response that makes us disapprove of pushing the man off the footbridge, but we have no comparable emotional response to the thought of hitting the switch. In both cases, we engage in utilitarian, cost-benefit thinking ('Better to save five lives at the cost of one'). But only in the footbridge case is the emotional response (typically) strong enough to trump our utilitarian thinking.² (GREENE, 2013, p. 213)

2 Tradução livre: "Nós temos uma resposta emocional automática que nos faz desaproveitar empurrar um homem de uma passarela, mas não temos uma resposta emocional comparável à hipótese de apertar o interruptor. Nos dois casos, nós desenvolvemos um pensamento utilitário de custo-benefício ('melhor salvar cinco vidas ao custo de uma'). Mas apenas no caso da passarela a resposta emocional é (tipicamente) forte o suficiente para suplantar nosso pensamento utilitário".

Alguns estudos posteriores aos de Greene vieram a confirmar essa hipótese: um estudo realizado por Mario Mendez e colegas na Universidade da Califórnia em Los Angeles (UCLA) apresentou a pacientes com demência frontotemporal – desordem neurológica degenerativa que afeta o VMPFC, entre outras áreas – dilemas como o do interruptor e o do empurrão. Dentre eles, 80% aprovaram apertar o interruptor e 60% aprovaram empurrar o homem da passarela. Na mesma pesquisa, apenas algo em torno de 20% dos pacientes com Alzheimer aprovaram o empurrão, mesmo resultado do grupo de controle. Os estudos demonstraram que pessoas com deficiências emocionais são três vezes mais propensas a responder utilitariamente a dilemas pessoais. (GREENE, 2013, p. 124-125) Outro estudo demonstrou que pessoas com danos físicos ao VMPFC são em torno de cinco vezes mais propensas a dar respostas utilitárias a problemas como o do empurrão. (GREENE, 2013, p. 125)

Resultados similares foram obtidos em estudos que usavam drogas para intensificar ou diminuir a reatividade emocional, o número de respostas utilitárias diminuiu e aumentou conforme o uso das respectivas drogas. (GREENE, 2013, p. 126)

In short, there's now a lot of evidence-and a lot of different kinds of evidence-telling us that people say no to pushing the man off the foot-bridge (and other 'personally' harmful utilitarian actions) because of emotional responses enabled by the VMPFC and the amygdala.³ (GREENE, 2013, p. 127)

Um curioso estudo realizado por Renata Suter e Ralph Hertwig também apontou que a retirada de pressão pelo tempo e o encorajamento de deliberação entre os participantes aumentam o índice de respostas utilitárias (GREENE, 2013, p. 127), o que pode sugerir uma diluição da responsabilidade pelo ato no grupo ou uma anulação das respostas emocionais pelos discursos racionais. Isso sugere ser uma intuição moral-prática mais favorável a respostas humanitárias do que uma racionalidade comunicativa, aos moldes habermasianos.

Não fica claro, no entanto, por que os dilemas impessoais não geram respostas emocionais ou, pelo menos, respostas emocionais suficientes para afastar a instrumentalidade do homem. As diferenças que efetivamente se manifestam são o uso de força pessoal/contato físico *versus* o apertar de um botão.

3 Tradução livre: “Em resumo, há agora muitas evidências – e muitos tipos diferentes de evidências – nos dizendo que as pessoas dizem não para empurrar o homem da passarela (e outras ações utilitárias ‘pessoalmente’ danosas) em razão de respostas emocionais ativadas pelo VMPFC e pela amígdala”.

Greene chega a elaborar um dilema para descartar o contato físico como uma razão determinante, no qual o observador usa de um bastão para empurrar o homem na frente do bonde. Tal dilema, no entanto, obteve resultados estatisticamente iguais ao dilema original do empurrão da passarela. (GREENE, 2013, p. 216)

Ainda que, de uma perspectiva racional e reflexiva, o uso de força pessoal não pareça ser um critério relevante para o juízo moral de um ato contra a integridade de um indivíduo – dificilmente alguém condicionaria o erro ou o acerto de um assassinato ao uso de algum mecanismo –, aparentemente, é um fator importante no processo de tomada da decisão, exercendo um efeito, ainda que velado, na forma de travas de natureza emocional. (GREENE, 2013, p. 216-217)

Dentre os dilemas apresentados no início do capítulo, a presença de um dispositivo com processos autônomos que separam o ato do observador e o sacrifício de um homem aproxima o primeiro, o terceiro e o quarto dilema. Pode ser também esse o traço-chave para entender a diferença entre as respostas do segundo e do terceiro caso, bem como ser um dos fatores determinantes da aparente trivialidade do sacrifício no dilema I, além de explicar o distanciamento emocional já mencionado.

Muito embora não seja essa a opinião de Greene, este artigo defende que tanto a distância psíquica entre o acionamento de um botão e a morte, quanto a distância mecânica percorrida por processos autônomos, entre o acionamento do botão e o deslocamento da pessoa, acabam por diminuir o enlace empático/emocional entre o agente e o possível sacrificado e absorver parte do ônus moral da instrumentalização de um homem e a consequente mensuração do seu valor. A morte do homem “absorvida pela máquina” se tornaria parte de seus mecanismos; é mais um de seus processos. Aí é que apertar um botão e empurrar um homem frente a um bonde se tornam diferentes em tudo, menos no seu resultado.

There's quite a fair amount of *psychological distancing* between the agent's – most direct behavior and, at the other end of the causal chain, the big guy's being crushed to death: As it appears, all you directly do is push a remote button; then, via some radio waves, skate wheels start turning way over there; then, a big guy who's strapped above those turning wheels is moved onto a track where he's crushed to death by a trolley. With the Big Push, there's much less distancing.⁴ (UNGER, 1996, p. 105)

4 Tradução livre: “Há um considerável distanciamento psicológico entre o comportamento mais direto do agente e, no outro lado da cadeia causal, o homem gordo ser esmagado até a morte: Ao que aparente, tudo o que você diretamente faz é apertar um controle remoto; então, via alguma onda de rádio, rodas de skate

No entanto, se esse distanciamento é realmente uma consequência da interposição de processos autônomos entre a ação e o resultado morte, seria aplicável, em maior ou menor grau, para não só diversos outros tipos de aparatos mecânicos, por exemplo, o uso de uma arma de fogo – no uso da qual a ação direta ainda é apenas pressionar um gatilho –, como também para constructos comunicativos, como cadeias de comandos, ou mesmo a combinação de aparatos mecânicos e comunicativos, como o uso de drones em operações militares.

Obediência e comando

Obedience, as a determinant of behavior, is of particular relevance to our time. It has been reliably established that from 1933-45 millions of innocent persons were systematically slaughtered on command. Gas chambers were built, death camps were guarded; daily quotas of corpses were produced with the same efficiency as the manufacture of appliances. These inhumane policies may have originated in the mind of a single person, but they could only be carried out on a massive scale if a very large number of persons obeyed orders. Obedience is the psychological mechanism that links individual action to political purpose. It is the dispositional cement that binds men to systems of authority. Facts of recent history and observation in daily life suggest that for many persons obedience may be a deeply ingrained behavior tendency, indeed a prepotent impulse overriding training in ethics, sympathy, and moral conduct.⁵ (MILGRAM, 1963, p. 1)

começam a rolar lá longe; então, um homem grande que está amarrado sobre aquelas rodas girando é movido até os trilhos onde ele é esmagado até a morte por um bonde. Com o Grande Empurrão [Dilema II (b)], há muito menos distanciamento”.

- 5 Tradução livre: “Obediência, como um determinante de comportamento, é de particular relevância para o nosso tempo. Já foi bem estabelecido que de 1933-45 milhões de inocentes foram sistematicamente assassinados sob ordem. Câmaras de gás foram construídas, campos de concentração foram guardados; quotas diárias de corpos foram produzidos com a mesma eficiência da manufatura de utensílios. Essas políticas inumanas podem ter sido originadas da mente de uma única pessoa, mas só poderiam ter sido desenvolvidas em uma escola massiva se um grande número de pessoas obedecessem ordens. Obediência é um mecanismo psicológico que liga ações individuais a propósitos políticos. Fatos da história recente e observações da vida diária sugerem que para muitas pessoas obediência pode ser uma tendência comportamental profundamente enraizada, de fato um prepotente impulso suplantando treinamentos em ética, simpatia e conduta moral”.

Movido pelos então recentes julgamentos de militares e outros colaboradores do regime nazista que justificaram sua participação em um dos maiores e mais sistemáticos crimes contra a humanidade da história como mera obediência a leis ou ordens, Stanley Milgram, um psicólogo da Universidade de Yale, conduziu um elaborado experimento para estudar a obediência a figuras de autoridade e determinar até que ponto pessoas comuns estavam dispostas a infligir dor em outras por obediência a ordens, mais especificamente, o experimento se dirigia ao estudo de “obediência destrutiva”. (MILGRAM, 1963, p. 1)

O experimento consistia em comandar um voluntário a aplicar choques elétricos em uma suposta vítima. Os choques eram falsos e a vítima era um ator, ciente do experimento. O voluntário, insuspeito do engodo, acreditava estar participando de um experimento sobre aprendizado, que investigaria os efeitos de punição na memória e ficava encarregado de operar o gerador dos choques elétricos com 30 níveis de intensidade, que gerariam de 15 a 450 volts. No decorrer do experimento, o sujeito da pesquisa era ordenado a aplicar choques cada vez mais intensos, acompanhados de reações cada vez mais alarmantes por parte do ator, até atingir o nível máximo de intensidade. Qualquer decisão definitiva em abandonar o experimento antes da aplicação da última intensidade seria considerada, pelos parâmetros da pesquisa, como desobediência, e seriam obedientes todos aqueles que administrassem o choque de 450 volts. (MILGRAM, 1963, p. 1-2)

Catorze acadêmicos de Yale, todos com graduação em Psicologia, foram informados dos detalhes do experimento e convidados a fazer uma previsão de seus resultados. Todos os 14 concordaram que apenas uma minoria – as estimativas variavam de 0 a 3% – administraria a voltagem final. (MILGRAM, 1963, p. 5-6)

No entanto, os resultados foram bastante diferentes: de 40 voluntários, 26 administraram a última voltagem, nenhum desistiu antes de administrar o choque de 300 volts. Muito embora todos os voluntários tenham questionado de alguma forma o experimento, a maior parte continuou a administrar os choques após uma série de respostas padronizadas serem oferecidas pela pessoa que supostamente conduzia a experiência, como: “Por favor, continue”, “O experimento requer que você continue” ou “Você não tem outra escolha, você precisa continuar”. (MILGRAM, 1963, p. 5-7)

Em seu livro, Milgram oferece algumas possíveis explicações ao resultado do seu polêmico experimento, que, desde então, já havia sido replicado de diversas

formas e em diversos lugares. Segundo o autor, acontecem alguns ajustes na forma de pensar do sujeito de uma relação de comando que fragilizam sua disposição para romper com a autoridade. Dentre esses mecanismos, se destacam: uma tendência do indivíduo a ficar absorvido em especificidades técnicas de sua tarefa e ficar cego às consequências mais amplas de seus atos, com uma consequente diminuição do campo de autonomia moral; o sujeito confia ao detentor da autoridade tarefas mais amplas de determinação de fins e juízos morais; um alienamento da responsabilidade pelos seus atos, a qual passa a ser exclusivamente do mandante; e o sujeito se enxerga como um mero agente de uma vontade externa (MILGRAM, 1974, p. 7-8): “Rather, it is a fundamental mode of thinking for a great many people once they are locked into a subordinate position in a structure of authority. The disappearance of a sense of responsibility is the most far-reaching consequence of submission to authority”.⁶ (MILGRAM, 1974, p. 8)

E, finalmente, um “contrantropomorfismo”, que Milgram explica ser uma tendência a atribuir qualidades impessoais a forças e atos humanos, dando existência sobre-humana a sistemas e instituições. “‘it’s got to go on. It’s got to go on,’ repeated one subject. He failed to realize that a man like himself wanted it to go on. For him the human agent had faded from the picture, and ‘The Experiment’ had acquired an impersonal momentum of its own”.⁷ (MILGRAM, 1974, p. 9)

Muito embora, diferentemente das crueldades cometidas pelo regime nazista contra judeus, não houvesse, no experimento de Milgram, uma desvalorização das vítimas previamente aos atos de violência, muitos dos voluntários sentiram a necessidade de desvalorizar as vítimas posteriormente aos choques, atribuindo as punições a alegadas deficiências de intelecto e caráter – um claro mecanismo de desumanização para justificar o não rompimento da relação de autoridade. (MILGRAM, 1974, p. 10)

Em uma variação do mesmo experimento, que talvez seja mais eficiente em ilustrar o argumento deste artigo, o voluntário não ficava responsável por administrar os choques elétricos, mas apenas por uma ação subsidiária: era encarregado de realizar o teste de memória, por cujo erro a vítima era punida com os mesmos

6 Tradução livre: “Em vez disso, é um modo de pensar fundamental para um grande número de pessoas uma vez que estejam presas a uma posição subordinada em uma estrutura de autoridade. O desaparecimento de um senso de responsabilidade é a mais abrangente consequência da submissão à autoridade”.

7 Tradução livre: “‘tem que continuar. Tem que continuar,’ repetiu um sujeito. Ele falhou em perceber que um homem como ele mesmo queria que aquilo continuasse. Para ele o agente humano tinha desaparecido da situação, e ‘O Experimento’ tinha adquirido um momentum impessoal próprio”.

choques do experimento anterior. Nesse experimento, 37 das 40 pessoas que participaram do experimento continuaram a obedecer a suas ordens até a administração da descarga elétrica máxima. A conclusão de Milgram é que é psicologicamente fácil de ignorar a responsabilidade sobre um resultado quando sua ação se encontra distante na cadeia causal. A fragmentação dos atos humanos por meio da organização e divisão de tarefas é responsável por uma diluição da responsabilidade, garantindo que nenhuma das pessoas envolvidas na longa cadeia de decisões e ordens se sinta plenamente responsável pelo resultado, sendo essa a “mais comum característica do mal socialmente organizado na sociedade moderna”. (MILGRAM, 1974, p. 11)

The problem of obedience, therefore, is not wholly psychological. The form and shape of society and the way it is developing have much to do with it. There was a time, perhaps, when men were able to give a fully human response to any situation because they were fully absorbed in it as human beings. But as soon as there was a division of labor among men, things changed. Beyond a certain point, the breaking up of society into people carrying out narrow and very special jobs takes away from the human quality of work and life. A person does not get to see the whole situation but only a small part of it, and is thus unable to act without some kind of over-all direction. He yields to authority but in doing so is alienated from his own actions.⁸ (MILGRAM, 1974, p. 11)

Diferente do que foi dito quanto aos dilemas morais caracterizados pela presença de dispositivos, aqui não é só a violência contra um homem que passa a fazer parte de um “mecanismo”, mas a própria ação que o condena também se torna impessoal e ganha ares de automatismo, amoralidade.

Em seu livro *Eichmann em Jerusalém*, Arendt relata o famoso julgamento do oficial alemão Otto Adolf Eichmann e nota que o embrutecimento da consciência em virtude da guerra, um dos argumentos de defesa de Eichmann, tem pouco a ver com os horrores cometidos contra os judeus, vez que o extermínio daquele

8 Tradução livre: “O problema da obediência, portanto, não é totalmente psicológico. A forma e o formato da sociedade e a maneira com que se está desenvolvendo tem muito a ver com isso. Houve um tempo, talvez, quando homens eram capazes de dar respostas integralmente humanas para qualquer situação porque eles estavam completamente absorvidos nelas como seres humanos. Mas assim que houve uma divisão de trabalho entre os homens, as coisas mudaram. A partir de certo ponto, a divisão da sociedade em pessoas encarregadas de trabalhos estreitos e muito específicos tira a qualidade humana do trabalho e da vida. Uma pessoa não chega a ver uma situação inteira, mas apenas uma parte dela, e, portanto, é incapaz de agir sem algum tipo de direcionamento geral. Ele obedece à autoridade, mas em fazendo isso se aliena de suas próprias ações”.

povo foi concretizado por uma poderosa máquina administrativa planejada e aperfeiçoada antes mesmo da guerra atingir a Alemanha; sua precisão burocrática não vacilou nem mesmo diante do avanço das tropas aliadas. A máquina de extermínio sofria mais por atos de corrupção do que por arroubos de consciência, vez que seus diversos atores estavam “apenas” cumprindo seu dever, o bom e probo funcionário era o pior inimigo do povo judaico. (ARENDR, 2013, p. 90)

O próprio Eichmann admitiu que suas dúvidas quanto à sangrenta Solução Final foram sanadas durante uma conferência na qual não só os líderes do partido nazista, como a elite do serviço público, manifestavam o irrestrito apoio à medida. Diante destes, Eichmann disse ter tido “uma espécie de sensação de Pôncio Pilatos”, livre de qualquer culpa. Diante daqueles, seu juízo era insignificante; lhe cabia apenas obedecer. (ARENDR, 2013, p. 88)

Distante de julgar Eichmann como monstro ou sádico, Arendt afirma que o mais terrível da situação era se tratar esse de um homem comum. Um burocrata, um tanto simplório e tão absorvido em sua função que se tornara incapaz de mensurar o horror que produzia sua participação na máquina nazista.

Eles sabiam, é claro, que teria sido realmente muito reconfortante acreditar que Eichmann era um monstro; se assim fosse, a acusação de Israel contra ele teria soçobrado ou, no mínimo, perdido todo interesse. Não é possível convocar o mundo inteiro e reunir correspondentes dos quatro cantos da Terra para expor o Barba Azul no banco dos réus. O problema com Eichmann era exatamente que muitos eram como ele, e muitos não eram nem pervertidos, nem sádicos, mas eram e ainda são terrível e assustadoramente normais. Do ponto de vista de nossas instituições e de nossos padrões morais de julgamento, essa normalidade era muito mais apavorante do que todas as atrocidades juntas, pois implicava que – como foi dito insistentemente em Nuremberg pelos acusados e seus advogados – esse era um tipo novo de criminoso, efetivamente *hostis generis humani*, que comete seus crimes em circunstâncias que tornam praticamente impossível para ele saber ou sentir que está agindo de modo errado. (ARENDR, 2013, p. 208-209)

Aqui, é possível repetir-se a metáfora, sob outra perspectiva, do homem absorvido pela máquina, agora enquanto agente impessoal de um sistema comunicativo. Arrisca-se metamorfosear homem em mecanismo, fungível, portanto indiferente, alienado de qualquer responsabilidade. Uma organização como essa é perigosa

de qualquer maneira, mas, se voltada para o abuso sistêmico de direitos, gera o horror descrito por Arendt, uma total banalização do mal.

A máquina de extermínio alemã estava sob o comando de pelo menos uma pessoa, e, nesses casos, em que é possível traçar a origem de um comando ou o início de uma cadeia de decisões e atos, é mais fácil aproximar da situação hipotética dos dilemas morais em que se faz uso de um dispositivo interposto entre o ato inicial e o resultado. Se um sistema comunicativo pode ser, de alguma forma, comparado a um dispositivo mecânico, resta saber se aquele que faz uso da cadeia de comando sofre do mesmo distanciamento anteriormente mencionado, diante do qual fica exposto o homem a uma racionalidade utilitarista. Parece-me que essa é uma conclusão inegável, sob pena de considerarmos que uma ordem de ataque por um chefe das forças armadas ou uma sentença de morte proferida por um juiz exijam o mesmo investimento emocional de um assassinato.

Talvez o alarme emocional contra a anulação de alguém seja um aspecto importante da existência humana, a ser protegido de qualquer racionalização ou endurecimento. George R. R. Martin, através de um personagem ficcional, manifesta essa preocupação:

[...] we hold to the belief that the man who passes the sentence should swing the sword. If you would take a man's life, you owe it to him to look into his eyes and hear his final words. And if you cannot bear to do that, then perhaps the man does not deserve to die.

[...] you must take no pleasure in the task, but neither must you look away. A ruler who hides behind paid executioners soon forgets what death is.⁹ (MARTIN, 2009, p. 17)

Desde logo, aqui não se está fazendo uma defesa da indiferenciação do direito, como se ele fosse se beneficiar de uma junção da função decisória e executiva, vez que essa diferenciação, em sociedades complexas, é uma exigência da própria justiça, nem mesmo uma defesa da correção do direito, entre outros sistemas autônomos, pela moral ou pela subjetividade do agente. É, no entanto, necessário perceber o risco de instrumentalização de homens frente a sistemas comunicativos ou mecânicos.

9 Tradutor livre: “[...] nós acreditamos que o homem que dita a sentença deve manejar a espada. Se tiraria a vida de um homem, deve a ele que olhe em seus olhos e escute suas últimas palavras. E se não suportar fazê-lo, então talvez o homem não mereça morrer. [...] não deve tirar prazer da tarefa, mas nem deve desviar o olhar. Um governante que se esconde atrás de executores pagos logo esquece o que é a morte”.

Conclusão

Na análise dos dilemas morais, ficou demonstrado que existe uma tendência a relativizar a vida humana e dela se servir quando da presença de dispositivos com algum tipo de autonomia, cortando a necessidade de um uso pessoal dos atributos do agente na consecução do fim.

Isso se dá porque a presença do dispositivo cria uma distância psíquica entre o ato mais direto do agente e os processos que dão causa ao resultado. Essa distância implica uma baixa ou ausente responsividade emocional aos fatos, que deveria ser desencadeada quando do reconhecimento de um outro homem e suas predicções. Essa mesma responsividade emocional que deveria nublar uma cognição instrumental, ausente, deixa o homem à mercê de projetos, uma peça de valor mensurável, a ser manejada conforme custos, ganhos e objetivos finais, sejam esses o bem maior ou não.

Foi ainda levantado, na parte final, que esse distanciamento não se dá somente na operação de sistemas mecânicos, mas também de sistemas comunicacionais, característica que torna compreensível, inclusive, a relativa facilidade com que são tomadas decisões difíceis, decisões que teriam um ônus psíquico muito maior se suas consequências fossem vividas diretamente e com total abertura emocional pelo operador.

Por outro lado, os agentes que realizam funções intermediárias dentro de sistemas comunicativos, principalmente cadeias de comando, se enxergam muitas vezes como mecanismos, destituídos de autonomia e responsabilidade; consideram seus atos indiferentes à produção dos resultados. São incapazes também de reconhecer a integralidade de um homem perante o simples exercício possivelmente danoso de seus atos.

A estranha conclusão de tudo quanto já exposto é que se torna possível, numa cadeia de comando, matar uma ou dezenas de pessoas sem que qualquer um, desde o executor, passando pelos diversos agentes intermediários, até chegar ao mandante, se sinta responsável ou emocionalmente vulnerável ao ato, numa operação kafkiana em que ninguém está plenamente ciente do que está acontecendo, pois ninguém está realmente atento.

A pena de morte, no entanto, não é o único nem o mais comum efeito da instrumentalização do homem, mesmo porque a própria morte não é a única con-

sequência de uma racionalidade utilitária. Muitos outros perigos são oferecidos à integridade do corpo e da mente de um indivíduo, e quanto mais sutis esses perigos, maior a necessidade de alguém com plena autonomia e abertura emocional para percebê-los e evitá-los.

Nem mesmo processos democráticos de decisão e, por fim, o direito podem plenamente proteger um homem. Não há nada que indique que a racionalidade daí resultante seja capaz de reconhecer um indivíduo em sua plenitude; pelo contrário, já foi notado que a deliberação tende a resultar em respostas utilitaristas.

Levanta-se, portanto, um grande paradoxo dos direitos humanos. Direito humano é, antes de tudo, direito e, portanto, um sistema autônomo interposto entre indivíduos. Se sua pretensão é realmente a de proteger homens, e não pessoas – que, já denunciava Kelsen, no direito, não passam de complexos normativos –, como fazê-lo se a sua própria forma de organização os põe em risco e aliena os outros homens que estariam em posição de reconhecê-los e aí oferecer-lhes proteção?

Se a resposta deve necessariamente envolver a reconquista da responsabilidade pelos próprios atos e uma abertura cognitiva e emocional para suas consequências, *a priori*, ela não deve implicar uma sobreposição da subjetividade à autonomia dos sistemas, sob pena do sacrifício dos ganhos da sociedade moderna e complexa, conquistados a partir de sua diferenciação interna. O problema dos direitos humanos, então, se revela como uma questão de convivência e sobrevivência do homem (em sua integridade) com e perante suas criações.

Referências

ARENDDT, Hannah. *Eichmann em Jerusalém: um relato sobre a banalidade do mal*. São Paulo: Companhia das Letras, 2013.

GREENE, Joshua. *Moral Tribes: emotion, reason, and the gap between us and them*. New York: Penguin Books, 2013.

MARTIN, George R. R. *A Game of Thrones: book one of a song of ice and fire*. London: Harper Collins Publishers, 2009.

MILGRAM, Stanley. Behavioral Study of Obedience. *Journal of Abnormal and Social Psychology*, Estados Unidos, v. 67, p. 371-378, 1963.

MILGRAM, Stanley. *Obedience to Authority: an experimental view*. United Kingdom: Tavistok Publications, 1974.

THOMSON, Judith Jarvis. The Trolley Problem. *The Yale Law Journal*, New Haven, v. 94, n. 6, p. 1395-1415, maio 1985.

UNGER, Peter. *Living High and Letting Die: our illusion of innocence*. New York: University Print, 1996.

BREVE ESBOÇO SOBRE A FORMAÇÃO EM “DIREITOS HUMANOS”

David Sierra Sorockinas

Wie gesagt: denk nicht, sondern schau!
L. Wittgenstein (PU §66).

Introdução

Alguém mencionou que o conhecimento começa com uma série de digressões sobre o que estão pensando e fortalecimento ao ponto de construir uma teoria. Começemos a divagar sobre uma questão que nos preocupa e que ainda não vai ser concretizada. Portanto, andamos à deriva.

A fim de contextualizarmos, vamos levantar uma questão tão geral advirtamos de antemão que não vai ser resolvida aqui. Apenas algumas notas serão deixadas como um “marco” (*frame*) que delimita um estudo do mais prolixo e de uma gama que nós apresentamos aqui, neste artigo: como se pode (deve?) ensinar uma(s) “teoria(s) dos direitos humanos”?

Para dar conta dessa questão, vamos discutir diversos temas que serão o prelúdio para uma conclusão: distinção entre teoria do direito e prática jurídica; um conceito de “teoria do direito”; quem ensina “teoria dos direitos humanos”; ensino jurídico; e conhecimento animal.

Distinção entre a teoria do direito e prática jurídica

Tentando pelo menos esclarecer o assunto, devemos dizer que, em termos de Wittgenstein, os advogados participam de um jogo de linguagem¹ (*Sprachspiel*), que é construído precisamente ao que é conhecido como o direito, em que há prática humana de fazer julgamentos sobre (por causa de) qualquer assunto. Ora, esse jogo de linguagem não pode ser confundido com outro: a “teoria do direito”. Em consonância com as observações feitas por Amaya (2017), Bedoya (2009, 2014, 2017), Guastini (1999) e Muñoz (2011b, 2013), devemos fazer uma distinção para esclarecer: uma coisa é a teoria do direito e outra, a prática jurídica.

Não se pode confundir o fazer jurídico (um uso da linguagem jurídica), a “dogmática”, com a explicação do jurídico (um uso da linguagem *sobre* o jurídico), ou, usando o símile de Daniel Muñoz (2013), não se pode confundir o que faz o jardineiro com o estudo da botânica, embora ambos executam o seu trabalho com as plantas. Talvez, isso seja um exemplo muito bruto e alguém sensível se incomode; proponhamos este outro: o jogo de linguagem que desempenha um engenheiro químico é diferente de um químico – pense nisso como um cientista: o engenheiro está interessado em química e colocar esse conhecimento em prática, fazer algo com ele, fazer uma nova liga de um polímero, enquanto as questões científicas gostam de indagar: “o que é um polímero?”.

A questão, mesmo para nós, que não temos um conhecimento especializado em química ou plantas, parece simples e poucos vão argumentar que o que eles (engenheiro químico e químico ou jardineiro e botânico) fazem é o mesmo. De fato, o ensinamento desse “fazer” é diferente – não são as mesmas faculdades (institutos) que ensinam engenheiros e químicos. No ensino do direito (ou qualquer outra

1 O conceito de Wittgenstein (1988, 1994) é mais complicado do que poderia ser dito nestas poucas linhas. Por agora, nós só queremos enfatizar que não deve ser confundido com a expressão “jogo de palavras” ou “trocadilhos”. O jogo de palavras é, por exemplo, um palíndromo ou um anagrama – “ato idiota” é um bom paradigma de um palíndromo. Jogo de linguagem não é, portanto, simplesmente o uso das palavras em uma determinada ordem em um idioma específico. É um conceito usado para mostrar que o significado das palavras não é o mesmo em todos os casos; por conseguinte, certas expressões, em determinado “contexto”, têm um significado específico quando os participantes – “falantes” é a expressão usada, embora seja certamente claro que eles também podem ser “escritas” – do jogo usam as expressões. Isso rompe com a ideia pretensiosa de uma primeira língua ideal em Wittgenstein (*Tractatus*) e mostra que, dependendo do jogo de linguagem, para a prática, certas expressões têm um sentido e não outro. Dissolve-se, então, o problema da univocidade dos significados das palavras.

disciplina social), não passa igual: os teóricos e os práticos têm a aprendizagem da mesma maneira; de fato, a sua atividade, para alguns, não é diferente.²

A teoria é um uso da linguagem *sobre* o direito e a dogmática é o direito. Immanuel Kant escreveu sobre o mesmo tema no ensaio: “Über den Gemeinspruch: Das mag in der Theorie richtig sein, taugt aber nicht für die Praxis”.³ Para o filósofo alemão, a ideia central é que a prática utiliza uma teoria e, por sua vez, a teoria toma os elementos da prática. Com tudo isso e da mão de Bedoya (2000, 2011, 2014, 2017), García Amado (1992, 2011), Guastini (1999), Haba (2010, 2017) e Muñoz (2011a, 2011b, 2013), nós diremos que a tarefa que faz o teórico é diferente daquela do prático, não obstante, os discursos que se constroem no interior de cada jogo de linguagem sirva-lhe a outro, ou, em palavras de Luhmann (1998), um problema é o “sistema” e outro é o “ambiente”. A ideia kantiana seria o “ambiente” luhmanniano, pois, embora os sistemas não possam se comunicar uns com os outros, podem tornar-se o seu ambiente algo e incluí-lo dentro da comunicação do sistema.⁴

Nós achamos oportuno esclarecer que há um terceiro jogo de linguagem não explicitamente advertido: o ensino do direito. Professores, docentes ou acadêmicos, como eles preferem ser chamados (se autodenominam), não usam a linguagem da teoria ou da prática quando eles ensinam, o que não impede que uma pessoa jogue esses jogos de linguagem também, como jogarão outros, mesmo sem percebê-lo. Nesse jogo, se produzem comunicações que são assumidas pela dogmática via doutrina e excitam esse outro sistema. Logo, veremos de que forma isso é parte do treinamento e como circunscreve o aparelho conceitual jurídico.

Os outros participantes⁵ são os estudantes. Para não complicar o assunto, vamos focar os estudantes neófitos, aqueles que não tiveram contato com o direito, isto é, aqueles que estão iniciando sua graduação, que não têm o grau de advogados (graduados). Os outros, os alunos de pós-graduação, têm algumas peculiaridades cuja referência será interessante, mas só serão abordadas de maneira tangencial.

2 Recomendamos a leitura do artigo “Entre tecnócratas y wishful thinkers: la visión ‘misionera’ de las ciencias sociales (inclusive su adaptación como neoliberalismo)”, do professor Enrique Pedro Haba (2010), no qual se apresenta um estudo muito detalhado sobre o problema das ciências sociais para fazer ciência.

3 Uma tradução pode ser: “Sobre a expressão corrente: isto pode ser correto na teoria, mas nada vale na prática”.

4 Sobre o uso da gramática luhmanniana na teoria jurídica, se pode ver Amaya (2017).

5 Também vou evitar referir-me a outros participantes ou papéis potenciais, tais como pesquisadores, administradores; no entanto, embora eles sejam parte do jogo de linguagem que tento expor, para este trabalho e o que pretendo mostrar, não intervêm diretamente na relação professor-aluno.

Um conceito de “teoria do direito”

O que é o direito? – embora nós prefiramos a pergunta: o que se entende por “direito”? Bem, para alguns, isso é o trabalho próprio de um teórico; outros dizem que é uma obra filosófica, e alguns diriam que é um esforço científico. Essa confusão de termos pode se traduzir como se segue: a. teoria do direito; b. filosofia do direito; e c. ciência do direito, o que exige uma explicação, a fim de contextualizarmos.

O discurso que pretendemos construir vai por outra linha. A diferença entre a teoria do direito, a filosofia do direito e a ciência do direito é simplesmente útil se os conceitos não se confundem. Por enquanto, basta dizer que nós temos uma explicação exclusiva.

Um bom leitor vai notar que todas as expressões têm o mesmo epíteto, “direito”; então, a diferença é o que queremos dizer com “teoria”, “filosofia” e “ciência” sem relacioná-las com o direito.

Devemos esclarecer que assumimos uma leitura pirrônica da obra de Wittgenstein sobre a filosofia (FOGELIN, 1994; STERN, 2005), já que entendemos que esta não explica nada, é um fazer; enquanto a teoria (qualquer teoria) é uma explicação de uma questão, tem um fim gnosiológico. Ciência é um discurso que, além de explicar algo (como a teoria), tem os meios para provar o que fala. (KUHN, 1996, 2003) Ela difere da filosofia pelas mesmas razões descritas acima. Caracteriza-se também como a teoria porque tem meios para verificar a sua explicação. Em suma, consideramos problemático ao falar de uma “ciência do direito” com o conceito de “ciência” que apenas mostramos.

No parágrafo anterior, estão muito resumidas algumas diferenças que nós só queremos mostrar, com o fim de que o leitor possa ver que as expressões não são usadas como sinônimos e, portanto, é possível que tenhamos muitas coisas por aclarar, mas isso excederia nosso propósito neste escrito. Como o interesse não se encontra com as distinções e semelhanças entre essas atividades, simplesmente presume-se que há uma diferença e que a teoria é nada mais do que um discurso para explicar algo – no nosso caso, o direito. Em palavras coloquiais, é um conto bem narrado para explicar alguma coisa.

A diferença entre o que faz um teórico do trabalho do operador jurídico (ou dogmático), com indicação da matéria sobre o sujeito (que executa a ação), é que os operadores jurídicos atuam dentro do sistema, sua linguagem é jurídica e, portanto,

interpreta, organiza, cataloga os fatos, as normas, a jurisprudência e a doutrina. As ferramentas linguísticas que usa o teórico são metajurídicas (refere-se ao “direito”), embora isso não exclua a possibilidade do uso da linguagem teórica ser apropriada posteriormente pelos dogmáticos ou vice-versa – seguindo a relação proposta por Kant.

Aceitando a distinção proposta, agora temos de perguntar: quem ensina a teoria dos direitos humanos?

Quem ensina a teoria dos direitos humanos?

Lembro-nos de uma premissa: o ensino do direito é um jogo de linguagem diferente da prática jurídica e da teoria do direito. Portanto, quando os professores de direito ensinam uma questão dogmática ou teórica, não são nem teóricos nem operadores jurídicos. Suas ferramentas linguísticas não deixam o sistema jurídico ou metajurídico, e suas comunicações estão dentro do sistema educacional. Nem é preciso esclarecer que um sujeito pode ser parte de vários jogos de linguagem, como é um músico ao poder ser: intérprete, compositor e professor; ou ser apenas um intérprete; ou compositor e professor; ou qualquer outra relação que venha à mente. O que deve ficar claro é que a participação em um jogo de linguagem específica não depende do sujeito, mas do uso da linguagem que este faz.

Nós concentramos nosso estudo em aulas de graduação. Para um aluno que tenha problemas em reconhecer a diferença entre sujeito e predicado em uma oração (possivelmente devido a uma falência no ensino básico), uma tarefa difícil é entender o que é um direito humano. Ainda mais difícil é compreender a distinção que estabelece um professor de introdução do direito entre direito natural e positivismo jurídico, advertindo – às vezes não –, dependendo dessa e de outras distinções do conceito de direito serem diferentes.

Um professor de teoria dos direitos humanos não deve, necessariamente, ser um teórico, mesmo sendo um experto em uma teoria, como o caso de kelsenianos, hartianos, cossianos, alexyanos etc., bons leitores dessas teorias, capazes de fazer distinções – quando há lugar – e levantar as semelhanças, se for o caso. Mais importante ainda é que não basta repetir ou, se isso acontecer, deve, inicialmente, esclarecer sobre os limites do seu discurso. Bem, isso poderia ser uma teoria ideal do professor da teoria do direito.

Suponhamos que a linguagem é a única ferramenta para os participantes cumprirem o seu papel. Nós perguntamos: o que os alunos devem aprender? Dados não, porque, com a internet – se pode falar como um lugar –, qualquer um pode encontrar, com algum tempo e dedicação, o que se quer – o que hoje denominamos *big data*. Portanto, alguém entremetido na realidade jurídica pode encontrar o que você está procurando. Mas se alguém atento respondesse: “para pesquisar os dados *on-line*”, o que tem a replicar, mais uma vez, é “não”, um lacônico e contundente “não”.

Nós não achamos que pesquisa na internet é o que os alunos devem aprender participando das aulas de direito. Essa ferramenta (busca de dados) é tão útil e necessária nestes tempos quanto a leitura e a escrita são habilidades necessárias – se pressupõem? – para participar do jogo de linguagem do qual estamos falando. Quando o discente recebe os dados a prevalência – armazenar informações – em vez de compreendê-los, há um problema, pois os sujeitos não são máquinas pensantes, senão agentes com redes linguísticas complexas.

Então, como se tudo fora mais claro, podemos dizer: “os estudantes procuram saber como pensar”, que sentença mais breve, clara como a água cristalina; funciona quase como um aforismo.

Pensar é usar a linguagem. Para aprender sobre algo, como o direito, se precisa usar a linguagem; portanto, é necessário pensar. Por isso, se deve quebrar com as estruturas rígidas da repetição, de dados e de sua importância, que, escusado será dizer, não são importantes apenas pelo fato de conhecê-los.

Isso nos leva ao nosso seguinte ponto. O ensino jurídico não supera o Conhecimento Animal (CA) de que fala Sosa (2004).

Ensino jurídico e conhecimento animal

Um dos temas discutidos na epistemologia contemporânea tem a ver com a possibilidade de diferenciar o Conhecimento Animal (CA) do Reflexivo (CR). Alguns filósofos têm abordado essas questões, especialmente Sosa (2004), Kornblith (2004), Pritchard (2010). Segundo eles, todos os seres humanos desfrutam de dois tipos de conhecimento: o CR, o que exige uma reflexão sobre as crenças que tem um agente, e o CA, no qual não existe tal exercício reflexivo. Além disso, também devemos as-

sumir que o ensino é um processo de treinamento ou adestramento para um jogo de linguagem, envolvendo processos biológicos e linguísticos. (PIAGET, 2008)

Aqui, vamos a deixar uma série de teses sobre esse ponto, que será o marco de referência para posteriores discussões:

1. A maioria dos seres humanos age sozinho com o CA. Eventualmente, assumem um CR, e esse conhecimento – para filósofos como Kornblith – não implica um maior valor epistêmico, embora, como é argumentado por Sosa, um agente torne-se virtuoso se seu conhecimento leva a este estágio.
2. Que se tenha apenas um CA, ou melhor, que o treinamento seja destinado a isso, não significa que ele é uma atividade irracional; de fato, é o oposto, pois o conhecimento – embora animal – será racional.
3. Não é uma questão de modelo ou metodologias (para) de ensino. O CR só é adquirido quando o agente põe em dúvida as suas crenças a partir de uma reflexão que dê: (i) segurança, (ii) verdade, (iii) consistência, (iv) explicação e (v) que seja capaz de descobrir que o conhecimento. (SOSA, 2004)
4. As estruturas acadêmicas atuais não são projetadas para isso e, nós ousamos dizer, nem devem, pelo menos não como um primeiro passo. Primeiro, é necessário ter um CA e, em seguida, refletir sobre ele. O problema maior é que só se concentram no primeiro passo e esquecem logo o seguinte.
5. Para poder participar de um jogo de linguagem, tem de aprender a jogar, e isso só é conseguido através da repetição. Então, você começa a saber gerir as regras, tal como já estão estabelecidas – ou parem estar. Ambas aprendizagens continuam a ser uma CA. A pergunta que deixamos aberta é: que jogo queremos ensinar a jogar?
6. O ensino jurídico não excede o CA, pois é uma maneira que não envolve reflexo das crenças. Na verdade, ele incute crenças, ou melhor, dogmas, visto que o direito está em conformidade com (a partir de) dogmas.

A modo de conclusão... Preliminar

Correndo o risco de dar um sentido um pouco mais leve, nós diríamos: a maneira de ensinar uma teoria dos direitos humanos é contar a teoria. É uma tarefa mecâ-

nica, uma repetição do que outro disse e o próprio professor inventou, construiu. Tudo o que advertimos a respeito dessa afirmação é que o discurso pedagógico não deve ter pretensão de verdade última. Em efeito, a pretensão de verdade é uma finalidade de um jogo de linguagem epistemológico, e a finalidade do jogo de linguagem de ensino não se destina a explicar, como mencionado acima; é um terceiro jogo, cuja finalidade é a formação em conceitos e argumentação.

O discurso propedêutico deve ter um propósito pragmático, focado em responder a algumas perguntas, tais como: para que finalidade é essa teoria? O que nós podemos construir a partir dela? Não, se essa teoria é um espelho da natureza, se há uma correspondência da linguagem teórica com o mundo, em suma, deve servir como um estímulo para que o aluno crie suas próprias reflexões, graças aos conceitos básicos ensinados.

Atingir esse objetivo não é fácil e requer um professor desperto. A sua atividade, para além dos limites de repetição, obriga-o a fazer uma contextualização sobre o que ele está falando. Naturalmente, esse trabalho permite ao aluno aprender uma linguagem, mas apenas uma linguagem. Como Helmut Seiffert (1977), Donald Davidson (1992), Richard Rorty (1991, 2002) e Thomas S. Kuhn (1996, 2003) dizem, filosoficamente, que, para aprender algo sobre Immanuel Kant, deve-se aprender a língua de Kant. Essa clarificação leva-nos à prova decepcionante de que nós não sabemos nem aprendemos a teoria do direito, mas uma teoria do direito ou uma mistura de teorias entre as quais dificilmente saberíamos a diferença.

Finalmente, ficam para o debate os riscos que isso planteia frente aos direitos humanos. Nossa proposta não está encaminhada a mirar o destino; contudo, foi fazer as advertências desde uma epistemologia das virtudes e a filosofia pirrônica.

Referências

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2003.

AMAYA OSORIO, Lucidia. *El lenguaje de los discursos «del» derecho y «sobre» el derecho*. Bogotá: Universidad Externado, 2017.

BEDOYA, Hubed. *Dogmática como derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2009.

- BEDOYA, Hubed. La dogmática como espacio de interpretación. *Letras Jurídicas*, v. 16, n. 2, p. 185-199, 2011.
- BEDOYA, Hubed. ¿Quién necesita un concepto de derecho? Medellín: Universidad Pontificia Bolivariana, 2014.
- BEDOYA, Hubed. *La construcción epistémica del derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2017.
- DAVIDSON, Donald. *Mente, mundo y acción*. Barcelona: Paidós, 1992.
- FOGELIN, Robert J. *Pyrrhonian Reflections on Knowledge and Justification*. New York: Oxford University Press, 1994.
- GARCÍA AMADO, Juan Antonio. “Sobre los modos de conocer el derecho. O de como [sic] construir el objeto jurídico”. *Droit et Société*, França, n. 20/21, p. 53-74, 1992.
- GARCÍA AMADO, Juan Antonio. “¿Es posible ser antikelseniano sin mentir sobre Kelsen?”. In: BRAND, Montoya; RESTREPO, Montoya. *Hans Kelsen. El reto contemporáneo de sus ideas políticas*. Medellín: Fondo Editorial Universidad EAFIT, 2011. p. 19-93.
- GUASTINI, Riccardo. *Distinguiendo: estudios de teoría y metateoría del derecho*. Barcelona: Editorial Gedisa, 1999.
- HABA, Enrique Pedro. *Entre tecnócratas y wishful thinkers: La visión «misionera» de las ciencias sociales (inclusive su adaptación como neoliberalismo)*. Granada: Comares, 2010. (Colecciones Filosofía, Derechos y Sociedad, 24).
- HABA, Enrique Pedro. *Derechos humanos vs. derechos humanos. Ensayos de desmitificación*, Costa Rica, 2017.
- HOLMES, Oliver Wendell. *The Common Law*. Cambridge, London: Belknap Press: Harvard University Press, 2009.
- KORNBLITH, Hilary. Sosa on Human and Animal Knowledge. In: GRECO, John (ed.). *Ernest Sosa and His Critics*. Malden: Blackwell, 2004. p. 126-136.
- KUHN, Thomas S. *The Structure of the Scientific Revolutions*. Chicago-London: University Chicago Press, 1996.
- KUHN, Thomas S. *O caminho desde A estrutura: ensaios filosóficos, 1970-1993, com uma entrevista autobiográfica*. São Paulo: Editora UNESP, 2003.

- LUHMANN, Niklas. *Sistemas sociales: lineamientos para una teoría general*. México: Universidad Iberoamericana, 1998.
- MUÑOZ, Daniel. *Cultura escrita y derecho. El derecho como artefacto literario*. Medellín: Universidad de Antioquia, 2011a.
- MUÑOZ, Daniel. ¿Es el derecho un lenguaje especializado?. *Letras Jurídicas*, [s. l.], v. 16, n. 2, p. 201-211, 2011b.
- MUÑOZ, Daniel. Sobre las posibilidades de distinguir la teoría del derecho de la práctica jurídica: o de cómo tomar el rábano por las hojas. *Letras Jurídicas*, v. 18, n. 2, p. 185-209, 2013.
- PIAGET, Jean. *Biología y conocimiento*. México: Siglo Veintiuno Editores, 2008.
- PRITCHARD, Duncan. *What is this Thing Called Knowledge?* London, New York: Routledge, 2010.
- RORTY, Richard. *Contingencia, ironía y solidaridad*. Madrid: Paidós, 1991.
- RORTY, Richard. *Filosofía y futuro*. Barcelona: Editorial Gedisa, 2002
- SEIFFERT, Helmut. *Introducción a la teoría de la ciencia*. Barcelona: Editorial Herder, 1977.
- SOSA, Ernest. Human Knowledge, Animal and Reflective: Reply to Rodert Audi, John Greco, and Hilary Kornblith. In: Greco, John (ed.). *Ernest Sosa and His Critics*. Malden: Blackwell, 2004. p. 290-292.
- STERN, David G. How Many Wittgensteins?. In: PICHLER, A.; SÄÄTELÄ, S. *Wittgenstein: The Philosopher and his Works*, p. 164-188. Bergen: Wittgenstein Archives at the University of Bergen, 2005. (Working Papers from the Wittgenstein Archives at the University of Bergen n. 17).
- WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigaciones filosóficas*. 2. ed. Traductor C. Ulises Moulines. México: Instituto de Investigaciones Filosóficas, 1988. (Colección Filosofía Contemporánea). Tema: Filosofía del lenguaje, Lógica.
- WITTGENSTEIN, Ludwig. *Los cuadernos azul y marrón*. Barcelona: Planeta-Agostini, 1994.
- WITTGENSTEIN, Ludwig. *Tractatus logico-philosophicus*. Madrid: Alianza Editorial, 1980.

CONSTITUCIONALISMO DECOLONIAL E O ANIMAL NÃO HUMANO

Jailson José Gomes da Rocha
Heron José de Santana Gordilho

Esse direito nos parece natural porque nós estamos no alto da hierarquia. Mas bastaria que um terceiro entrasse no jogo, por exemplo, um visitante de outro planeta a quem Deus tivesse dito: Tu reinarás sobre as criaturas de todas as outras estrelas, para que toda a evidência do Gênesis fosse posta em dúvida. O homem atrelado à carroça de um marciano – eventualmente grelhado no espeto por um visitante da Via-Láctea – talvez se lembrasse da costeleta de vitela que tinha o hábito de cortar em seu prato. Pediria (tarde demais), desculpas à vaca.

(Milan Kundera, A insustentável leveza do ser)

Considerações iniciais

Os constitucionalismos latino-americanos têm enfrentado, nas últimas décadas, questões até então não plenamente discutidas/inseridas no âmbito dos movimentos constitucionais hegemônicos de raiz eurocentrada. A afirmação dos direitos da natureza e a constitucionalização dos direitos animais no continente pulsionam o

direito a reorientar o sistema posto de proteção aos direitos fundamentais em uma potencial faceta não antropocêntrica.

Objetivamos, diante desse contexto, compreender o fenômeno da inserção da animalidade no âmbito das questões de relevância constitucional e o impacto da consideração jurídica do animal não humano no sistema de direitos humanos, sob uma ótica desvencilhada da matriz colonial que dá suporte à modernidade e, conseqüentemente, ao direito moderno-hegemônico.

Cabe, assim, a incursão nas constituições dos países latino-americanos, a fim de observar quais são as bases éticas subjacentes e quais são as condições reais de construção de um constitucionalismo disruptivo, antiespecista, que estabelece possibilidades de reconhecimento de direitos a animais não humanos ou até mesmo reconhecimento de cosmovisões subalternizadas que visualizem a natureza de forma não reificante. Para tanto, optamos analisar os dispositivos constitucionais do Brasil, Equador e Bolívia.

A inserção da questão animal nas cartas constitucionais – geralmente nos capítulos referentes à proteção ambiental – pôde proporcionar um balizamento especial do direito animal, posto que se tornou matéria hierarquicamente superior e, portanto, um vetor jurídico orientador e condicionador das ações públicas e privadas relativas ao trato das demais espécies animais.

A realidade brasileira é significativa diante desse contexto, uma vez que a Constituição de 1988, ao vedar atos de crueldades oponíveis aos demais animais, se tornou um marco do pensamento acerca dos direitos dos animais. Passou a vislumbrar a possibilidade de espaços jurídicos de reconhecimento do interesse que o animal não humano possui de ter respeitada sua existência enquanto ser. Passa, assim, a ser uma porta de entrada para a discussão jurídica da temática.

Em sentido consonante, temos as constituições do Equador e Bolívia, que vislumbram o reconhecimento dos direitos da natureza. Essa inserção pressupõe uma necessária ressignificação do ponto de vista semântico e operacional do constitucionalismo contemporâneo para abarcar a proteção animal e dos demais elementos da natureza sob um ponto de vista não especista-expropriatório.

Conseqüentemente, se intuimos que as cosmovisões latino-americanas vigentes acerca dos direitos animais e da natureza repercutem na (re)produção do direito, cabe a ponderação da necessidade de propor um substrato teórico e aporte epistemológico decoloniais para fundamentação desse possível constitucionalismo dis-

ruptivo com o modal hegemônico. O rompimento com o padrão vigente do poder no capitalismo mundial que se encontra embevecido pela colonialidade.

Com isso, o novo constitucionalismo latino-americano pode ter potencial para servir de fundamento para o reconhecimento e desconstrução dos processos de colonialidade da animalidade não humana, que tem sido utilizada como suporte fático-ideológico de legitimação da exploração dos animais.

Se considerarmos, através de uma leitura biocêntrica/animalista/decolonial do direito, que há um imperativo de não instrumentalização do animal e da natureza, então chegaríamos à conclusão de que haveria a necessidade de reorientação da teoria dos direitos humanos tendo em vista os direitos animais, bem como redirecionar as dimensões clássicas dos direitos humanos para um caminho não especista-anthropocêntrico; ou até mesmo intuir que o direito animal figuraria como gênero que contemplaria a espécie direitos humanos, todos esses inseridos no espectro mais amplo dos direitos da natureza.

Matriz colonial e movimentos constitucionais

Por matriz colonial compreendemos a matriz de poder que engendra relações estabelecidas pela hierarquização. Essas relações partem de uma lógica geopolítica e epistemológica que se inaugura com a mundialização do capitalismo e estabelecimento das estacas coloniais da modernidade.

Consideramos, aqui, o ano de 1492 como marco inicial. (DUSSEL, 1993) A invasão das Américas: o início de um projeto de mundialização do valor capitalista europeizante. Ou seja, essa matriz de poder que parte dos interesses e demandas do capitalismo no marco da modernidade, mas que extravaza para todos os recantos do âmbito da vida, dos sujeitos imbricados, redes e relações estabelecidas. (WALSH, 2008)

A partir dessa lógica, alguns sujeitos são moldados enquanto outros moldam; uns são sujeitos do conhecimento, outros são sujeitos ocultados; uns destinados a manejar o poder, outros ser manejados pelo poder. Há um padrão de poder e dominação estabelecidos com a modernidade/colonialidade que estrutura os modos de vida e percepção de mundo capitalistas.

Nesse sentido, Walsh (2008, p. 135-139) apresenta, sob a influência de Aníbal Quijano, os quatro eixos de manifestação da matriz colonial, a saber: a colonialidade do poder, colonialidade do ser, colonialidade do saber e colonialidade da natureza. Propomos um quinto eixo referente à colonialidade da animalidade não humana.¹ Vale notar que tais eixos se entrelaçam na dinâmica social e um processo contínuo de condicionalidade recíproca.

A colonialidade do poder refere-se a uma estrutura de classificação social hierarquizada racial e sexualmente. É criado um gradiente de identidades sociais que são perfiladas entre identidades negativas e positivas, conseqüentemente promovendo a hierarquização: sujeitos do poder e sujeitos ao poder. Há um padrão de exercício de poder estabelecido que serve à dominação e exploração de grupos não hegemônicos. Há uma naturalização das relações e identidades da colonialidade e da distribuição geocultural do poder. (QUIJANO, 2000)

Um segundo eixo de manifestação da matriz colonial refere-se ao mito de construção de uma única racionalidade válida e com aspirações universalizantes: o modo de observar, conhecer, quantificar, medir tipicamente inscritos no modelo cartesiano. São descartadas as demais formas de produzir e fazer circular saberes em sociedade, uma vez que apenas o conhecimento científico chancelado pela modernidade/colonialidade seria validável.

A razão colonial (MALDONADO-TORRES, 2007) subjacente à colonialidade do saber reproduz-se no sistema educacional básico e universitário. O marco intelectual-científico-acadêmico europeu é veiculado como base fundante do saber formal. O campo do saber apresenta-se como instrumental de dominação.

A colonialidade do ser se manifesta através do ocultamento do outro. Da negação de alteridade. Da desimportância dos sujeitos subalternizados. Da inferiorização radical que promove “não existências” humanas. Desumanização e animalização detrimetosa. Povos e comunidades não pertencentes ao mundo ocidentalizante são reputados como bárbaros, incivilizados. Consiste na imposição de subjetividade e do conceito cristão-europeu de sujeito, desmontando as demais subjetividades existentes na fábrica social. (MIGNOLO, 2005, p. 26-27)

Ainda, a colonialidade se manifesta sobre a natureza não só sob o ponto de vista da dominação com as práticas extractivistas, mas sobretudo com a divisão interna-

1 Colonialidade animal, colonialidade da animalidade, colonialidade da espécie ou colonialidade das espécies animais.

cional da natureza (LANDER, 2014), que nega “os modelos da natureza baseados no lugar, assim como as práticas e racionalidades culturais, ecológicas e econômicas que as acompanham”. (ESCOBAR, 2005, p. 134) Estabelece-se uma divisão binária entre natureza-sociedade que proporciona, inclusive, o destacamento do humano do primeiro e conseqüente processo de dominação e exploração. Ressalta-se, novamente, que há um enovelamento dinâmico desses eixos da matriz colonial que se manifestam de forma estruturante da colonialidade.

Ademais, afirmamos ainda haver uma tipologia específica de relações baseadas em uma colonialidade que molda a forma de conceber os animais. A colonialidade da animalidade não humana se manifesta nas estruturas de pensamento e ação que reificam animais e, ao mesmo tempo, destacam o animal *homo sapiens* dessa categoria analítica para pô-lo em situação epistêmica de superioridade, de sujeito do conhecimento, em uma categoria apartada e hierarquicamente dominante: o ser humano, humano, homem. Cunha não existências para além do humano.

Cria-se um sistema o binário de pertencimento humanidade-animalidade, que produz uma classificação social na qual subjetividades e conceitos são impostos de forma tal a alijar a animalidade de todos os âmbitos da esfera de poder e consideração moral.

A modernidade se (im)pôs como fenômeno universal e global. Através desse artifício, acabou por ocultar a sua outra face indissociável, a colonialidade. É que, quando se fala em modernidade, estamos falando de um processo situado histórica e geopoliticamente: a modernidade eurocentrada, que teve como arrimo os processos coloniais que se perpetuam estruturalmente até os dias atuais. Desse modo, a modernidade e a colonialidade são face da mesma moeda.

A ocultação da colonialidade, como condição de possibilidade operativa da modernidade, acabou por propor uma retórica dos modelos constitucionais a serem seguidos; uma cartilha jurídica posta como modal universal de Estado e de constituição desse Estado. Dessa forma, o Sul global fora coagido simbolicamente a talhar os institutos jurídicos de forma a recepioná-los acriticamente, em total descolagem com a realidade circundante.

Vale salientar que, de forma mais ampla, a matriz colonial dá suporte à construção do próprio direito, e não só as manifestações constitucionais. As noções de ordenamento, norma e sistema jurídicos são manifestações inequívocas dos modos de ser e historicidade eurocentradas.

Ademais, negou-se a diversidade constitutiva dos Estados e a realidade operante, os contextos factuais relativos à distribuição e de contenção do poder. Como resultante desse processo, tivemos uma massa alijada dos processos decisórios e uma elite colonial parasitária do poder nos países latino-americanos.

Nesse sentido, o constitucionalismo, enquanto movimento político-filosófico, foi fruto dessa relação até aqui descrita. Cumpre notar que o processo de independência das colônias teve como base de legitimação jurídica a instituição de constituições dos Estados nascentes. A ideia do constitucionalismo como movimento universal, homogêneo e homogeneizador faz parte das estruturas da matriz modernidade/colonialidade.

O movimento constitucionalizador esteve e ainda permanece enraizado em uma matriz colonial que instaurou um constitucionalismo não disruptivo, calcado em soluções hegemônicas e na ocultação dos processos de vida e realidade situados no tempo e espaço.² A historicidade latino-americana foi ignorada na construção de seus processos constitucionais. O modelo do constitucionalismo moderno fora simbolicamente impingido.³

Considerando os movimentos constitucionais afirmados por Canotilho, o afirmado por Jorge de Miranda e por Karl Loewenstein em relação aos hebreus, pode-se dizer que também há um constitucionalismo pré-invasão das Américas, que modela a organização do poder nas comunidades ameríndias: constitucionalismo inca, maia e asteca etc.; modos de ser e fazer o Estado e a normatização social e do poder que foram subalternizados, reputados como inexistentes e desimportantes para a conformação dos Estados nascentes.

Nesse sentido, as ideias de dignidade da pessoa humana, rol de direitos humanos, separação de poderes, democracia e república foram impostas como universais. Representação do afirmado consta no artigo 16 da *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão* da Revolução Burguesa da França, que expressamente afirma que toda sociedade na qual não está assegurada a garantia dos direitos nem se determina a separação dos poderes não tem constituição.⁴

2 Sobre as realidades jurídico-políticas pré-invasão, ver: Mendieta y Núñez (1992), Flores (2009) e Kohler (1969).

3 Sobre realidades jurídicas silenciadas e ocultadas pela matriz colonial, ver, por exemplo: Zorrilla e Chimbor (2011) e Aleksandar (1996).

4 Vale salientar que, atualmente, diante de questões transconstitucionais relativas aos animais não humanos, cabe o questionamento sobre quais são as condições de possibilidade de diálogo não colonizante entre os sistemas constitucionais distintos. Como as ordens jurídicas nacionais irão tratar de forma não hegemônica

Ou seja, estabelece aprioristicamente um mandamento universalizante, globalizante, que homogeneiza as realidades políticas. Parte de um truísmo simplista e não verificável na dialética da realidade social. Criaram-se, assim, distopias constitucionais latino-americanas, que agudizaram as tensões sociais e incrementaram os níveis de miserabilidade em prol do enriquecimento de uma elite colonial parasitária.

Os fundamentos dos direitos fundamentais

Os direitos humanos,⁵ compreendidos como cláusulas fundantes/legitimadoras da modernidade/colonialidade, destinados à proteção e garantia de fruição de certos valores com pretensões universalizantes de juridicidade, tiveram sua matriz histórica cunhada através de uma clivagem baseada em um referencial especista.

Por especismo compreendemos um aporte epistemológico específico que modula a forma como estabelecemos relações interespecies. Essa forma de conhecer e se relacionar no mundo baseia-se em um estabelecimento de diferenciações detrimetosas utilizando como arsenal distintivo a categoria “espécie”.

Os aportes epistêmicos e axiológicos que inauguraram a cultura jurídica dos direitos humanos na modernidade estavam (e ainda estão) embevecidos pela lógica especista-antropocêntrica-androcêntrica-hegemônica ou, se utilizarmos a gramática de um aporte epistemológico decolonial, nutridos por uma relação de poder que proporcionou o ocultamento e a negação da outridade humana e não humana.⁶

Podemos realizar uma leitura da construção do artifício “direitos humanos” e sua relação com os animais não humanos através da ótica dos estudos subalternos (SPIVAK, 1988) e decolonial, ao perceber o animal como “subalterno”, sem voz e submetido a um modelo epistêmico subjugador. É importante, ainda, realizar

questões relativas ao direito animal, tais como tráfico internacional de animais e titularização de direito por grandes primatas?

5 Muito embora reconheçamos a distinção teórica entre as categorias “direitos humanos” e “direitos fundamentais” empreendida pela doutrina, neste trabalho, utilizaremos os termos como sinônimas, compreendidos como pretensões jurídicas encampadas por uma ordem jurídica interna ou internacional com aspirações a um estatuto jurídico específico de proteção, dada a relevância ou importância conferida pela comunidade política aos interesses tutelados.

6 Sobre epistemologias decoloniais, ver: Dussel (1993), Quijano (2005) e Mignolo (2010). Cremos ser um marco teórico frutífero para a postulação do direito animal. A matriz colonial nos serve de arsenal teórico para compreender as relações estabelecidas entre humanidade e animalidade na modernidade e as suas decorrências contemporâneas.

uma ponderação referentemente ao sistema de representações estabelecido entre humanidade e animalidade. Nesse sentido, a crítica proposta por Spivak vem bem a calhar para operar com o direito animal e o questionamento da representação.

Partimos, assim, de um pressuposto fundamental para a compreensão referente à inter-relação e conexões dos direitos humanos com o direito animal: a historicidade dos direitos humanos é local e culturalmente contingenciada, georreferenciada por relações de poder, assimetricamente atribuída e reconhecida. Ou seja, a matriz colonial que nutre as bases fundantes do ser, do poder, do saber parametriza as relações interespecies através da colonialidade da animalidade não humana, assim como as conexões e recortes entre natureza e humanidade (colonialidade da natureza).

Há de se ter em mente que o discurso oficial dos direitos fundamentais fez parte de um processo de sedimentação de uma classe insurgente na Europa Ocidental: a burguesia. Ou seja, os ideais de igualdade, liberdade e fraternidade serviram de instrumental para legitimar a ascensão política da classe insurgente e sua consequente inserção no pacto político da modernidade.

Dessa forma, a suposta universalização dos direitos humanos escamoteou sua segmentariedade histórica. Até mesmo se considerarmos a cartografia global à época do desenvolvimento das Cartas Burguesas de Afirmação de Direitos, chegaremos à conclusão de que há um destinatário bem específico desses direitos: o animal-humano-homem-europeu-proprietário-branco-heterossexual.

Para esse destinatário, o discurso dos direitos humanos era universal e vindicava um dever estatal de resguardo e afirmação.⁷ O referido sistema referendava o direito à apropriação e dominação dos elementos da natureza, dos animais não humanos, do negro, do indígena e das mulheres pelo destinatário dos direitos humanos.

As consequências desse processo são notáveis no atual sistema de regulamentação e afirmação de direitos com ares de fundamentalidade, bem como nas representações sociais assimiladas e disseminadas, inclusive no que toca às dificuldades de reconhecimento jurídico e social de direitos de minorias.

Dentre as possíveis críticas ao processo de construção dos direitos fundamentais na lógica moderna, insere-se a questão da invisibilização da animalidade. Os processos de colonialidade silenciaram modos de ser, produzir e viver que vi-

7 Cabe notar que fora proposta à Assembleia Nacional da França a *Declaração de Direitos da Mulher e da Cidadã*, durante a Revolução Francesa, por Marie Gouze (1748-1793). Essa e outras propostas de declarações, como A Declaração Universal dos Direitos do Animais (1978), evidenciam a seletividade na construção universalizante dos direitos fundamentais e os influxos disruptivos a essa lógica.

sualizam a figura do animal não humano alheio à lógica reificante típica da modernidade-colonialidade.

Diante desse contexto, o especismo pode ser compreendido como interpretação ou interação *do* e *no* mundo, fruto de um aporte epistêmico que orienta o agir a partir de modelos distintivos baseados na categoria analítica “espécie”. Em outros termos, a partir da hierarquização das espécies, atribuímos valores, direitos e personalidades distintas e seletivas. Parte-se, portanto, de uma discriminação epistêmica baseada na espécie à qual se filia.⁸

Além das categorizações clássicas de especismo (eletivo e elitista), propomos uma terminologia que usa uma base epistêmica que fundamentaria uma colonialidade especista ou especismo colonial. Trata-se de um referencial baseado na matriz colonial que permitiria apropriações teóricas do norte hegemônico de forma acrítica que, no intento de desconstruir lógicas especistas, acabariam por reproduzir e disseminar especismo em função da descolagem com a realidade das cosmovisões do Sul.

A colonialidade especista também lançaria uma clivagem nas relações interespecies com base na cartográfica simbólico-global. Ou seja, haveria uma distinção nas relações e tratos do humano com espécies do Norte global ou do Sul. Não esgotaremos a compreensão da terminologia proposta. Em momento oportuno e trabalho específico, trataremos dessa nova categoria analítica.

A lógica da justificação da ação sob o ponto de vista da colonialidade especista baseia-se na naturalização desse tratamento diferenciado e discriminatório com base na filiação a determinada espécie, ou seja, a diferença é utilizada como fundamento da subalternização do outro, que legitima o esquecimento e/ou exploração. Se pensarmos na lógica da construção histórica dos direitos fundamentais descrita acima, haveria inclusive um especismo-androcêntrico, em que o referencial sexista acopla-se à lógica especista.

O princípio ético da igual consideração de interesses semelhantes historicamente cingiu-se a um seletivo agrupamento humano. Muito embora tenhamos passado por um processo de ampliação de reconhecimento de *status* moral de diversos grupos, essa ampliação é seletiva e tem suas fronteiras demarcadas pelo valor humano. Ou seja, a consideração dos interesses destina-se apenas aos seres humanos, reduzindo os animais não humanos e demais elementos da natureza à condição de objetos.

8 Sobre a lógica especista, ver: Gordilho (2008), Trajano (2014a), Francione (2000, 1995, 2008) e Singer (2010).

Concatena-se à lógica descrita o atual discurso substancialista do constitucionalismo contemporâneo, que reivindica a centralidade da chamada dignidade da pessoa humana no sistema de afirmação de direitos. Seria o princípio da dignidade da pessoa humana o epicentro gravitacional do sistema de proteção de direitos fundamentais.

No que se refere à titularização de direitos e consideração jurídica do sujeito, essa clivagem estabelecida pela colonialidade da animalidade não humana legitimou a construção da noção de essencialidade e proteção de certos tipos de direitos – os ditos direitos humanos e/ou fundamentais – para gestão e fruição apenas da vida humana.

Nesse sentido, as existências para além do elemento humano foram historicamente desconsideradas e tratadas, por conseguinte, como objetos, bens, propriedades sujeitas à exploração legítima conferida pelo direito estatal.⁹ O mundo é observado, compreendido e operado em termos humanos. O que passa ao largo das bordas antropocêntricas é reputado como não existências, são os seres ocultados que são sistematicamente silenciados e subalternizados. Nesse sentido, os direitos humanos serviriam como uma cláusula de barreira para que a fruição desses valores jurídicos não fossem estendidos a outros seres vivos.

Quando a dignidade da pessoa humana torna-se o feixe axiológico do neoconstitucionalismo, a humanidade é fincada, de uma vez por todas, como baluarte do direito. Os sentidos do direito são mediados apenas se submetidos à filtragem do princípio da dignidade da pessoa humana.

Ou seja, por via de consequência, não haveria sentido juridicamente relevante para o que margeia a humanidade. Nessa conjuntura, a animalidade só faria sentido se presente juridicamente como inscrito no rol dos bens. Há uma apropriação jurídica do animal como coisa. Nesse sentido, cabe problematizar o *locus* dos animais não humanos dentro da construção dos direitos fundamentais.

Diante desse cenário, resta o questionamento acerca da relação que esse sistema posto – incluindo o direito, os sujeitos e as representações sociais – estabelece com animais não humanos, assim como cabe-nos analisar as condições de possibilidade para uma ruptura paradigmática¹⁰ e consequente inserção dos animais não

9 Inobstante essa posição hegemônica, temos, ao longo do século XX, uma larga discussão no âmbito da ética da ecologia sobre a ampliação de consideração para entidades não humanas. Nesse sentido, ver: Stone (1972).

10 Sobre rupturas de paradigmas em uma perspectiva decolonial, ver: Mignolo (2010).

humanos no quadro de proteção dos direitos fundamentais, sob um prisma não antropocêntrico, não especista, não hegemônico.

Dessa forma, supomos a necessidade de uma construção constitucional não colonial, assim como a reavaliação dos direitos fundamentais de forma antiespecista. Visualizamos a constituição de um Estado plurinacional como ponto de corte frente à história neocolonial, a ruptura com modelos clássicos eurocentrados de democracia, para a tentativa de construto democrático ancorado na realidade latino-americana.

Supomos a construção relacional de sustentabilidade, pondo a natureza como sujeito imbricado nessa relação, que utiliza a Constituição como instrumento normativo de composição do Estado para readequar o contrato social latino-americano em termos decoloniais. Ou seja, há uma tentativa de desvencilhamento da matriz colonial e do repertório jurídico imposto para pensar o jurídico que há nas realidades outras e cosmovisões desconsideradas historicamente.

Dessa forma, os modos e concepções de vida suprimidos pelo poder colonial seriam reavivados pelo constitucionalismo andino. O *buen vivir* figuraria como um corte epistêmico e ontológico ao monismo cultural e jurídico. Uma noção blocada de Estado não teria o condão descritivo e prescritivo social adequado, ante a pluralidade cosmológica e operativa, para lidar com as relações não apropriativas do humano para com a animalidade e natureza.

O direito animal

Os direitos animais¹¹ – compreendidos como o complexo de normas jurídicas que tem como destinatários/beneficiários os animais não humanos sencientes – foram edificados e consolidados em solo norte-americano e no Reino Unido a partir da segunda metade do século XX, influenciados pela difusão da ética prática como campo da filosofia preocupado com a vida e o enfrentamento dos dilemas e problemas a ela inerentes. Em uma perspectiva alargada, foram inseridas as questões relativas à vida além do humano.

11 A princípio, não empreenderemos uma diferenciação teórica entre direito animal e direito dos animais, muito embora haja uma disputa nas relações de poder disciplinar no processo de autonomia didática do estudo desse novo campo do direito entre correntes abolicionistas e benestaristas. Para os fins específicos deste trabalho, utilizaremos de forma indistinta ambas terminologias.

Tributários de uma discussão mais ampla e secular – que perpassa da Grécia ao utilitarismo britânico –, autores como Singer, Regan, Bekoff, Ryder e outros mais, na segunda metade do século XX, passam a reivindicar o reconhecimento do valor intrínseco dos animais não humanos e a necessidade de romper com uma historicidade especista que desconsidera os interesses da animalidade. O ponto fundante da necessidade de reconhecimento desses interesses residiria no atributo da *senciência*.

De forma genérica, podemos afirmar que a *senciência* caracteriza-se como a capacidade de apresentar estados mentais acompanhados de sensações afetivas. Em outros termos, a capacidade que determinados seres possuem de manifestar sensações, experimentar dor, pesar, felicidade, alegria, manifestar reações subjetivas à experiência no mundo; a manifestação de estados subjetivos conscientes relativos às sensações e sentimentos. Denota-se a existência do “eu” que vivencia o mundo e a si mesmo e evidencia-se essa vivência através das externalidades da *senciência*.

A *Declaração de Cambridge sobre a Consciência em Animais Humanos e Não Humanos* (2012, p. 2) expressamente declara:

A ausência de um neocórtex não parece impedir um organismo de experimentar estados afetivos. Evidência convergente indica que os animais não humanos têm substratos neuroanatômicos, neuroquímicos e neurofisiológicos de estados de consciência, juntamente com a capacidade de exibir comportamentos intencionais.

Dessa forma, se partimos da posição que reconhece a *senciência* como característica não exclusiva da humanidade, estaríamos experienciando um mundo especista se concluirmos pela negação desse atributo aos animais não humanos e consequente desconsideração de seus interesses.

Enquanto campo disciplinar que se pretende autônomo – fontes, objetos e principiologia próprios – frente aos demais ramos do direito, o direito animal possui tensões internas e disputas pela hegemonia semântica, operacional e epistemológica de seu estatuto. Diversas correntes moldaram-se ao longo do tempo e, por sua vez, intenta(ram) modelar as bases conceituais do direito animal de acordo com suas premissas.

O conteúdo ecofilosófico ou a ética animalista subjacente ao direito animal, dessa forma, pode variar de acordo com a corrente adotada. Historicamente, duas

correntes genéricas se desenharam: o benestarismo e o abolicionismo; a teoria do bem-estar animal e teoria dos direitos animais.

Ambas possuem como elemento principal o convite à ressignificação da relação entre animais humanos e animais não humanos. Dessa feita, postulam uma ampliação da considerabilidade do animal para além do estatuto de coisa, para além das relações dominiais e apropriativas.

Advogam pela necessidade de ampliação da esfera de consideração moral dos sujeitos para incluir demais espécies animais. Dessa forma, a comunidade moral seria alarguecida consideravelmente para incluir outras espécies que não a *homo sapiens sapiens*. Os demais animais passariam a gozar de valor inerente ou intrínseco, e não mais com valor instrumental, como já sugeria Fritz Jahr em seu “imperativo bioético”.¹² Ambas, nesse sentido, refutariam a comoditização do animal.

De acordo com um posicionamento/corrente benestarista, os animais não humanos deveriam gozar de um estatuto moral diverso do que é apresentado atualmente. Haveria, para o humano, obrigações morais para com as demais espécies animais. Essas obrigações partiriam da lógica de que todo ser senciente possui interesses a serem considerados e que, portanto, deveria estar inscrito na comunidade moral. Não considerar *a priori* tais interesses dos animais não humanos implicaria uma atitude tipicamente especista.

Ou seja, em última análise, dever-se-ia aplicar o princípio da igual consideração de interesses semelhantes às demais espécies animais, e não só ao valor/interesse humano. Seria, portanto, uma tentativa de viragem epistêmica que suplantaria o valor antropocêntrico subjacente a nossa sociedade.

O benestarismo advoga pela minimização de todo sofrimento e dor insculpidos na relação que a humanidade estabelece com a animalidade, dentro de uma perspectiva utilitarista. Por exemplo, no contexto das experimentações científicas em modelos animais, uma abordagem benestarista se preocuparia com a regulamentação e limitação do fazer científico, tendo em conta o bem-estar dos animais. Haveria uma preocupação maior com o não sofrimento do que com a terminação da vida.

12 Segundo Fritz Jahr (1928), haveria uma necessidade de reconsideração da ética estabelecida entre humanos para considerar demais seres na esfera de considerabilidade moral. De acordo com o imperativo bioético, descrito no modelo de axiomas kantianos, deveria haver um respeito de todo ser vivo como um fim em si mesmo e um tratamento, se possível, como tal.

Já em uma abordagem abolicionista, há uma consideração do animal não humano como possível sujeito de direitos. Se detentores de interesses, como afirmado anteriormente, tais animais sencientes gozariam de direito à tutela jurídica desse interesse/bem. Portanto, uma abordagem abolicionista tenta romper com o especismo através de uma lógica visa a abolir todo e qualquer tipo de exploração animal, qualquer uso humano de animais não humanos para satisfazer interesses e desejos humanos.

A questão que se coloca com o abolicionismo é que a condição de propriedade atribuída aos demais animais obstaculiza qualquer tentativa de construção de uma relação entre humanidade e animalidade de forma não especista, não antropocêntrica, não exploratória. Não há possibilidade da plena aplicação do princípio da igual consideração de interesses semelhantes se há uma relação de apropriação entre os sujeitos envolvidos. Os interesses dos explorados jamais seriam considerados igualmente aos do explorador.

Dessa forma, haveria para o animal um protodireito ou um pré-direito a não ser considerado propriedade. No exemplo aventado anteriormente, uma posição abolicionista reivindicaria a total supressão de experimentos científicos que violassem a vida de um animal, uma vez que este é considerado como sujeito de uma vida, como ser senciente que teria o direito de não ser considerado coisa.

Assim, o benestarismo estaria preocupado com as discussões relativas à filosofia moral e ao *status* moral de animais não humanos, ao passo que o abolicionismo estaria focado na construção de uma teoria do direito não especista, que conferisse *status* jurídico de sujeito à animalidade.

Com os breves apontamentos da sedimentação do direito animal como campo disciplinar, podemos intuir que, inobstante, a valia das conclusões e referências trata-se de típico modo de conhecer e relacionar parametrizado pela matriz colonial. Os conhecimentos produzidos pelo Norte global são reproduzidos pelo Sul de forma simbolicamente coercitiva. Nesse sentido, a colonialidade do saber desempenha aqui uma função vital para compressão e análise.

Nota-se, por exemplo, que há um silenciamento das experiências do Sul global, uma ocultação, inclusive, de cosmovisões que propõem estabelecimento de relações entre animalidade humana e não humana menos detrimidas. O conhecimento e a visibilização de uma produção do ser e do saber ancorados nos modos e nas representações locais evitariam que modelos *pret a porter* fossem postos a fórceps.

Em última análise, questionamos em que medida a importação do bloco epistemológico da teoria dos direitos (dos) animais seria um instrumental útil para lidar com as problemáticas típicas da realidade latino-americanas. No entanto, não desconsideramos a relevância teórica, tampouco o empenho intelectual da doutrina anglo-saxã. Pomos em tela, apenas, a máxima segundo a qual toda teoria está inscrita em um lugar de fala e, por via de consequência, é limitada por esse espaço geopolítico de enunciação.

Ou seja, as relações materiais que estabelecemos com a animalidade são situadas no espaço e no tempo. Não há modelo universalizante que dê conta de todas as especificidades locais. Dessa feita, a incursão nas cosmovisões latino-americanas nos conduzem à conclusão que o novo constitucionalismo latino-americano como movimento constitucional ancorado na realidade local pode ser uma porta de entrada para enunciação de uma teoria do direito animal própria e autônoma.

Constitucionalização da questão animal e o novo constitucionalismo latino-americano

O processo de sedimentação da constitucionalização do direito no Brasil e demais países da América Latina se deu através de uma construção histórica lenta e gradual.¹³ Especificamente em relação à proteção animal, Levai afirma que o primeiro registro normativo de proteção aos animais contra abusos e crueldade data de 1886. Tratava do *Código de Posturas do Município de São Paulo*. Seu artigo 220 rezava que os cocheiros, condutores de carroça, estavam proibidos de maltratar animais com castigos bárbaros e imoderados, prevendo, inclusive, multa. (LEVAI, 2004, p. 27-28)

Em que pese todos os instrumentos normativos infraconstitucionais elaborados ao longo do século XX no Brasil com o objetivo de proteger os animais contra atos de crueldade, somente com o advento da Constituição Federal de 1988 é que o direito animal seria consagrado como questão constitucional. Através da constitucionalização das normas ambientais, a questão animal pôde ser reavaliada através dos valores constitucionais.

13 Sobre a construção do campo do direito animal e do movimento social de proteção animal no Brasil, ver Trajano (2014a).

Vale salientar que a inserção da questão animal como norma constitucional apresenta-se como um modal constitucional distinto do *establishment* constitucional hegemônico. As cartas constitucionais do Norte global, a partir da segunda metade do século XX, passam a vislumbrar, via de regra, o direito a um ambiente ecologicamente equilibrado. Em outros termos, um desenvolvimento socioambiental ancorado nos valores humanos. Nesse sentido, a animalidade é concebida como um bloco homogêneo de seres vivos que serve de recurso (esgotável) às demandas antropocentradas. A inserção de uma cláusula de vedação à crueldade em grau constitucional estabelece uma possibilidade de diálogo jurídico localmente estabelecido e inovativo.

Inclusive, Trajano (2013, p. 3) afirma que a temática do direito animal como campo disciplinar autônomo do direito faz-se possível a partir de uma leitura hermenêutica da Constituição Federal, em seu artigo 225, parágrafo 1, uma vez que introduziria os fundamentos do direito constitucional para além dos valores antropocentrados.

Vale observar que as mudanças trazidas pela Constituição de 1988 não se restringiram tão somente ao âmbito jurídico, mas apresentaram-se com alternativas éticas, biológicas e econômicas para os problemas ambientais e animais. (BENJAMIN, 2007)

Nesse sentido, a questão animal passou a ganhar força normativo-constitucional e, por consequência, abriu-se à possibilidade de construção de um espaço institucional para o debate de reivindicação de direitos para os animais não humanos no contexto de um constitucionalismo decolonial.

A inserção da proteção animal como dispositivo com *status* constitucional, como notado na dicção do artigo 225 da Constituição brasileira, pode vir ao encontro da afirmação de um direito contra-hegemônico, inclusivo, de um constitucionalismo com dilatação dos fundamentos éticos.

A propositura de um constitucionalismo disruptivo, ancorado nas bases epistêmicas decoloniais, parece ser um âmbito de pensamento e ação frutífero para discussão das relações da humanidade com a animalidade e demais elementos da natureza em uma perspectiva descolada das noções hegemônicas de propriedade, apropriação e dominação.

Todavia, não propomos uma visão essencializada do decolonialismo ou do constitucionalismo latino-americano. Visualizamos, apenas, portas outras de entrada para enfrentamento de dilemas e problemas, desta vez ancorados nos modos de ser e experimentar o mundo localmente estabelecidos.

O artigo 225 da Constituição brasileira consigna a proibição de toda e qualquer prática de crueldade para com os animais. Alça os animais não humanos à condição de titulares/beneficiários do sistema constitucional brasileiro. Nota-se que, ao inserir a proteção animal como matéria de nível constitucional, a Carta de 1988 passou a ser o marco balizador do pensamento brasileiro acerca do direito animal.¹⁴

Trajano (2013, p. 5) idealiza uma ampliação dos sujeitos destinatários das normas constitucionais-ambientais insculpidas no artigo 225, que, ao consignar que “todos têm o direito”, estaria aludindo a todos os seres vivos.

Ao consignar que o animal não humano não poderá ser tratado de forma cruel, o sistema constitucional brasileiro abre possibilidade para o reconhecimento – se se parte de uma leitura não antropocentrada dos dispositivos constitucionais – do direito que o animal não humano possui de ver respeitado seu valor intrínseco, sua integridade.

A condição de propriedade atribuível aos animais não humanos parte de uma tensão histórica estabelecida entre a fruição dos direitos individuais de propriedade e a proteção ambiental como direito transindividual. Braga, Lourenço e Correa (2012) expõem que, com essa tensão histórica, tem havido uma supervalorização do instituto de propriedade, mesmo que sob os influxos do princípios da função social e socioambiental. As relações extrativistas e expropriatórias são legitimadas por essa supervalorização, que leva a cabo o processo de colonialidade da natureza. (LANDER, 2014)

Através dessa lógica argumentativa, na esteira do pensamento de Kelch (1998), a afirmação e o reconhecimento dos direitos dos animais na sociedade mundial, assim como a judicialização de questões animais, seriam dificultadas. O autor ainda afirma que o *status* de propriedade impede a possibilidade de os animais não humanos serem autores em causas judiciais, já que, desde o momento em que os animais são considerados propriedade, eles não possuem direitos e seus representantes não podem apelar em favor deles.

Nota-se, ainda, em fase de desenvolvimento tanto teórico como prático, que os direitos animais têm se propagado pelos instrumentos jurídicos de ordem interna e externa, já possuindo, inclusive, reverberação não só doutrinária, mas também no âmbito da jurisprudência da Corte Constitucional brasileira.

14 Sobre o processo de discussão e inserção da questão animal na Constituinte de 1987, ver Trajano (2014b).

O afirmado até aqui pode ser referendado pelo posicionamento que a jurisprudência constitucional vem esboçando acerca da temática. Alguns casos levados à Corte Constitucional são emblemáticos e têm mostrado que o judiciário tem tendido, ainda que embrionariamente, ao respeito à natureza e aos animais.

Um dos casos emblemáticos tratado pela Corte Constitucional brasileira refere-se à chamada “Farra do Boi”. A Farra do Boi era vista como um elemento cultural do estado de Santa Catarina. A prática teria sido trazida por açorianos há cerca de 200 anos.

Após intensos debates, tanto institucionais como não institucionais, o Supremo Tribunal Federal (STF) se manifestou através do Recurso Extraordinário nº 153.531-8/SC; Revista dos Tribunais (RT) nº 753/101, proibindo a prática em território catarinense.

De acordo com o entendimento do STF, a Farra do Boi seria uma prática intrinsecamente cruel e, portanto, crime, punível com até um ano de prisão para quem pratica, colabora ou, no caso das autoridades, omite-se em impedi-la.¹⁵

Outro caso digno de nota concerne às brigas de galo.¹⁶ Na mesma esteira de entendimento, o Supremo entendeu que as rinhas de galo são práticas cruéis que violam o artigo 3º do Decreto nº 24.654/34 e o artigo 225 da Constituição Federal. Buscando, inclusive, fundamento no caso da Farra do Boi, o STF compreendeu que nenhuma manifestação cultural pode violar os dizeres da Constituição brasileira.

O caso mais recente refere-se ao questionamento acerca da inconstitucionalidade da Lei nº 15.299/13 do estado do Ceará, que objetivava regulamentar a prática da vaquejada, considerando-a cultural e um desporto. A Ação Direta de Inconstitucionalidade (Adin) nº 4983, ajuizada em 18 de junho de 2013 pelo procurador-geral da

15 “A obrigação de o Estado garantir a todos o pleno exercício de direitos culturais, incentivando a valorização e a difusão das manifestações, não prescinde da observância da norma do inciso VII do art. 225 da CF, no que veda prática que acabe por submeter os animais à crueldade. Procedimento discrepante da norma constitucional denominado ‘farra do boi’”. (RE 153.531, Rel. p/ o ac. Min. Marco Aurélio, julgamento em 3-6-1997, Segunda Turma, DJ de 13-3-1998.)

16 “Lei 7.380/1998, do Estado do Rio Grande do Norte. Atividades esportivas com aves das raças combatentes. ‘Rinhas’ ou ‘Brigas de galo’. Regulamentação. Inadmissibilidade. Meio ambiente. Animais. Submissão a tratamento cruel. Ofensa ao art. 225, § 1º, VII, da CF. Ação julgada procedente. Precedentes. É inconstitucional a lei estadual que autorize e regulamente, sob título de práticas ou atividades esportivas com aves de raças ditas combatentes, as chamadas ‘rinhas’ ou ‘brigas de galo’”. (ADI 3.776, Rel. Min. Cezar Peluso, julgamento em 14-6-2007, Plenário, DJ de 29-6-2007) No mesmo sentido: ADI 1.856, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 26-5-2011, Plenário, DJE de 14-10-2011; ADI 2.514, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 29-6-2005, Plenário, DJ de 9-12-2005.

república foi decidida em 6 de outubro de 2016. Nessa oportunidade, o STF entendeu que o conteúdo de referida lei violava frontalmente o inciso VII do parágrafo 1º do artigo 225 da Constituição Federal de 1988, pois dita atividade seria cruel e, conseqüentemente, maus-tratos aos animais a ela submetidos.¹⁷

Outro apontamento digno de nota na realidade dos movimentos disruptivos do constitucionalismo clássico diz respeito à constitucionalização dos direitos da natureza nas constituições da Bolívia e do Equador.

A Constituição do Equador inaugura um mandamento até então não visto nos demais estruturas constitucionais dos Estados: a titularização de direitos pela natureza.¹⁸ Consigna em seu preâmbulo a celebração da natureza, a Pachamama. Afirma a necessidade de construção de uma forma de convivência que recoche a interdependência de todos os elementos da natureza – nela incluídos os animais humanos e não humanos. O objetivo desse redimensionamento do viver é atingir o *Sumak Kawsay* – o *buen vivir*.¹⁹

Ademais, o capítulo VII da Constituição apresenta expressamente os direitos da natureza. Em seu artigo 71, fica consignado que a natureza ou Pachamama, em que é reproduzida a vida, tem direito que se respeite integralmente sua existência e a manutenção e regeneração de seus ciclos de vida, estrutura, funções e processos evolutivos.

Atribui, ainda, direito de representação a toda pessoa, comunidade, povo ou nacionalidade para velar os direitos da natureza constantes na constituição. Vale notar que, já no artigo 10, se visualiza claramente que a natureza é titular dos direitos reconhecidos e atribuídos pelo texto constitucional.

Já a Carta Constitucional Boliviana de 2009 afirma o direito a um ambiente saudável, protegido e equilibrado em uma perspectiva intergeracional, individual e coletiva. O exercício desse direito, ademais de ser marcado pela titularização do homem em caráter social e econômico, tende a reconhecer direitos de outros seres, uma vez que o exercício desses direitos pressupõe a observância dos outros seres vivos, o que faz supor a necessidade de reconhecimento de direitos.

Tais perspectivas inauguraram uma porta de abertura para pensar e operar de forma disruptiva o constitucionalismo na América Latina. O reconhecimento da

17 Sobre a Adin da vaquejada, ver: Gordilho e Figueiredo (2016).

18 Para aprofundamento sobre a temática, ver: Zaffaroni (2011) e Oliveira (2013).

19 Ver: Brandão (2013).

diversidade, através instituição de um Estado plurinacional, enlarga o espectro de fundamentação do direito. O novo constitucionalismo latino-americano pode se alinhar com as epistemologias decoloniais e estabelecer um pensar jurídico autônomo que irrompe com os monismos culturais e jurídicos que nos foram impostos.

Nesse contexto, podemos estabelecer pontos de encontros conciliatórios entre a teoria do direito animal, a epistemologia decolonial e o novo constitucionalismo latino-americano para vislumbrar a lide com os dilemas e problemas que tensionam a relação entre animalidade e humanidade.

Ou seja, pensar a localidade e a animalidade de forma conjugada e destacada das imposições da matriz colonial pode possibilitar a construção de formatações jurídicas consentâneas com a realidade, ancoradas na historicidade e reconhecendo as assimetrias impostas pelo capitalismo.

As existências e senciências animais possuem uma geopolítica ocultada que deve ser desvelada para que se permitam o pensar jurídico e a operação administrativa e particular de forma não hegemônica.

Portanto, o chamado novo constitucionalismo latino-americano possibilitaria o estabelecimento de um alargamento dos fundamentos éticos do constitucionalismo para a consideração moral de entidades não humanas numa possível perspectiva não antropocêntrica. Apresenta-se como um movimento constitucional possivelmente disruptivo que pode vir a estabelecer pontes de abertura ao diálogo e à construção de um direito animal desvincilhado da matriz colonial.

Considerações finais

A atual conjuntura sociocultural aponta para a emergência de novos paradigmas na relação que a humanidade estabelece com a natureza e demais animais. Questões como o *locus* que os animais não humanos ocuparam historicamente na construção do discurso dos direitos humanos e dos movimentos constitucionais passam a ser discutidas diante das novas arquiteturas jurídicas e demandas sociais estabelecidas na segunda metade do século XX.

O direito animal figura como um sistema de conhecimento e ação inovador na esfera do direito. A sua consolidação enquanto campo disciplinar autônomo perpassa pela incursão, transformação e ressignificação de institutos jurídicos tra-

dicionalmente postos por outras áreas do conhecimento jurídico, tais como o direito constitucional, os direitos humanos, a tradição civilista-patrimonialista etc. Também supõe a desconstrução da colonialidade do saber que dá suporte ao *modus* de produção de conhecimento científico-jurídico.

A temática ainda encontra baixa ressonância no âmbito acadêmico brasileiro. A gramática e a semântica dos direitos dos animais ainda são pouco discutidas no seio das universidades brasileiras e, especificamente, nos centros de ciência jurídica. Parte desse déficit se deve a ausência de componentes curriculares próprios que versem sobre o direito animal no âmbito da graduação e pós-graduação.

Nota-se que, ainda que discutidos, os direitos dos animais geralmente o são no bojo das construções teóricas hegemônicas. Nesse sentido, são silenciadas e subalternizadas narrativas de modos de vida e formas de gestão jurídica das comunidades políticas e suas interconexões com outros seres vivos e elementos da natureza.

É diante desse contexto que nos cabe buscar práticas sociais direcionadas pela não exploração ou uso de animais não humanos para suprir desejos e demandas humanas. No entanto, tais práticas devem estar ancoradas nas tipologias da participação política, valores dos atores sociais e ação política ancorados nas realidades locais, reconhecedoras da alteridade e diversidade.

Poder-se-ia, através de uma leitura biocêntrica ou animalista do constitucionalismo contemporâneo, afirmar a necessidade de reorientação da teoria dos direitos humanos para contemplar os direitos dos animais em seu rol – ou, de forma mais radical, apresentá-lo como espécie do gênero direito animal –, bem como redirecionar as gerações clássicas dos direitos humanos para um caminho antiespecista, ou seja, propor um constitucionalismo animalista com dilatamento dos fundamentos éticos para toda a comunidade biótica.

Assim, levando em consideração a valia intrínseca que os animais possuem, torna-se necessária a compreensão de que o sistema de regulamentação dos direitos humanos poderia ser estendido aos demais animais não humanos, guardadas suas especificidades.

Assim, podemos concluir que a experiência constitucional latino-americana provou ser um ambiente fértil para a discussão das questões da bioética animal e dos direitos dos animais de acordo com as características socioculturais da região.

Por fim, cabem alguns questionamentos pertinentes à tentativa de conciliar o direito animal com o novo constitucionalismo latino-americano e a epistemologia

decolonial. Nesse contexto, como construir um discurso de resistência para os animais? Como oferecer um espaço/posição onde o animal possa “falar” e ser “compreendido”? Não haveria, na relação humanidade/animalidade, um risco intrínseco de reprodução das estruturas de poder e opressão: manter o subalterno silenciado? Com superá-lo? Acreditamos que a chave operativa para as indagações perpassa pela fundamentação decolonial do constitucionalismo latino-americano de forma não especista.

Referências

ALEKSANDAR, Petrovich. El derecho consuetudinario inca y la prehistoria de los derechos humanos. *Revista de Historia del Derecho “Ricardo Levene”*, Argentina, n. 32, p. 72-151, 1996.

BENJAMIN, Antônio Herman. Constitucionalização do ambiente e ecologização da Constituição brasileira. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato. *Direito constitucional ambiental brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 57-130.

BRANDÃO, Pedro Augusto Domingues Miranda. *O novo constitucionalismo pluralista latino-americano: participação popular e cosmovisões indígenas (pachamama e sumak kawsay)*. 2013. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito do Recife, Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2013.

DUSSEL, Enrique. *1492: o encobrimento do Outro: a origem do mito da modernidade*. Tradução Jaime A. Clasen. Petrópolis: Editora Vozes, 1993.

ESCOBAR, Arturo. O lugar da natureza e a natureza do lugar: globalização ou pós-desenvolvimento? In: LANDER, Edgardo Lander (org.). *A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais: perspectivas latino-americanas*. Argentina: CLACSO, 2005. p. 133-168. (Coleção Biblioteca de Ciencias Sociales).

FLORES, Antonio Salcedo. El derecho maya prehispánico, un acercamiento a su fundamentación socio-política. *Alegatos*, México, n. 71, p. 155-178, enero/abril 2009.

FRANCIONE, Gary L. *Animals as Persons: essays on the Abolition of Animal Exploitation*. New York: Columbia University Press, 2008.

FRANCIONE, Gary. *Animals, Property and The Law*. Philadelphia: Temple University Press, 1995.

FRANCIONE, Gary. *Introduction to Animal Rights: your child or the dog?* Philadelphia: Temple University Press, 2000.

GORDILHO, Heron José de Santana. *Abolicionismo Animal*. Salvador: Evolução, 2008.

GORDILHO, Heron J. de S.; FIGUEIREDO, Francisco J. G. A vaquejada à luz da constituição federal. *Revista de Biodireito e Direito dos Animais*, Florianópolis, v. 2, n. 2, p. 78-96, jul./dez. 2016.

JAHR, Fritz. Bio-Ethic: eine umschau über die ethischen. Beziehungen des menschen zu tier und pflanze. *Kosmos - Handweiser für Naturfreunde*, Deutschland, v. 24, n. 1, p. 2-4, 1927.

JAHR, Fritz. Tierschutz und Ethik in ihren Beziehungen zueinander. *Ethik: Sexual- und Gesellschaftsethik: Organ des" Ethikbundes*, v. 4, n. 6-7, p. 100-102, 1928.

KELCH, Thomas. G. Toward a non-property status for animals. *New York University Environmental Law Journal*, New York, v. 6, n. 3, 1998.

KOHLER, Josef. El derecho de los aztecas. *Revista de Derecho Notarial de Mexico*, Mexico, n. 35, p. 19-93, 1969.

LANDER, Edgardo. El Neoextractivismo como modelo de desarrollo en América Latina y sus contradicciones. In: CONGRESO (NEO)EXTRACTIVISMO Y EL FUTURO DE LA DEMOCRACIA EN AMÉRICA LATINA: DIAGNÓSTICO Y RETOS, Berlín: Heinrich Böll Stiftung, 13-14 de mayo 2014. Disponível em: <http://mx.boell.org/sites/default/files/edgar-dolander.pdf>2014. Acesso em: 18 abr. 2017.

LEVAL, Laerte Fernando. *Direito dos Animais*. São Paulo: Mantiqueira, 2005. In: MEDEIROS, Fernanda Luiza Fontoura. *Meio Ambiente: direito e dever fundamental*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

LOURENÇO, Daniel Braga; OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza. Sustentabilidade, economia verde, direito dos animais e ecologia profunda: algumas considerações. *Revista Brasileira de Direito Animal*, Salvador, ano 7, v. 10, jan./jun., p. 189-231, 2012.

LOW, Philip. *The Cambridge Declaration on Consciousness*. In: FRANCIS CIRCK MEMORIAL CONFERENCE; 7 Jul. Cambridge. 2012. Cambridge, UK: The Memorial; 2012. Theme: Consciousness in human

- and not human animals. Disponível em: <http://fcmconference.org/img/CambridgeDeclarationOnConsciousness.pdf>. Acesso em: 20 jan. 2017.
- MALDONADO-TORRES, Nelson. La descolonización y el giro des-colonial. *Comentario Internacional: Universidad Andina Simón Bolívar, Quito*, n. 7, p. 65-78, 2. sem. 2006 / 1. sem. 2007.
- MENDIETA Y NÚÑEZ, Lucio. *El derecho precolonial*. México: Porrúa, 1992.
- MIGNOLO, Walter. *Desobediencia epistémica: retórica de la modernidad, lógica de la colonialidad, gramática de la desconlonialidad*. Buenos Aires: Del Signo, 2010.
- MIGNOLO, Walter; CASAS, Arturo. Silencios da autoridade: a colonialidade do ser e do saber. *Revista Grial Galega de Cultura*, tomo 43, n. 165, p. 26-31, ene./feb./mar. 2005.
- OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de. Direitos da Natureza e Direito dos Animais: um enquadramento. *Revista do Instituto de Direito Brasileiro*, Lisboa, ano 2, n. 10, p. 11325-11370, 2013.
- QUIJANO, Aníbal. Colonialidad del poder y clasificación social. *Journal of World Systems Research*, Pittsburgh, USA, v. 6, n. 2, p. 342-386, 2000.
- QUIJANO, Aníbal. Colonialidade do poder, eurocentrismo e América Latina. In: LANDER, Edgardo (org.). *A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais: perspectivas latino-americanas*. Argentina: CLACSO. p. 227-278, 2005. (Colección Biblioteca de Ciencias Sociales).
- REGAN, Tom. *Jaulas vazias*. Porto Alegre: Lugano, 2006.
- REGAN, Tom. *The Case for Animal Rights*. Los Angeles: University of California Press, 2004.
- SINGER, Peter. *Libertação Animal*. São Paulo: Martins Fontes, 2010.
- SPIVAK, Gayatri Chakravorty. Can the Subaltern speak? In: NELSON, Cary Nelson; GROSSBERG, Lawrence (ed.). *Marxism and the Interpretation of Culture*. Urbana: University of Illinois Press, 1988. p. 271-313.
- STONE, Christopher. Should Trees have Standing? Toward Legal Rights for Natural Objects. *Southern California Law Review*, California, n. 45, p. 450, 1972.
- TRAJANO, Tagore. *Direito Animal e ensino jurídico: formação e autonomia de um saber pós-humanista*. Salvador: Evolução, 2014a.

TRAJANO, Tagore. Origins and Development of Teaching Animal Law in Brazil. *Pace Environmental Law Review*, New York, v. 31, p. 498-526, 2014b.

TRAJANO, Tagore. Teoria da Constituição: Direito Animal e Pós-Humanismo. *Revista do Instituto do Direito Brasileiro da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa* - RIDB, Lisboa, v. 10, ano 2, p. 11683-11732, 2013.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. *La Pachamama y el humano*. Buenos Aires: Colihue, 2011.

ZORRILLA, Manuel Sánchez; CHIMBOR, David Zavaleta. El derecho en una sociedad ágrafa: investigación jurídico-epistemológica sobre el derecho y el derecho consuetudinario en la sociedad Inca. *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, Espanha, n. 14, p. 111-135, anual, 2011.

WALSH, Catherine. Interculturalidad, plurinacionalidad y decolonialidad: las insurgencias político-epistémicas de refundar el Estado. *Tabula Rasa*, Bogotá, Colômbia, n. 9, 131-152, julio-diciembre 2008.

OS DIREITOS HUMANOS E A JUSTIÇA JURÍDICA

uma leitura funcional à luz de Günther Teubner

Larissa Andrade Teixeira Pereira

Introdução

O presente artigo tem como objetivo geral investigar o papel dos direitos humanos no sistema jurídico, entendido sob a perspectiva da teoria dos sistemas sociais, estudo que se justifica em razão da abertura semântica da expressão “direitos humanos”, a qual pode dar margem à corrupção sistêmica do direito mediante a importação de critérios de outros subsistemas sociais, a exemplo da política e da moral.

Tendo como pano de fundo teórico a teoria dos sistemas sociais autopoieticos, que entende o direito como subsistema social que deve preservar a autonomia funcional por meio de um adequado movimento de abertura cognitiva e fechamento operacional, e a noção específica de justiça jurídica como base estruturante do direito; e partindo da premissa sustentada por Douzinas, segundo a qual os direitos humanos são um significante vazio de conteúdo, variável segundo as contingências históricas, colocou-se o seguinte problema: qual é o papel cumprido pelos direitos humanos no sistema jurídico funcionalmente diferenciado?

Para responder à questão proposta, recorreu-se à concepção de justiça jurídica apresentada por Günther Teubner na aproximação promovida entre Luhmann

e Derrida, concluindo-se com uma interpretação, à luz de tais ensinamentos, da ideia de instituições de ligação apresentada pelo mesmo teórico.

A especificidade da justiça jurídica conforme a teoria dos sistemas sociais

De acordo com a teoria dos sistemas autopoieticos, o direito, como qualquer sistema social, é um espaço comunicativo que exige a atualização de sentido. Na abordagem feita por Luhmann, o funcionamento ideal dos sistemas sociais exige um duplo movimento: abertura cognitiva às irritações do ambiente social, em oposição ao autismo sistêmico; e fechamento operacional, em oposição à corrupção sistêmica, a qual desvirtua o código próprio de um sistema que se pretende funcional e autopoietico. Teubner irá destacar o momento de abertura cognitiva no funcionamento do direito, trazendo a noção de justiça jurídica.

Ao empreender uma análise sob a perspectiva da imanência sistêmica, Luhmann não enfatiza o momento de abertura cognitiva – contato entre o direito/sociedade.¹ A ausência de uma responsividade necessária é apontada como o vício de “autismo sistêmico”, sem que se qualifique, contudo, o modo pelo qual essa abertura se impõe. Tal insuficiência decorre de um receio de recondução a uma “norma fundante”, a uma ideia ontológica de justiça ou, ainda, às consciências individuais, que funcionariam como filtro do conteúdo social que deve ser integrado ao direito. A existência de um descompasso entre direito e sociedade não é alcançada pela teoria dos sistemas luhmanniana, pois a identificação de uma tal circunstância exige o deslocamento da questão procedimental – eventual incorporação deve ocorrer conforme o código próprio do Direito – para uma normatividade que imponha a abertura cognitiva – tal incorporação deve ocorrer. A doutrina de Luhmann não se ocupa propriamente, pois, da ausência de adequação entre o direito e a sociedade (autismo sistêmico) como uma questão de injustiça.

Nesse ponto, Teubner percebe uma lacuna a respeito de uma proposta normativa (prescritiva) da justiça no campo da teoria sociológica do direito, entendendo

1 A teoria autopoietica se encontra “[...] bem desenvolvida no que diz respeito à clausura operacional, porém, ainda pouco desenvolvida quando se trata da lógica complementar da abertura informativa de sistemas racionais fechados”. (TEUBNER, 2005, p. 83)

ser possível conceber uma justiça jurídica não conteudística, de cariz sociológico e não ontológico; adequada, portanto, à sociedade policontextural. A preocupação central do professor alemão é, pois, a ausência de formulações, pela sociologia jurídica, sobre a justiça como um projeto normativo propriamente jurídico, isto é, uma justiça regida pelos sentidos comunicativos próprios do direito, e não simplesmente como um projeto político externo ao direito. Assim, alinhando-se à teoria dos sistemas sociais desenvolvida por Luhmann, mas ultrapassando-a nesse ponto, Teubner propõe-se a desenvolver uma teoria jussociológica de uma justiça propriamente jurídica.

A justiça é o ponto-cego da distinção direito/sociedade. Essa é a hipótese de Teubner, que entende a justiça jurídica como a base do direito, encontrando-se, no entanto, no seu paradoxo enquanto sistema autopoietico. Em outras palavras, o esquema “direito/sociedade” pressupõe funcionalidade, a qual se funda na diferenciação, por meio de fechamento operacional (autorreferência), e identificação, por meio de abertura sistêmica (heterorreferência) – na dobra entre abertura e fechamento, encontra-se a justiça. Nisso reside a ideia de assimetria da justiça, a qual só pode ser vista de uma perspectiva externa ou interna, havendo sempre um ponto-cego de observação cuja travessia só é possível por meio de uma experiência transcendente do indivíduo, como se verá adiante (“a travessia do deserto”). Em um cenário no qual não há uma proposta acerca da normatividade da justiça jurídica, a comunicação ideal entre o direito e a sociedade estaria bloqueada, pois tem na expectativa de justiça o elo intersistêmico que promove e filtra a abertura do direito, mantendo a sua autonomia operativa ou autopoiese.

O projeto intentado por Teubner parte da situação da justiça em uma sociedade fragmentada policontextural, isto é, uma sociedade que não mais se orienta por centros únicos de sentido. Perpassando pelas noções de contingência luhmanniana e desconstrução derridariana, uma tal abordagem corresponde a uma verdadeira reconstrução da genealogia da justiça, não mais pautada em aspirações filosóficas universalizantes, mas orientada por “práticas sociais concretas e autoimagens constantemente modificadas do Direito”. (TEUBNER, 2011, p. 18) É assim que “[...] a colisão dos mundos de sentido idiossincráticos de hoje em dia exclui a possibilidade de uma reconciliação através de uma racionalidade societal e, menos ainda, através de uma justiça socialmente abrangente”. (TEUBNER, 2011, p. 21-22)

Teubner aponta que algumas formulações modernas de justiça, tais como a de Rawls e Habermas, baseiam-se ainda no imperativo kantiano de universalização da reciprocidade – normatização geral e abstrata a partir do princípio moral da reciprocidade entre atores individuais – e na racionalidade como lugar do conhecimento. Em lugar dessas premissas, que levam a uma distorção e simplificação da realidade, uma justiça adequada à sociedade moderna policontextual, dotada de “estruturas sociais intermediárias, altamente fragmentadas, e da dissociação de sistemas de interação, de organizações formais e do sistema social” (TEUBNER, 2011, p. 20), não pode compreender a sociedade a partir de um só sentido comunicativo universalizável.² A justiça deve incorporar, segundo o teórico, as noções de “assimetria”, “orientação pelo ambiente” e “Outro não racional” trazidas por Derrida e por Luhmann, procedendo-se a um recorte para uma realidade comunicativa parcial, como o direito. Assim, uma noção socialmente adequada de justiça deve conectar-se diretamente à historicidade (tempo e lugar), de modo que a justiça pode assumir formas variadas, em acordo com dado contexto social, sem que se possa falar em um valor estável supremo de justiça.

É essa a especificidade de uma noção sociológica e sistêmica da justiça: há, em verdade, “justiças” situadas historicamente no tempo e em um lugar, correspondentes, ainda, a cada um dos subsistemas sociais, em uma sociedade multicêntrica complexa. Deixando de lado, no entanto, a variação das ordens jurídicas correspondentes aos distintos contextos sociais – direito brasileiro, direito francês, direito chinês etc. –, a teoria dos sistemas fala apenas em um único “sistema jurídico” e em um único “ambiente social”, de modo amplo, pois a diferenciação sistêmico-funcional supõe o mesmo padrão comunicativo binário (lícito/ilícito) para qualquer ordem jurídica. Abstraindo-se, assim, a variação da semântica da justiça para um mesmo sistema, mas de ordens locais distintas – justiça jurídica brasileira, justiça jurídica francesa, justiça jurídica chinesa etc. –, importa constatar a pluralidade de sistemas funcionalmente diferenciados no ambiente social: o direito, a política, a economia, a arte, a religião etc. Em uma sociedade policêntrica, há, pois,

2 Nesse sentido, a partir da retomada do arsenal teórico que problematiza a fragmentação social – Durkheim, Weber, Wittgenstein, Adorno –, Teubner (2010, p. 20-21) defende que “[...] a justiça não pode mais ser fundamentada por referência a uma base racional una, à reciprocidade e à universalização. Na pluralidade dos jogos de linguagem de Wittgenstein, as estruturas idiossincráticas das regras de cada jogo de linguagem não se deixam justificar nem por princípios racionais, nem por valores abstratos, mas tão somente derivam da práxis das formas de vida reais. De acordo com Adorno, entre uma justiça universal, no sentido kantiano, e a sociedade moderna, reina uma contradição estrutural: sua incomensurabilidade, com a diferenciação vertical e horizontal da sociedade, transforma o impulso moral da justiça em seu oposto”.

a justiça moral, a justiça política, a justiça econômica, a justiça jurídica etc., cada qual com uma semântica própria.

A pluralidade de sistemas autopoieticos e funcionalmente diferenciados descrita por Luhmann evidencia a fragmentariedade de comunicações desenvolvidas conforme racionalidades parciais historicamente construídas, que correspondem a ideias de justiça distintas. Na síntese do professor, “[...] os mais diferentes conceitos de justiça são desenvolvidos em práticas sociais específicas, que são sempre motivadas por sua racionalidade e normatividade próprias”. (TEUBNER, 2011, p. 23) A justiça deve ser observada, portanto, a partir de seu lugar próprio, seja a política, a moral ou o direito, pois subjaz à prática de cada racionalidade comunicativa um princípio de justiça distinto. Busca-se, enfim, a semântica de uma justiça jurídica (conformidade interna), historicamente situada na sociedade policontextural moderna (conformidade externa).

Em decorrência dessa multiplicidade de sistemas, a formulação da justiça não pode partir de um contexto unívoco e universalizável de interações, mas corresponderá sempre a uma reflexividade situada dentro de um dado sistema social, em uma relação assimétrica com a esfera pública, distinta daquela ideia de reciprocidade. A busca pela justiça traz à tona as limitações de um esquema de sentido racional, exigindo uma autorreflexividade capaz de, simultaneamente, apoiar-se em sua lógica particular interna e superá-la.

Qual seria o modo de funcionamento de uma justiça situada na margem entre as estruturas comunicativas internas do direito e a sociedade policontextural? A comparação trazida pelo estudioso com o campo da política é bastante elucidativa, pois é recorrente a confusão desse sistema com o jurídico. De um lado, a justiça política seria centrada na ideia de consenso quanto à tomada de decisões coletivas, partindo do princípio da universalização da reciprocidade, da mesma forma que a igualdade partiria de uma generalização exigida por um tratamento agregador próprio à política.

De modo diverso, a justiça jurídica, funcionalizada pela tarefa de resolução de conflitos concretos, relaciona-se diretamente com indivíduos, seguindo um caminho de individualização, em sentido oposto ao da política. A isonomia jurídica exige, portanto, a diferenciação de tratamento – “tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais” –, o que compele o sistema do direito à sua constante recriação para atender a novas particularidades sociais, promovendo uma “série ite-

rativa de diferenciações” que leva ao aumento da sua complexidade. (TEUBNER, 2011, p. 25)

Assim, como elucida Luhmann (2003, p. 267), o direito situa-se entre a dimensão de redundância (tratamento igual de casos iguais) e a de variação (tratamento desigual de casos desiguais). É a dimensão de variação que merece ênfase nos estudos de Teubner, pois constitui o desafio do desconhecido ou da justiça mesma, como bem explicitado na seguinte passagem:

Menos interessantes são, aqui, a vinculação a precedentes, a ‘stare decisis’, e o tratamento igual de casos iguais. Pelo contrário, são os desvios do convencional, aquilo que se diferencia e que prevalece, bem como o tratamento desigual de casos desiguais, que compelem à busca por novas construções do Direito e por uma justiça especificamente jurídica. (TEUBNER, 2011, p. 25)

É exatamente na dimensão de variação que se encontra o espaço de observância das exigências sociais externas. Como ensina Teubner,³ a dimensão de variação estaria incompleta se ligada apenas à autorreferência sistêmica, pois o direito, sistema cognitivamente aberto, deve estar em sintonia com o ambiente social, sob pena de recair em autismo sistêmico e, no limite, perder a funcionalidade que lhe dá existência. Para o alcance da justiça nos casos individuais, as normas jurídicas devem manter-se alinhadas às estruturas sociais em permanente covariação. Assim, a semântica da justiça jurídica envolve a reflexividade interna (autorreferencial) sobre o padrão igual/desigual e a externa (heterorreferencial), correspondente à consideração das irritações sociais ao sistema jurídico. A semântica da diferenciação e da complexificação encontra-se atrelada, pois, à abertura cognitiva ao ambiente social, conduzindo o sentido de uma justiça jurídica da sociedade moderna policontextural.

Importa ressaltar a relevância do momento aplicativo na construção de um direito que atenda às exigências da justiça como diferenciação, desfazendo-se a ideia de abertura às exigências sociais apenas pela via legislativa. Da leitura dos textos de Teubner, é possível entender que os conflitos individuais processualizados são o espaço jurídico próprio para as irritações externas, as quais não se limitam ao

3 “Com certeza, concebe-se o problema apenas pela metade, se se coloca a justiça jurídica somente em relação ao processo judicial, ou seja, à aplicação auto-referencial de decisões pretéritas e de regras pretéritas a novas situações fáticas. A outra metade diz respeito às permanentes irritações do Direito, que emanam de processos sociais externos e que direcionam a semântica jurídica da justiça para outros trilhos”. (TEUBNER, 2011, p. 25)

momento de abertura legislativa, esta mais ligada a uma justiça política, baseada no consenso, do que a uma justiça propriamente jurídica. Destaca-se, nesse sentido, que as irritações externas devem integrar não só o momento jurídico-político legislante, mas também o momento da aplicação do direito, quando se fala em uma semântica de uma justiça propriamente jurídica.

Aplicando tal entendimento ao objeto deste trabalho, deve-se ressaltar que os direitos humanos, no momento do seu reconhecimento legal, obedecem ao critério da justiça política; enquanto, no momento de aplicação, devem observar a especificidade da justiça jurídica. Com isso, o direito cristaliza, nos termos de Luhmann, uma hierarquia entrelaçada, na qual o “legislativo, que é governado pelas deliberações da justiça política, mina a justiça jurídica do processo judicial, e vice-versa”. (TEUBNER, 2011, p. 26)

A proposição de normatividade de uma justiça jurídica que parte de observações sociológicas possui o mérito de ultrapassar, a um só tempo, as noções jusnaturalista e positivista de justiça, desfazendo o maniqueísmo em que são colocadas essas doutrinas. Nessa perspectiva, o professor alemão esclarece que a justiça atua:

[...] Não como regra, não como princípio, não como valor, e não como critério de decisão do Direito. Mas também não como um critério externo ao Direito, com auxílio do qual se poderiam mensurar as decisões legais, não como virtude moral, não como objetivo político, não como uma ideia reguladora, que poderia ser contraposta ao direito positivo. (TEUBNER, 2011, p. 26)

Se, de um lado, tal qual no direito natural, busca-se a justiça no mundo externo ao direito, essa justiça, tal qual no positivismo, não deriva de autoridades externas (razão, Deus), mas de “princípios da diferenciação social”, isto é, de critérios sociais diversos para a justiça (pedagógicos, medicinais), que funcionam como pontos de orientação material externos, mas dependem de recepção interna ao sistema, propriamente jurídica. Esse conceito de justiça declara, pois, ambas as noções de justiça, a jusnaturalista e a positivista, “simultaneamente verdadeiras e falsas”. (TEUBNER, 2011, p. 32) A justiça jurídica derivada de observação sociológica sabota a certeza oferecida, no direito natural, por um conteúdo imutável derivado de uma autoridade externa e, no direito positivo, pelo recurso às decisões judiciais pretéritas.

Embora guarde com essas doutrinas algumas semelhanças, a justiça jurídica não corresponderia em absoluto à noção jusnaturalista e tampouco à positivista,

ambas deficientes em pontos distintos. Se esse fosse o raciocínio, aduz Teubner, a justiça sujeitar-se-ia à ponderação com outras estruturas jurídicas – regras, princípios, metanormas, programas etc. – e extrajurídicas. No entanto, a justiça jurídica não admite concorrência com princípios internos ou externos, pois constitui a orientação central do direito, consolidando um aspecto estrutural destituído de conteúdo valorativo de fundo, mas dotado de semântica e de forma: a semântica de diferenciação permanente, promovida por sua necessária abertura sistêmica (forma). Portanto, a justiça, com seus contornos propriamente jurídicos, seria a “fórmula de contingência” do sistema do direito, assim como a legitimidade o é na política e Deus o é na religião. (TEUBNER, 2011, p. 27)

Fazendo uso do conceito sociológico elaborado por Luhmann, Teubner explica que a fórmula de contingência é a “[...] proibição da negação, canonização, irrefutabilidade”, que funciona como um esquema de busca de fundamentos, decorrente da autorreflexividade do direito. (TEUBNER, 2011, p. 27) Uma vez problematizada – o “ser-possível-de-outro-modo” –, a justiça ativaria uma “dinâmica social de irritação”, que envolve os conflitos sociais externos e a prática jurídica interna por meio de seus diversos atores – doutrinadores, advogados, juizes. Dentro do direito, a percepção da justiça/injustiça abre o processo às considerações das irritações externas, falando-se em um “direito contingente”, variável segundo a fórmula da justiça, que promove sua abertura, em um primeiro momento, e autossuperação interna codificada, em um segundo momento. Não se trata, portanto, de um princípio interno ou externo, mas da base estruturante do direito, transparecida, em auto-observação, por suas práxis diferenciadoras que mantêm a adequação histórica do direito.

A justiça atua internamente ao Direito como uma força subversiva, com a qual o Direito protesta contra si mesmo. A justiça protesta contra as tendências naturais do Direito de se vincular a precedentes, rotina, segurança, estabilidade, autoridade e tradição. Contra as tendências de auto-continuidade bem-ordenada embutidas no Direito, a justiça exhibe sua preferência pela desordem, revolta, divergência, variabilidade e mudança. Ela protesta em nome da sociedade, dos homens e da natureza – entretanto, ela o faz a partir do arcano interno do Direito. (TEUBNER, 2011, p. 32)

Tal proposição da teoria sistêmica, segundo a qual a justiça jurídica não con-substancia uma máxima conteudística, sendo mero esquema ou fórmula, é frequentemente encarada com ceticismo pelos teóricos do direito. Tratar-se-ia de uma justiça formal, uma “mera demanda por consistência conceitual”. (TEUBNER, 2011, p. 27) Tal entendimento, contudo, poderia limitar a justiça a uma justificação interna, de modo puro, enquanto a proposta do contingente fala em “ser-possível-de-outro-modo” (semântica de diferenciação) e, nessa esteira, “ser-dependente-de-alguma-outra-coisa” (dinâmica de abertura cognitiva ao ambiente social). Com isso, mesmo que destituída de conteúdo material fixo, a justiça jurídica, ao exigir a permanente diferenciação do direito em conformidade com as alterações sociais, traz consigo conteúdos materiais variáveis e não previsíveis, ultrapassando a ideia de consistência meramente formal, de natureza teórico-dogmática, a qual também não é dispensada.

A observação da fragmentação da sociedade em sistemas altamente funcionalizados, dotados de códigos comunicativos próprios, corresponde à grande contribuição da teoria dos sistemas sociais desenvolvida por Luhmann, à formulação de uma justiça jurídica. Isso porque, ao expor a lógica policontextual de distinção sistema-ambiente, passa-se, com Teubner, à busca de um mecanismo comunicativo capaz de atravessar essa diferenciação, mantendo a harmonia da sociedade – adequação sistema-ambiente. Nesse sentido, a necessidade de observância do ambiente externo, a qual só pode ser feita a partir de uma racionalidade parcial, dotada de limitações que originam injustiças, revela a assimetria da justiça,⁴ o grande paradoxo da teoria dos sistemas. A esse respeito, Teubner (2001 apud MIGUEL, 2016, p. 414) afirma que:

como compatibilidade entre complexidade social adequada do direito e sua consistência decisória interna, a justiça medeia exigências internas e externas [...]. Porém, aqui, novamente, a teoria dos sistemas não pode lidar com a relação ambiental ‘como tal’, mas apenas assimetricamente, seja da perspectiva interna do sistema jurídico, seja da perspectiva externa do observador. As interrelações entre direito e sociedade, os processos de tradução de um sistema ao outro, desaparecem novamente no ponto cego da distinção entre sistema e ambiente [...].

4 Nas palavras de Teubner (2011, p. 22), ao explicar a assimetria da justiça na sociedade policontextual, “A justiça/injustiça de uma instituição fragmentada é muito mais uma relação assimétrica, uma relação de uma racionalidade histórica – uma racionalidade parcial que emerge e se institucionaliza em uma cadeia recursiva de operações – para com sua esfera pública, que abrange toda a sociedade”.

A justiça enquanto autorreflexividade sistêmica percebe o impasse gerado pela assimetria, cuja superação (momentânea) encontra-se na vivência da justiça como fórmula de transcendência. Aí é que se encontra o desafio da justiça jurídica enquanto superação da assimetria gerada pela diferenciação funcional, ponto em que fica evidente a insuficiência da teoria dos sistemas.

Essa lacuna da abordagem luhmanniana decorre, em especial, da ausência de formulações normativas a respeito da justiça, em razão da separação entre o mundo comunicativo no qual se insere o direito e o mundo psíquico dos indivíduos, que é o que viabiliza o funcionamento da justiça como elo comunicativo que transcende a distinção sistema/ambiente. É ao recuperar o diálogo entre os processos comunicativos do direito e do indivíduo, por meio da transcendência irracional da justiça, que irrompe a necessidade de abertura do sistema jurídico às irritações do ambiente social, como verdadeira normatividade correspondente à concretização (sempre provisória) da justiça.

Douzinas e os direitos humanos como significativo vazio

Ao estudar o tema dos direitos humanos, o professor grego Costas Douzinas, recorrendo a Ernst Bloch, observa a necessária relação entre direitos humanos e a luta contra exploração, a partir do móvel utópico da justiça por-*vir* derridariana. Nesse cenário, nota-se que, embora o discurso dominante afirme o caráter jusnaturalista dos direitos humanos, o seu reconhecimento é marcado pela referência formal nos diplomas normativos nacionais e internacionais, mediante uma necessária positivação do direito pré-positivo, ainda que se utilize uma linguagem descritiva. Como pano de fundo da tradição humanista, o ato de enunciação aparece, desde a *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão* até os dias atuais, como fonte dos direitos humanos paradoxalmente postulados como atemporais e universais, quando se observa que, em verdade, a humanidade depende do reconhecimento estatal – deixando à margem, por exemplo, os estrangeiros ou refugiados –, conforme leciona Douzinas (2011, p. 6).

Diante disso, não obstante o entendimento de que os textos legais apenas reconhecem direitos já existentes, a necessidade de positivação estatal coloca em questão, consoante entendimento de Douzinas (2009, p. 262), a existência de limites

ontológicos ao potencial de reconhecimento de direitos humanos, os quais são dotados de plasticidade suficiente para serem estendidos a áreas e sujeitos diversos (inclusive aos animais), a partir de limites estabelecidos convencionalmente mediante as lutas políticas históricas.

Para o filósofo, as reivindicações de direitos humanos são constituídas por um duplo apelo paradoxal, como explica Daniel Oitaven (2016): de um lado, a identidade universal e indeterminada da “natureza humana”, em um pleito de igualdade de tratamento em relação aos demais homens; e, de outro lado, a diferença, porquanto há um hiato entre a natureza humana, em abstrato, e os sujeitos concretos que reivindicam direitos legitimados pelas suas identidades específicas. Para Douzinas, os direitos humanos reforçam, a um só tempo, um traço universal relativo à humanidade do sujeito, bem como afirmam o reconhecimento das singularidades inerentes à humanidade. Quanto a esse ponto, esclarece o professor baiano que:

Os direitos permitem a formalização de identidades ao permitir um reconhecimento recíproco, processo em que o sujeito jurídico funciona como ponto intermediário entre conceitos abstratos e indeterminados de humanidade e pessoas concretas, reais. Cada reconhecimento de direitos a um reivindicante, ao dotá-lo da dignidade simbólica humana, preenche um direito abstrato com determinações empíricas e predicados históricos, de forma a conferir conteúdo ao significativo vazio ‘direitos humanos’. O vó de sentido resta, aí, detido temporariamente, até uma nova e concreta reivindicação [...]. (MIGUEL, 2016, p. 323)

Sendo assim, segundo Douzinas, os direitos humanos são um significativo vazio – “os direitos humanos não possuem um significado comum, ou [...] descreve fenômenos radicalmente diferentes” (DOUZINAS, 2011, p. 2) –, capaz de alçar o que ele chama de “voos de sentido” a partir da utilização retórica nas lutas históricas por reconhecimento. Portanto:

[...] se é verdade, por um lado, que o homem serve como valor-chave do discurso dos direitos humanos, de maneira a estabelecer clivagens a respeito de pretensões normativas vedadas como contrárias à dignidade humana; por outro, ‘dignidade’ e ‘direitos humanos’ são significantes vazios [...]. (MIGUEL, 2016, p. 74)

Admite-se, pois, que os direitos humanos não são dotados de um fundo ontológico de ordem moral – “[...] nem mesmo o homem, tendo em vista que o seu valor culturalmente estabelecido é determinado etnocentricamente pela tradição ocidental” (MIGUEL, 2016, p. 75) –, mas são utilizados retoricamente como um capital simbólico nas lutas históricas contra as diversas formas de exploração. Assim, a categoria em questão é marcada pela “passividade em relação à demanda do Outro” (MIGUEL, 2016, p. 75), expandindo-se convencionalmente a partir dos seus reclames. Nesse sentido, Douzinas (2009, p. 295) leciona:

O fato de que os direitos são sempre estendidos a novos grupos e ampliados para novas áreas de atividade indica seu caráter profundamente agnóstico. O reconhecimento outorgado pelos direitos humanos não se estende apenas a objetos externos, tais como a propriedade e as prerrogativas contratuais. Ele chega ao âmago da existência, aborda a fundamental apreciação do Outro e a autoestima do indivíduo além do respeito, e toca as bases da sua identidade. Esse tipo de reconhecimento concreto não pode estar baseado em características universais da lei, mas em uma luta contínua pelo desejo singular do Outro e seu concreto reconhecimento.

Partindo da premissa de Douzinas, segundo a qual os direitos humanos são um significante vazio, utilizado retoricamente, resta saber qual função os direitos humanos cumprem no sistema jurídico, entendido como subsistema comunicativo que deve preservar a autonomia funcional, à luz da matriz teórica da teoria dos sistemas sociais e da justiça jurídica.

Os direitos humanos e a justiça jurídica

A necessidade de adequação entre o direito e a sociedade (sistema e ambiente) deve enfrentar o hiato comunicativo existente entre as estruturas jurídicas e as estruturas sociais. Essa assimetria comunicativa (sistema/ambiente), por sua vez, consolida-se no hiato estrutural (norma/decisão) interno ao sistema, na medida em que “os conflitos específicos variam em função das modificações de estruturas sociais, o que suscita a incongruência entre o geral e abstrato e o individual e concreto [...]”. (MIGUEL, 2016, p. 405-406) Nesse sentido, a proposta da teoria dos sistemas sobre a responsividade do direito, por meio das operações de abertura

cognitiva/fechamento operacional, traz consigo um grande paradoxo: o direito, enquanto sistema autorreferencial e autopoietico, só pode integrar informações extrajurídicas segundo o seu código próprio, em uma relação assimétrica com a sociedade, dividindo-se a observação em perspectiva externa (ambiente) ou interna (sistema). É esse o ponto cego da distinção entre sistema e ambiente. Como elucida Teubner (2010, p. 29):

A hetero-referencialidade empática do Direito [...] não pode ser alcançada através de um passeio do Direito pelo mundo exterior, mas somente dentro do Direito. [...] Nesta contradição está o núcleo da eficácia da justiça nos tempos atuais: como é possível a justiça como uma auto-transcendência das fronteiras do Direito, se ela, contudo, está inevitavelmente presa no fechamento auto-referencial do sistema jurídico? Justiça como a auto-transcendência necessária, porém impossível, do fechamento jurídico [...] Como a justiça pode transcender o fechamento do Direito, se a transferência de validade com base no código binário jurídico/antijurídico somente ocorre nas cadeias recursivas de decisões judiciais, atos legislativos e contratuais?

O fechamento operacional corresponde à existência de estruturas e operações formais próprias ao sistema jurídico, que ditam, de dentro do direito, a sua dinâmica de funcionamento, tal como ocorre em qualquer outro sistema, por força da diferenciação funcional da sociedade complexa. A radicalização desse fechamento, sustentada principalmente pelas teorias positivistas, é fonte de injustiças decorrentes da ausência de adequação social. No campo do direito, isso levou à formulação de teorias antiformalistas, as quais defendiam a integração desse sistema à sociedade sem preocupar-se com a sua autonomia, em um movimento oposto de radicalização da abertura cognitiva. O direito moderno, entretanto, não foi capaz de seguir um tal modelo de “communal justice”. (TEUBNER, 2010, p. 29)

Teubner defende, contudo, que a prática da justiça jurídica moderna atende aos reclames de adequação social no momento em que transcende a assimetria provocada pelo fechamento operacional por meio do fechamento de auto-observação (segundo fechamento). Assim, “sempre quando o fechamento de operações jurídicas foi complementado pelo fechamento de auto-observações jurídicas, as práticas da justiça se concentraram invariavelmente na adequação do Direito em face ao seu ambiente”. (TEUBNER, 2010, p. 30)

Esse segundo fechamento volta os olhos para os limites do direito (auto-observação), em busca da justiça, e tenta ultrapassá-los. Como a justiça torna possível, no entanto, a transcendência do fechamento primário do direito de dentro do próprio direito? A partir da observação da paranoia mútua entre Derrida e Luhmann, é possível entender que a “desconstrução sistêmica” ocorre de maneira teoricamente ampla, com aporte em Derrida – questionam-se os paradoxos fundantes, as bases do sistema, a partir de uma experiência irracional de transcendência –, mas estruturalmente localizada, com aporte em Luhmann – retorno à imanência das operações sistêmicas específicas, de modo que se garante a manutenção da autonomia funcional de determinado sistema social. A desconstrução subversiva derridariana atua em conjunto com a reconstrução autopoiética luhmanniana, compelindo os sistemas sociais à criatividade positiva, reformuladora de seus paradoxos e inventiva de novas diferenças (TEUBNER, 2001, p. 16), evitando-se, desse modo, o esgotamento da funcionalidade de um sistema em determinada sociedade por falta de responsividade. Essa leitura produtiva da paranoia entre a teoria dos sistemas e a desconstrução é a contribuição central de Teubner na formulação de uma justiça jurídica, que será abordada nos tópicos seguinte com as ideias de *re-entry*, autotranscendência e complementos sistêmicos.

A justiça jurídica como autotranscendência do direito

Como já visto ao longo deste artigo, a justiça jurídica é o elo que promove a comunicação e adequação entre o direito e o ambiente social. Nesse sentido, cumpre destacar a atuação da justiça como experiência transcendente, para além da aplicação de critérios racionais exigidos pela ciência moderna. A justiça jurídica é vista, aqui, como inquietude interna, autossubversão, oscilação iterativa, experiência de contradição, em contraste com o direito positivo estabilizável, codificável, calculável.

Sendo fórmula de transcendência, na esteira dos aportes trazidos de Derrida, a justiça jurídica atua como uma “força subversiva” do direito contra si mesmo, negando a autoridade de conteúdos materiais imutáveis externos (tendência jusnaturalista) e da ordem interna correspondente à tradição decisória dos precedentes (tendência positivista). Sepultando a necessária estabilidade do direito, que se deturpa, por vezes, em rotina autorrecursiva, “a justiça exhibe sua preferência pela desordem, revolta, divergência, variabilidade e mudança”. (TEUBNER, 2011, p. 32)

Como explica Teubner, a causa dessa “insurreição interna” que se orienta para o ambiente externo é a falência do direito em sua promessa de justiça embasada puramente em normas e argumentos jurídicos racionais internos, em uma tentativa falha de ignorar os paradoxos decorrentes de autorreferência. O discurso científico moderno de argumentação racional, aplicado no campo do direito pela recursividade interna aos princípios e normas jurídicas, desencadeia, conforme ensina Teubner, o trilema de Münchhausen⁵ – “regresso infinito, interrupção arbitrária ou circularidade” (TEUBNER, 2011, p. 34) –, expondo a insuficiência do modelo moderno de fundamentação racional.

Outras teorias,⁶ interdisciplinares ou jurídico-comunitaristas, já advogaram pela realização da justiça por interferência direta dos conteúdos extrajurídicos no direito, sempre atrelando a necessária adequação social a um movimento de fora para dentro do direito. A esse respeito, alguns esclarecimentos devem ser tecidos. Em primeiro lugar, sendo um projeto abrangente de justiça insustentável diante de uma incontestável realidade diferenciada funcionalmente, a justiça só pode ser concebida a partir de um ponto de observação próprio na sociedade policontextual. Nesse sentido, se cada sistema possui uma ideia de justiça, é natural que também o direito a possua. Assim, a interferência de conceitos de justiça de outros sistemas só é possível a partir de um filtro próprio do direito – a sua própria noção de justiça –, como pontos de orientação material, sob pena de incorrer-se em corrupção sistêmica. Portanto, conforme a teoria dos sistemas sociais, a realização da justiça no direito parte de dentro para fora. É preciso entender, pois, a “reação do Direito à sua própria insuficiência fundamental”, formulando-se a normatividade de uma justiça propriamente jurídica, capaz de promover a adequação direito-ambiente. “Que a resistência derive do arcano interno do Direito – este é o escândalo”, diz Teubner (2011, p. 33).

Segundo o jurista alemão, a justiça jurídica não se identifica com construções jusfilosóficas ou com critérios jurídico-racionais de decisão. Trata-se de uma dinâ-

5 O trilema de Münchhausen, desenvolvido pelo filósofo Hans Albert, faz referência ao barão de Münchhausen, cujas aventuras foram retratadas em uma série literária infanto-juvenil publicada na Inglaterra, descrevendo-se um episódio em que ele teria escapado de um pântano puxando o próprio cabelo. Ao problematizar o ponto de partida do conhecimento, a teoria expõe a insuficiência das teorias modernas do conhecimento, sustentando a impossibilidade de alcançar uma verdade racional.

6 “[...] a Psicologia com o elemento afetivo, a Psicanálise com o inconsciente nas decisões judiciais, a Economia com os cálculos de eficiência, a Sociologia com a estrutura de classes ou com as normas sociais, as Ciências Políticas com as considerações políticas, antagonismos sociais ou puro voluntarismo do poder etc. etc.”. (TEUBNER, 2011, p. 34)

mica social interna ao direito: em síntese, um processo obstinado de autorreflexividade que, em busca da adequação social, mina a autorreprodução autista do sistema, compelindo o direito à sua autotranscendência – superação das limitações do direito de dentro do próprio direito – e ao retorno a seu código próprio, o que gera, novamente, injustiças a serem superadas pelo mesmo processo garantidor da destruição e reconstrução do sistema jurídico de modo circular, tudo dentro do espaço imaginário da *re-entry*. A justiça jurídica provoca a autossabotagem do direito, em uma “dinâmica cíclica [...] na qual decisões jurídicas positivas são minadas por protestos jurídicos pela justiça, e vice-versa”. (TEUBNER, 2011, p. 34-35) A prática social da justiça jurídica não corresponde, pois, a um simples somatório de circunstâncias trazidas do ambiente social, a um aperfeiçoamento progressivo da justiça, mas a construções novas, após a destruição do que se tornou injusto.

Essa explanação demonstra, ainda, que a práxis jurídica da justiça não corresponde a um impulso cego ou a uma aspiração genérica à justiça, mas a uma dinâmica “especificamente estruturada, teoreticamente descritível e empiricamente identificável dentro da prática jurídica”. (TEUBNER, 2011, p. 35) Esta alta estruturação (imanência) se combina com alta indeterminação (transcendência), fazendo da justiça jurídica não um meio-termo, mas a “radicalização mútua” desses momentos, capaz de “introduzir o caos na ordem”,⁷ na expressão de Adorno. Como explica o teórico, a experiência ocorrida no plano irracional (momento de transcendência) deve ser reconstruída sob as condições restritivas do direito (momento de imanência). Os critérios sociais são revisados à luz do direito na solução dos conflitos individuais, os quais originam, assim, “[...] passo a passo, novos aspectos substanciais da justiça”. (TEUBNER, 2011, p. 25)

O momento de imanência é o aspecto que diferencia a dinâmica da justiça jurídica de um anseio genérico à justiça. A adequação direito-sociedade encontra-se sempre limitada pelas condições de partida e pelas limitações de possibilidades, vinculando a abertura sistêmica às amarras da estrutura jurídica.

O primeiro aspecto da imanência do direito são as condições de partida. Como já se disse, a justiça jurídica é dotada de historicidade, vinculando-se a determinado tempo e contexto social. De outro lado, ela é observada de dentro da racionalidade parcial do direito. A dinâmica da justiça jurídica busca a adequação direito/

7 O “[...] duplo significado desta célebre formulação de Adorno torna clara a radicalidade da fórmula da justiça na modernidade: tornar caótico o processo jurídico, compelir o caos à ordem do processo jurídico”. (TEUBNER, 2011, p. 36)

sociedade – a adequação é um conceito relacional que, no meio social, pressupõe a diferenciação funcional (ambiente/sistema). Nesse sentido, o ponto de partida em busca da adequação será sempre o sistema, que se abre às interferências do ambiente, e não o inverso – como pretendem as teorias multidisciplinares, nas quais o ambiente impõe ao sistema os critérios normativos de adequação –, pois só o próprio sistema, em autorreflexividade, é capaz de entender e preencher a sua insuficiência, conforme seu código próprio.

De outro modo, estaríamos ensejando o fenômeno de corrupção sistêmica, indesejável e insustentável para um sistema que se pretende autônomo em uma sociedade funcionalmente diferenciada. A superação de determinada insuficiência situada dentro de um sistema deve ser feita por meio do seu código comunicativo próprio; caso contrário, não poderíamos falar em superação, mas em pulverização de um sistema pelos demais.

As situações de injustiça encontram-se, pois, cristalizadas no interior do direito, evidenciadas no hiato operação – estrutura – operação (ato jurídico – norma jurídica – ato jurídico), o qual dispara a dinâmica da justiça jurídica, afastando-a, assim, de uma aspiração aleatória por justiça. Esse salto da norma jurídica abstrata para a decisão de casos individuais – que, aliás, é uma das preocupações centrais da hermenêutica jurídica – tem, na abordagem feita por Teubner, um dos seus aspectos preenchidos pela abertura do direito ao ambiente social, em uma semântica de diferenciação socialmente adequada dos casos individuais. Enquanto as operações jurídicas se estabilizam como estruturas, as estruturas não são capazes de produzir, por si, operações, mas apenas um universo de possibilidades de operações – analogamente à moldura kelseniana.⁸

A existência desta fratura entre estrutura/operação ou norma/decisão desmitifica uma concepção mecanicista a respeito da autopoiese apresentada pela teoria dos sistemas, colocando-a frente aos desafios de indeterminabilidade. Esse hiato, segundo o discurso da justiça, não aceita o decisionismo cético como solução e tampouco é superável por meio de fundamentos racionais, intra ou extrajurídicos, os quais conduziram a um regresso infinito até a exaustão, apenas postergando um corte arbitrário. (TEUBNER, 2011, p. 37-38) A limitação da possibilidade de fundamentação racional enfrentada em razão da estrutura do direito é o ponto de partida que conduz à “[...] tentativa de superação das aporias do processo jurí-

8 A tal respeito, ver: Kelsen (2008, p. 245).

dico por meio da elevação da reflexividade até a autotranscendência do Direito” (TEUBNER, 2011, p. 38), sendo a autotranscendência o aspecto de alta indeterminação trazido por Teubner, influenciado por Derrida, na concepção de uma justiça originada no interior do direito.

A autotranscendência, ao se colocar como meio de superação do hiato estrutural interno ao direito, parte em busca de conteúdos extrajurídicos, sem submeter-se às suas racionalidades, cuja interferência direta no sistema jurídico, além de levar à corrupção sistêmica, não promove o enfrentamento das suas aporias conforme um projeto de justiça jurídica. Como a justiça torna possível, no entanto, a transcendência do fechamento primário do direito de dentro do próprio direito? O teórico explica que a auto-observação das limitações do discurso jurídico (ponto de partida) cria um espaço simbólico, dentro do direito, no qual a diferenciação direito/não direito é problematizada, promovendo, nesse momento, a re-entry do extrajurídico no jurídico, ou, nas suas palavras:

Enquanto operações jurídicas constroem, com o auxílio de sua sequencialização, uma fronteira entre Direito e não-Direito, [...] a justiça, enquanto auto-observação jurídica de Direito/não-Direito, com o auxílio das diferenciações internas entre auto-referência e hetero-referência, relaciona o Direito com seu ambiente social (observe-se: ‘enacted environment, not real environment’) e reivindica sua adequação ecológica. (TEUBNER, 2011, p. 30)

Em uma interessante analogia com a obra de Magritte, que expõe a separação entre as coisas do mundo e a emulação humana das coisas do mundo, ao representar um cachimbo por meio da pintura sem, no entanto, sê-lo – “Ceci n’est pas une pipe” ou “Isto não é o cachimbo” –, Teubner esclarece que a prática da justiça jurídica se refere ao conteúdo extrajurídico como aquilo que o direito representa com o seu arsenal comunicativo próprio. O direito é e não é o não direito (conteúdo extrajurídico), ao consistir em sua representação codificada. Em outras palavras, “a justiça não pode fazer nada além de trabalhar apenas com ficções sobre o mundo exterior – ela deve, no entanto, tratá-las como se elas fossem realidades”. (TEUBNER, 2011, p. 31)

Valendo-se dessa confusão epistêmica entre o direito e o não direito que ele representa, a justiça jurídica aproxima, no espaço imaginário da *re-entry*, esses dois mundos, transcendendo momentaneamente a diferenciação funcional e promovendo a adequação do direito ao seu ambiente, “[...] através da construção jurídica in-

terna das demandas externas da sociedade”. (TEUBNER, 2011, p. 31) Em passagem bastante elucidativa, que merece transcrição, Teubner (2011, p. 38-39) leciona que:

Os critérios da justiça não são, então, encontrados em algum lugar fora do Direito mas, sim, o Direito só pode se auto-transcender de forma tal que ele diferencie de si mesmo, na reentrada auto-produzida, aqueles ambientes dos quais o conflito jurídico se origina – sociedade, natureza, homem, para, então, em relação a essas ‘enacted ecologies’, estabelecer critérios de justiça ambientalmente adequados. Com isso, recusa-se desde o início que o Direito possa importar tais critérios do mundo exterior; pelo contrário, ele deve construí-los automaticamente, com seu próprio conhecimento do mundo.

Os critérios da justiça não são, então, encontrados em algum lugar fora do direito, mas o direito só pode se autotranscender de forma tal que ele diferencie de si mesmo, na reentrada autoproduzida, aqueles ambientes dos quais o conflito jurídico se origina – sociedade, natureza, homem, para então, em relação a essas *enacted ecologies*, estabelecer critérios de justiça ambientalmente adequados. Com isso, recusa-se desde o início que o direito possa importar tais critérios do mundo exterior; pelo contrário, ele deve construí-los automaticamente, com seu próprio conhecimento do mundo. (TEUBNER, 2011, p. 38-39)

O direito deve, pois, na consideração dos conteúdos externos, diferenciar de si mesmo o conteúdo que representa o ambiente, para, assim, estabelecer os critérios materiais que concretizem uma justiça ambientalmente adequada (ou justiça ecológica) – o que nada mais é do que a leitura do direito conforme sua racionalidade própria sobre tais conteúdos externos, ou, em outras palavras, autoprojeção do ambiente no direito.

Como já abordado ao longo deste artigo, no entanto, a mera reestruturação ou recriação do exterior no interior se dá em uma relação assimétrica correspondente à diferenciação funcional (sistema/ambiente), expondo a deficiência da teoria dos sistemas luhmanniana na abordagem da *re-entry*. Com efeito, Luhmann não se detém na análise dos paradoxos da *re-entry* na reprodução do código inclusão/exclusão, o qual corrompe a transcendência da justiça. A teoria dos sistemas concentra-se na autopoiese possibilitada pelo fechamento operacional, pois tal característica é responsável por dotar o sistema de autonomia em uma sociedade funcionalmente diferenciada.

A *re-entry* garante o fechamento operacional do sistema, valendo-se de estruturas próprias do direito para os reclames extrajurídicos da justiça e conservando, assim, a autorreferência e a heterorreferência do direito. Há aí, segundo Teubner (2011, p. 40), uma verdadeira “distinção diretiva sistema/ambiente” que “[...] produz o seu próprio ponto cego, o qual não lhe permite analisar mais detidamente o ‘entre-meio’ nos eventos de perturbação”. A abertura cognitiva, de outro lado, é o risco contra a autonomia sistêmica, o que impele a teoria dos sistemas a um tratamento contido do incidente da perturbação.

De modo diverso, Derrida radicaliza a autotranscendência do direito, expondo os seus paradoxos e exigindo a sua vivência como “travessia do deserto”. Derrida sustenta, assim, a “[...] remissão à violência mística, um encontro com o Outro da filosofia da alteridade de Levinas, um desafio da racionalidade moderna através de ‘pura’ justiça, dom, amizade, perdão”. (TEUBNER, 2011, p. 40) O filósofo francês entende que a autotranscendência não se limita à religião e merece, pois, reconhecimento também nos sistemas pretensamente racionais, conforme a lógica específica de cada domínio,⁹ desafiando o conhecimento racional absoluto apregoado pela ciência moderna e reativando, no interior de cada sistema, “energias utópicas”.

No direito, a autotranscendência corresponde à justiça, que emerge especificamente do hiato entre a norma e a decisão (ponto de partida). Nesse momento, é exposta a injustiça que decorre da insuficiência de uma estrutura que se voltava, idealmente, à concretização da justiça, paradoxo fundante que Teubner (2011, p. 41) sintetiza na indagação: “É justo aplicar-se a diferenciação jurídico/antijurídico ao mundo?”. Na autotranscendência defendida por Derrida, esse código binário estruturante do direito mantém-se, mas não mais pode ser expresso por meio do discurso racional jurídico, senão que por meio de uma linguagem do delírio, do enigma, da utopia. Trata-se, sobretudo, de uma experiência de exterioridade, que atravessa a dor da injustiça em sua busca obstinada do Outro inalcançável, o “Outro não-racional da justiça”, que vai além da consideração das perspectivas distintas de alteridade.

A alteridade deve ser levada ao limite para uma experiência de transcendência “na face do Outro” (TEUBNER, 2011, p. 42) – como no poema de Camões:

9 “Derrida [...] propõe a surpreendente tese de que cada instituição moderna conhece sua auto-transcendência específica, a qual tem diferentes efeitos paradoxais em cada caso: [...] efeito do ‘dom puro’, em contraposição à economia guiada pelo lucro, da ‘amizade’ em contraposição à política profissionalizada, do ‘perdão’ em contraposição à moral secularizada e, sobretudo, da ‘justiça’ em contraposição ao Direito altamente tecnicizado”. (TEUBER, 2011, p. 41)

“Transforma-se o amador na cousa amada, / Por virtude do muito imaginar; [...]”. A reconstrução autossubversiva do direito pela justiça deve passar, assim, pela vivência da injustiça, da dor e do vazio, o que aproxima essa perspectiva do sujeito colocado em apartado pela teoria luhmanniana. É um processo violento, destrutivo, apaixonado, o qual podemos comparar à representação de “Saturno devorando a um filho”¹⁰ de Goya, em que, figurativamente, a justiça jurídica seria o deus que canibaliza o seu filho, o direito, depois devolvendo-o ao mundo, em um momento de retorno à imanência.

Os critérios de justiça não estão dentro ou fora do Direito, mas na ultrapassagem do direito por ele mesmo, após uma transcendência radical dos seus sentidos e de retorno à imanência, “na fronteira da imanência para sua transcendência [...], como a busca pela superação da fratura”. (TEUBNER, 2011, p. 42) A justiça jurídica possui demandas reversas de transcendência e de “[...] em nome da onipresença [...] realizar(-se) na imanência do Direito”. (TEUBNER, 2011, p. 46)

A justiça jurídica e os compelimentos sistêmicos

A devolução do direito ao mundo da racionalidade denota a contenção jurídico-sistêmica (imanência do direito) da justiça jurídica, que é infinita, por força dos três compelimentos à conexão trazidos por Teubner (2011), que afastam a prática da justiça jurídica da descrença e da pulverização individualista defendida pela ala radical do direito livre: compelimento à decisão, compelimento à normatização e compelimento à fundamentação. O compelimento à decisão corresponde à proibição de *non liquet*, isto é, à obrigação de decidir no processo jurídico, “[...] mesmo que ele [o juiz] saiba que, decidindo de qualquer forma, será injusto com uma das partes”. (TEUBNER, 2011, p. 44)

O compelimento à fundamentação é a necessidade de reconstrução consistente da experiência irracional de transcendência em fundamentos técnico-jurídicos, estruturados racionalmente no interior do direito, momento em que se coloca a difi-

10 Saturno, na mitologia romana, corresponde ao deus do tempo, Chronos, da mitologia grega, segundo a qual ele devorava os seus filhos por medo de ser destronado e, posteriormente, por vingança de Zeus, teria ingerido uma poção mágica que o fez vomitar os seus filhos. A pintura de Goya faz parte de uma série chamada “Pinturas negras”, marcadas pelo estilo “sublime terrível”. Sob a perspectiva da história, a obra faria alusão aos conflitos internos da Espanha sob o império de Fernando VII. Do ponto de vista da psicanálise, representa a (im)potência sexual, associada, ainda, à degradação física vivida pelo artista.

culdade de atender, simultaneamente, às altas exigências externas da sociedade (responsividade) e às internas do direito (consistência).

Por fim, o compelimento à normatização é a limitação das possibilidades de resolução do conflito sofrida em decorrência da imposição do uso do arsenal próprio do direito (normas e atos jurídicos), simplificando demasiadamente as inúmeras experiências de alteridade – as sentidas pelo indivíduo e as correspondentes a racionalidades diversas.¹¹

Contudo, a *re-entry* não faz jus à justiça, pois esta reclama transcendência das estruturas do direito na direção de um sentido justo sempre por-vir, conforme as contribuições de Derrida, o que só pode funcionar na configuração policontextual da sociedade em sistemas autônomos como uma “responsabilidade infinita diante da inexorabilidade do fracasso do direito, que sempre resultará em injustiça e culpa”. (MIGUEL, 2016, p. 415) Por força dos recortes limitadores da imanência, a recriação estruturada no direito não se sustenta senão de modo provisório, pois, ante a cristalização de novas injustiças, a justiça, autossubversiva, impõe novamente a sua destruição, em uma dinâmica circular inventiva.

O preço pela redução da experiência infinita da justiça a uma decisão binariamente codificada, à sua fundamentação responsivo-consistente e à sua normatização condicional é alto – nova injustiça. Especialmente em função da miserabilidade do compelimento à forma jurídica, mas também devido à falta de sensibilidade da universalização filosófica, a busca jurídica pela justiça provoca necessariamente nova injustiça, que, por seu turno, conduz a uma renovada auto-transcendência e a um renovado disciplinamento. (TEUBNER, 2011, p. 48)

Diante do ditame paradoxal “introduzir o caos na ordem [...]”, cria-se uma verdadeira “pressão inovativa” ou “energia criativa”, que não deixa subsistir nenhuma estrutura, introduzindo no direito uma dimensão comparativa que compele o sistema a buscar estruturas novas mais justas que as anteriores. (TEUBNER, 2011, p. 47) Apesar da dimensão comparativa, é preciso esclarecer que a ciclicidade da justiça de Teubner implica a destruição e a recriação absolutas, sempre atravessando

11 “Compelimento à decisão: a justiça não pode deixar o conflito no limbo, uma parte deve ter razão, as outras não; compelimento à fundamentação: a decisão deve estar apoiada em fundamentos que osem empreender a inútil tentativa de conectar plausivelmente consistência e responsividade. Compelimento à normatização: a decisão requer a redução da complexa problemática do caso a uma norma casuística muito mais simples”. (TEUBNER, 2011, p. 45)

o deserto, em uma postura distinta do mero “aperfeiçoamento racional” da justiça, segundo uma “visão hierárquica da justiça, que espera um aumento da justiça por meio de decisões amparadas por fundamentos racionais”. (TEUBNER, 2011, p. 48)

Conclusão

os direitos humanos como instituições de ligação que ativam a dinâmica da justiça jurídica

Como visto, a dinâmica da justiça jurídica, consoante desenvolvida por Teubner, envolve, em um segundo momento, a imanência necessária à preservação da autonomia sistêmica, aspecto já privilegiado pela teoria luhmanniana; e, em um primeiro momento, a autotranscendência do direito em relação às injustiças decorrentes da cristalização de sentido em estruturas, aspecto que o professor alemão busca em Derrida. Em suma, o direito deve atender à exigência de manutenção complementar da diferenciação funcional internamente congruente e da adequação social. “Consistência interna mais responsividade diante de demandas ecológicas – esta é a dupla fórmula da justiça jurídica”. (TEUBNER, 2011, p. 28)

Considerando, assim, a ausência de fundo ontológico da noção de direitos humanos sustentada por Douzinas, tal conceito não pode funcionar, em acordo com a teoria dos sistemas sociais, senão como um mecanismo que viabiliza a realização da justiça jurídica – isto é, a orientação autorreflexiva do direito no sentido de adequar-se ao ambiente social no qual se situa, conjugando a autorreferência e heterorreferência–, uma vez que é dotado da dupla face, própria das instituições de ligação, que permite uma reflexão sincrônica entre sistema e ambiente.

Radicalizando a compreensão da abertura cognitiva, Teubner vê as figuras das instituições de ligação como ideias presentes no direito cujo grau de indeterminação confere a ambiguidade necessária para que representem, ao mesmo tempo, em faces distintas, normas sociais e jurídicas. (TEUBNER, 2005, p. 97) Essas instituições, segundo o autor, são desprovidas de referência ou conteúdos fixos; seu significado varia de acordo com o contexto do discurso tomado como local de observação, o que guarda consonância com a noção de direitos humanos de Douzinas. A partir dessas instituições, a interdiscursividade sistema-ambiente torna-se

mais duradoura, intensa e menos equivocada, criando-se um espaço de abertura permanente entre direito e sociedade.

Como exemplos de instituições de ligação, Teubner cita os bons costumes e a boa-fé, ao que podemos adicionar, a partir do estudo empreendido neste artigo, o significante direitos humanos. Tais categorias, vistas pela ótica do sistema jurídico, são próprias do direito (autorreferência) e servem como um filtro estável e duradouro de conteúdos externos (heterorreferência) que não se resumem a irritações pontuais. (TEUBNER, 2005, p. 85)

Ora, a categoria teórica em questão não é exclusiva do sistema jurídico, mas à sociedade e ao direito – basta perceber a utilização do termo “direitos humanos” não apenas pelo direito, mas também pela política e pelo senso comum, em geral –, ensejando uma reflexão sincrônica sobre os mesmos eventos comunicativos e reduzindo a um limite mínimo a diferença constitutiva do subsistema, que é a sua própria racionalidade.

Veja, nesse sentido, o exemplo dado por Derrida em relação ao reconhecimento do direito ao casamento homoafetivo:

[...] No contexto do casamento gay, Derrida defende a desobediência civil ‘não ao arripio da lei, mas a desobediência a uma posição legislativa em favor de uma melhoria da legislação, um direito ainda por vir ou por já inscrito no espírito ou letra da constituição’. A posição desconstrutiva aqui não objetiva destruir o direito, mas, sim, um direito ‘melhor’ (em vez de um ‘bom’ ou ‘perfeito’) em nome de uma justiça por vir. A justiça por vir não se opõe à lei porque já se encontra nela, na forma de uma promessa do o tratamento de todos por igual. No entanto, continua a ser uma promessa por vir por causa do intervalo intrínseco entre a igualdade da lei e a singularidade do outro. (THOMASSEN, 2008 apud MIGUEL, 2016, p. 230)

O acoplamento entre o direito e a sociedade deve ser visto, assim, como um “caminho comum de desenvolvimento” (TEUBNER, 2005, p. 84), que aumenta a complexidade do sistema jurídico, diminuindo a distância da sua diferença com o ambiente, embora o encontro seja impossível. Instituições de ligação, pois, são acoplamentos, mas não podem ser reduzidas à ideia de um espaço de intersecção entre dois (sub) sistemas, devendo, isso sim, ser compreendidas como catalisadores de uma melhoria constante dos discursos envolvidos mediante um jogo de interdiscursividade em que os sentidos produzidos são mutuamente distorcidos,

em uma construção lúdica de realidades fictícias (TEUBNER, 2005, p. 86), papel cumprido pelo significante direitos humanos.

Com isso, responde-se ao problema apresentado, que questiona o papel dos direitos humanos no direito, entendido como sistema autopoietico, considerando a observação de Douzinas de que se trata de um significante vazio; para concluir que os direitos humanos, lidos sob uma perspectiva funcional e não conteudística, figuram como instituições de ligação que colocam em movimento a dinâmica da justiça jurídica, ao viabilizarem a autotranscendência do direito por meio da adoção da lente da sociedade/ambiente sobre o termo (*re-entry*), resguardando a dimensão de heterorreferência – isto é, de responsividade às novas demandas sociais – e, de outro, os compelimentos sistêmicos quanto à cristalização histórica das normas de direitos humanos.

Referências

DOUZINAS, Costas. *O fim dos direitos humanos*. São Leopoldo: Unisinos, 2009.

DOUZINAS, Costas. O paradoxo dos direitos humanos. Tradução de Caius Brandão. *Pensar os direitos humanos: desafios à educação nas sociedades democráticas*, Goiás, v. 1, n. 1, 2011. Anuário do Núcleo Interdisciplinar de Estudos e Pesquisas em Direitos Humanos/UFG, 2011. ISSN 2237-4388. Disponível em: <https://www.cienciassociais.ufg.br/up/106/o/ConferenciaAberturax.pdf?1350490879>. Acesso em: 14 jan. 2018.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. Tradução de Javier Torres Nafarrate. 2. ed. Cidade do México: Herder: Universidad IberoAmericana, 2003.

LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*. Tradução Javier Torres Nafarrate. 1. ed. Cidade do México: Herder/Universidad IberoAmericana, 2007.

MIGUEL, Daniel Oitaven Pamponet. *A hermenêutica da esgrima e os direitos humanos: as aporias vinculação/discricionariedade, contexto de descoberta/contexto de justificação das decisões judiciais e universalismo/multiculturalismo à luz da paranoia mútua entre autoipoiese e desconstrução*. 1. ed. Salvador: Faculdade Baiana de Direito, 2016.

TEUBNER, Günther. *Direito, sistema e policontextualidade*. Tradução de Rodrigo Octávio Broglia Mendes. Piracicaba: UNIMEP, 2005.

TEUBNER, Günther. Justiça autosubversiva: fórmula de contingência ou de transcendência do direito? *Revista Eletrônica do Curso de Direito da PUC Minas Serro*, Serro, MG, n. 4, 2011. ISSN 2176-977X. Disponível em: <http://periodicos.pucminas.br/index.php/DireitoSerro/article/view/2259>. Acesso em: 14 jan. 2018.

POR UMA HISTÓRIA SOCIAL DOS DIREITOS HUMANOS

reflexões a partir das lutas dos escravizados
pela liberdade na última década do escravismo no Brasil

Txapuã Menezes Magalhães

Introdução

“Como fazer história em direito?”. Essa pergunta, apesar de genérica, coloca um problema epistemológico substancial no senso comum teórico do jurista. Com efeito, a leitura dos manuais de graduação e parte significativa dos trabalhos acadêmicos produzidos,¹ ao menos no Brasil, evidencia uma abordagem histórica despreocupada com a história e com a historiografia.

De fato, sob o fundamento de fazer trabalho interdisciplinar ou mesmo por submissão e adesão à tradição teórica da qual participa, o jurista por vezes escreve um “escorço histórico” em que aborda o que seriam os grandes marcos de determinado instituto ou tema.

Essa forma de abordagem é marcada por uma perspectiva evolucionista, em que o direito atual seria o ápice de qualidade e racionalidade de um longo percurso his-

¹ A frase contém evidente generalismo que, todavia, não deixa de possuir embasamento fático e teórico. O problema é apontado por inúmeros pesquisadores sérios em história, conforme se tenta mostrar ao longo do trabalho.

tórico. (HESPANHA, 2005) Em nosso período da história, o direito seria mais “humanitário” e haveria uma expansão de direitos que, supostamente, demonstrariam uma maior sensibilidade dos juristas e do próprio discurso jurídico com as pessoas.

Na produção dogmática sobre direitos humanos, podemos encontrar semelhantes anacronismos em inúmeros trabalhos. Ainda que a militância em direitos humanos muitas vezes afaste os juristas atuantes na área desses vícios epistemológicos – haja vista o contato diário com profissionais de outras áreas das ciências humanas e com as vítimas do sistema –, a produção teórica dogmática voltada para a discussão jurídica ainda padece de equívocos semelhantes, conforme se pretende mostrar a seguir.

Nessa linha, os juristas se encontram completamente afastados da discussão historiográfica ocorrida no século XX, de atenção às fontes primárias, à autonomia do passado, à problematização do próprio discurso. Enfim, trata-se de uma discussão característica da historiografia rankeana do século XIX que questionou a história de longa duração e de grandes eventos e expoentes. (BURKE, 2011; CASTRO, 2011; HESPANHA, 2005)

À vista desse quadro teórico complexo, compreende-se que um estudo sobre a virada epistemológica ocorrida na historiografia no século XX, em especial na história social, pode legar contribuições à produção historiográfica no campo jurídico, evitando os equívocos que têm sido cometidos por juristas de formação e até mesmo refletindo os limites que o acadêmico em direito possui para produzir o tal “escorço histórico”.

Finalmente, com o objetivo de mostrar as possibilidades práticas de uma história do direito influenciada por essa nova história, em especial no campo dos direitos humanos, este artigo faz reflexões sobre a luta dos escravizados pela liberdade nos tribunais imperiais nas últimas duas décadas do escravismo brasileiro.

Abordagem tradicional sobre a construção histórica dos direitos humanos no âmbito jurídico

A maneira como o jurista aborda a história não pode ser compreendida sem se atentar ao modelo de ensino jurídico que ainda vigora nas universidades e cursos, muitas vezes a reboque dos concursos públicos desejados pelos estudantes. Nesse modelo, ainda pautado pelo positivismo, há a tendência a classificações, di-

visões, hierarquizações e simplificações que supostamente ajudariam a compreensão do jurista. É um modelo de estudo voltado para o controle do objeto, não necessariamente à sua compreensão. (MALAGUTI, 2016)

Conhecer, nessa abordagem, significa dividir e classificar. (SANTOS, 2011) Trata-se de um poder/saber hegemônico de compreensão, consolidado menos como uma escola científica, e mais como uma cultura. (MALAGUTI, 2016; FOUCAULT, 2010) É uma forma de estudo pautada na técnica, mas que não deixa de, ideologicamente, necessitar de justificações teóricas. Nesse sentido, a história acaba por servir a esse propósito.

Efetivamente, é comum que o escritor faça um trecho diminuto sobre a história do seu objeto, traçando o que seriam as grandes linhas de seu desenvolvimento, culminando no momento presente, como se a história fosse um avanço constante e evolutivo. (SABADELL, 2006) Essa abordagem, além de raramente possuir qualquer embasamento em fontes históricas, acaba por invisibilizar as rupturas na história, tendo como resultados a legitimação e a naturalização do presente. Como descreve Thomas Kuhn (2013, p. 233):

[...] Os manuais começam truncando a compreensão do cientista a respeito da história de sua própria disciplina e em seguida fornecem um substituto para aquilo que eliminaram. É característica dos manuais científicos conterem apenas um pouco de história, seja um capítulo introdutório, seja, como acontece mais frequentemente, em referências dispersas aos grandes heróis de uma época anterior. Através dessas referências, tanto os estudantes como os profissionais sentem-se participando de uma longa tradição histórica. Contudo, a tradição derivada dos manuais, da qual os cientistas sentem-se participantes, jamais existiu.

A citação de Thomas Kuhn é importante para mostrar como essa utilização da história nos manuais está inserida na tradição do pensamento científico positivista, não se limitando ao âmbito dos cursos jurídicos. No direito, especificamente, essa abordagem pode ser ainda mais gravosa, tanto porque reverbera na própria pesquisa em pós-graduação, sendo comum em dissertações e até mesmo em teses com escorços históricos absolutamente superficiais, como também porque, estando o direito ligado diretamente ao exercício do poder, essa concepção justifica e legitima a ordem vigente, coercitiva e estatal. (HESPANHA, 2005)

Efetivamente, o direito positivo pós-revolução burguesa é sempre mostrado como o mais racional, evoluído e humanitário. Nesse sentido, a abordagem histórica nos estudos jurídicos enquadra-se na tradição positivista dominante que trata de depreciar a experiência anterior ao iluminismo burguês. (HESPANHA, 1978; WOLKMER, 2015) O mundo pré-iluminista é apresentado como atrasado, obscuro, fanático. A Idade Média, por exemplo, é denominada “Idade das Trevas”, generalizando-se o discurso de que o obscurantismo religioso dominava tal período. Em contraponto, o iluminismo libertaria a existência. Essa construção discursiva se estende da religião à economia, passando pelo direito, sendo que a história acaba por exercer um papel estratégico na sua consolidação ao longo do século XIX. (HESPANHA, 1978, 2005; MARX, 2013)

Em direito penal, essa abordagem evolucionista é particularmente marcante, considerando que é extremamente legitimadora do direito estatal que tanto viola direitos humanos diuturnamente. Segundo alguns dos penalistas mais lidos do país, a Revolução Francesa teria representado a “humanização” das penas. Nesse sentido, por exemplo, veja a abordagem de Nucci (2015, p. 18):

[...] Nos primórdios, a pena era aplicada desordenadamente, sem um propósito definido, de forma desproporcional e com forte conteúdo religioso. Atingiu-se a vingança privada e, na sequência, a vingança pública, chamando o Estado a si a força punitiva. Aplicou-se o talião (olho por olho, dente por dente), o que representou um avanço à época, pois se traçou o contorno da proporcionalidade entre o crime praticado e a pena merecida. Seguiu-se a fase de humanização do direito penal, após a Revolução Francesa, estabelecendo-se, no mundo todo, a pena privativa de liberdade como a principal sanção aplicada, evitando-se, como meta ideal a ser atingida, as penas consideradas cruéis.²

Como se percebe nesse trecho, a Revolução Francesa, com a ascensão da burguesia – e de sua forma jurídica, o direito positivo –, representaria a “humanização do direito penal”, tendo como meta evitar “as penas consideradas cruéis”. Com esse discurso, retira-se o caráter de dominação do direito penal, e o jurista passa a acreditar que a pena privativa de liberdade é efetivamente adequada e razoável, ainda que haja, como dito, violação permanente de direitos humanos em sua aplicação.

2 Veja-se o que Rogério Greco (2016, p. 23) fala: “Até basicamente o período iluminista, as penas possuíam caráter aflitivo, ou seja, o corpo do homem pagava pelo mal que ele havia praticado. Os olhos eram arrancados, os membros mutilados, o corpo esticado até se destroçar, sua vida esvaía-se numa cruz, enfim, o mal da infração penal era pago com o sofrimento físico e mental do criminoso”.

Nesse sentido, é importante destacar que, ainda que em menor escala do que no direito penal e outras áreas clássicas, muitos manuais e trabalhos acadêmicos em direitos humanos incorrem na mesma abordagem anacrônica.

Dinah Shelton (2014, p. 16), por exemplo, começa seu “histórico” sobre a proteção aos direitos humanos falando sobre o Código de Hamurábi, ainda que não haja nenhum indício verificável em fonte historiográfica de que tal “código”³ se destinasse à proteção do que hoje, milênios depois, denominamos direitos humanos.

A autora, assim, cai na armadilha de tentar legitimar seu objeto – a proteção dos direitos humanos – em um passado remoto, como se isso valorizasse ainda mais a matéria ou significasse uma consciência a-histórica de concepção de tais direitos. (MIAILLE, 1979; SABADELL, 2006) Ocorre que tal abordagem não possui embasamento teórico. Trata-se de um senso comum que, muitas vezes, não possui nenhuma base técnica.

Nesse sentido, para se ater ao caso em questão, os autores sequer se utilizaram de historiadores especialistas em Mesopotâmia para falar do “Código” de Hamurábi. Fontes primárias, então, muito menos. Assim sendo, com base em que os juristas citam tal “código”?

Os exemplos acima trazidos – da evolução do direito penal e da base histórica dos direitos humanos – servem para mostrar outro problema característico dessa abordagem dos juristas sobre a história: não consultam fontes primárias, muito menos historiadores especialistas no período histórico respectivo. (OLIVEIRA, 2004) Desse modo, com base em quê os juristas fazem o seu “escorço histórico”? Muitas vezes, em outros juristas que, igualmente, não possuem formação historiográfica.

Esses outros conhecimentos, então, são utilizados superficial e artificialmente, de modo apenas a conferir erudição ao conhecimento jurídico e falsear uma interdisciplinaridade que não ocorre verdadeiramente, sendo uma pseudoprática adotada no direito. (SABADELL, 2006)

Assim, observa-se uma tentativa de disfarçar um purismo metodológico positivista com a inserção (descuidada) em outros campos de saberes sociais – como a história, a sociologia, a filosofia etc. A utilização desses outros campos de conhecimento das ciências humanas se faz de modo inconsequente e com o objetivo único de legitimar o próprio discurso. Ou seja: não se trata de uma reflexão, mas de, novamente,

3 Sabadell (2006) destaca que até mesmo o termo “código” é um anacronismo, considerando que as diversas leis de Hamurábi não possuíam as características do que modernamente caracterizam um código.

um uso instrumental que caracteriza esse paradigma científico dominante. Trata-se de uma apropriação utilitarista, na medida em que aproveita esses saberes para o direito num sentido acessório e complementar, sobretudo de legitimação.

Isso só reforça um problema teórico na formação do jurista: o afastamento das demais ciências humanas e uma concepção autocentrada. Nessa linha, é importante destacar que, se em outras áreas do conhecimento a pretensão de superar o positivismo remonta à primeira metade do século XX, como se verifica na história dos *Annales* (BURKE, 2010) e na filosofia (HEIDEGGER, 1979; FOUCAULT, 2010), no direito, a discussão acadêmica passa a ocorrer de maneira incipiente no pós-Segunda Guerra, sendo que, na prática, o que se vê é ainda a predominância do positivismo enquanto paradigma, tanto nos tribunais quanto no ensino jurídico, com seus manuais esterilizantes e tecnicistas.

Nesse sentido, o ensino profissionalizante do direito, seguindo a lógica do mercado de trabalho e das profissões jurídicas, engessa o conhecimento jurídico, entendido do ponto de vista científico, uma vez que propõe um conhecimento de viés eminentemente técnico e utilitarista. (MACHADO, 2009) Esse aspecto estrutural epistemológico acaba por valorizar a dogmática jurídica em detrimento – e não acompanhada – de outras disciplinas de importante papel para a formação do jurista brasileiro, como filosofia, ciência política, história, economia etc., tendo como resultado precípua operadores do direito formados em técnicas de decisão e elaboração de leis.

O ensino jurídico, nessa perspectiva técnica, afasta a produção de conhecimento científico, isto é, de pesquisas teórico-metodologicamente orientadas para a formação do pensamento jurídico. Tem-se, em realidade, o aumento impressionante de produções repetitivas e superficiais, as quais se submetem muito mais às exigências do mercado. (MACHADO, 2009)

No caso específico da história, como se percebe, esta vira adorno legitimador do discurso positivista, na perspectiva já indicada de valorização do período pós-iluminismo. (HESPANHA, 2005; WOLKMER, 2015) Desse modo, evidencia-se a necessidade de se modificar a forma como se aborda a história. Para tanto, é preciso reforçar a formação acadêmica do jurista, e não apenas tecnicista, com bases teóricas sólidas a respeito das matérias que podem ajudá-lo a compreender efetivamente a realidade jurídica.

No campo historiográfico, é necessário conhecer a virada epistemológica que a disciplina histórica sofreu na primeira metade do século XX e, no particular, valorizar a história social como contributa especial para deixar mais complexa a realidade jurídica, evitando as simplificações e categorizações típicas do positivismo jurídico.

História social e direitos humanos uma discussão necessária

Durante os séculos XVIII e XIX, a história ainda exerceu papel conservador significativo na construção dos Estados nacionais e no discurso burguês pós-Revolução Francesa. Nesse período, a história esteve muitas vezes a serviço do poder, construindo o passado nacional e destacando a trajetória de grandes homens. (CASTRO, 2011) No Brasil, por exemplo, Varnhagen, o historiador do regime imperial, exerceu esse papel, entendido como necessário para a consolidação do país e de suas instituições.⁴ (SALLES, 2013)

Essa perspectiva passa a ser criticada nas primeiras décadas do século XX, tendo como marco definitivo de mudança o advento da *École des Annales*.⁵ (CASTRO, 2011) Esta representou uma virada paradigmática no âmbito historiográfico, com percepção crítica sobre a abordagem evolucionista e legitimadora da atualidade que antes se fazia. (BURKE, 2010)

Essa virada epistemológica representa uma modificação reflexiva sobre os eventos e experiências históricas, não mais em busca apenas de continuidades e supostas evoluções, mas também de rupturas, conjunturas específicas, relações locais. (BURKE, 2010; HESPANHA, 2005) No âmbito do direito, essa perspectiva crítica e reflexiva chega apenas na segunda metade do século XX, mas limitada a poucos espaços acadêmicos. Em regra, permanece o anacronismo que prejudica os textos jurídicos, com suas superficialidades e evolucionismos marcantes quando fazem o famigerado “escorço histórico”, conforme já tratado no item anterior.

4 Interessante observar como Michel Banton (2011) mostra o debate sobre as ideias raciais em relação com esse discurso histórico do século XIX sobre o nascimento da nação na Inglaterra.

5 Burke (2011) pondera que mesmo antes dos *Annales* são encontrados historiadores que propõem outra perspectiva.

Assim, como explica Hebe Matos, os Annales representam uma mudança total na abordagem historiográfica. No lugar de uma história factualista, centrada nas ações de grandes homens, em batalhas, estratégias diplomáticas, os historiadores da corrente nascente, Marc Bloch e Lefebvre, “propunham uma história-problema, viabilizada pela abertura da disciplina às temáticas e métodos das demais ciências humanas, num constante processo de alargamento de objetos e aperfeiçoamento metodológico”. (CASTRO, 2011, p. 41)

A história-problema, assim, não está mais comprometida com a criação de certezas, nem com a “invenção” de um passado nacional supostamente idílico. Pensa-se a complexidade da história e das perspectivas diversas dos seus atores, inclusive de forma a questionar o passado oficial.

Ainda nessa nova abordagem historiográfica, não são apenas acontecimentos e grandes nomes que são trabalhados, mas a história de pessoas comuns, de mentalidades, culturas distintas, de modo a mostrar a densidade existente nas relações sociais. Assim é que se multiplicam as possíveis áreas de pesquisa: história social, história das mentalidades, história cultural, e assim sucessivamente, sendo que tais áreas se interligam em diálogo que se pretende constante.

A história social, especificamente, surge com a busca da formação de problemas específicos relacionados ao comportamento e relações entre os grupos sociais. (CASTRO, 2011)

A partir do que foi colocado acima, já é possível perceber o fosso que separa a preocupação metodológica da historiografia da forma como a história é abordada nos manuais e parte dos trabalhos acadêmicos dos juristas. Com efeito, os juristas não têm a preocupação com o comportamento e as relações entre os grupos sociais na criação ou desenvolvimento de determinado instituto.

Como já foi destacado, a história do direito é abordada como algo quase naturalizado, sem contextualização das condições sociais e de produção que influenciaram o direito. Além disso, tem-se a centralização em grandes nomes, mais uma vez descontextualizando-se o período histórico em que viviam. Perde-se, assim, o próprio senso de realidade que comporta a realização do direito.

Não se quer dizer, com isto, que grandes nomes não influenciam a realização do direito. Contudo, não se pode deixar de compreender que o direito é construído historicamente pela coletividade de sujeitos, e não apenas por um ou dois grandes juristas. Assim, fica evidente como o aporte da história social pode ser profícuo.

Aprofundando-se tal debate, pode-se perceber o caráter conjuntural e contextual do direito, desnaturalizando-se institutos supostamente perenes, como família, propriedade e pena, auxiliando na própria compreensão crítica do direito atual. (HESPANHA, 2005) Aliás, no campo da historiografia, as fontes judiciárias têm sido objeto privilegiado de estudo de historiadores que buscam compreender determinado período histórico, haja vista as informações relevantes que os documentos podem legar sobre a sociedade e a própria visão que os autores sociais possuíam sobre relações de trabalho, religião, justiça e tantas outras perspectivas.⁶

Esse uso de fontes judiciárias na história social é influenciado fortemente pelo legado do historiador Edward Palmer Thompson, que fez profícuos estudos sobre cultura popular, costumes e direitos no século XVIII inglês. A partir de relatos existentes em processos judiciais, o referido historiador inglês conseguiu restituir muitos aspectos da cultura popular e da perspectiva sobre justiça da classe subalternizada. Ao fazer isso, vale destacar, contribuiu para a própria história do direito.

Em *Senhores e caçadores*, estudo voltado para a Lei Negra da Inglaterra no século XVIII, que visava a proteção máxima do direito de propriedade, Thompson fez uma contribuição perene para a historiografia se debruçar sobre o direito e os processos judiciais como espaço privilegiado de estudo, visto que observou a complexidade das relações que permeavam os processos envolvendo a referida lei, muitas vezes possibilitando certo espaço de luta ao oprimido. Destacou o autor:

Por outro lado, a lei mediava essas relações de classe através de formas legais, que continuamente impunham restrições às ações dos dominantes. Pois existe uma enorme diferença, que a experiência do século 20 deve ter tornado evidente até para o pensador mais distanciado, entre o poder extralegal arbitrário e o domínio da lei. E não só os dominantes (na verdade, a classe dominante como um todo) estavam restringidos por suas próprias regras jurídicas contra o exercício da força direta e sem mediações (prisão arbitrária, emprego de tropas contra a multidão, tortura e aqueles outros úteis expedientes do poder com que estamos todos familiarizados), como também acreditavam o bastante nessas regras, e na retórica ideológica que as acompanhava, para permitir, em certas áreas limitadas, que a própria lei fosse um foro autêntico onde se travavam certos tipos de conflito de classe. (THOMPSON, 1987, p. 356)

6 É notável, nesse sentido, como, a partir de um processo de Inquisição, Carlo Ginzburg (2012) consegue reconstruir parte da história de um moleiro na Itália da Baixa Idade Média, com sua perspectiva sobre a religiosidade, possibilitando a própria compreensão sobre a cultura popular do período.

A partir dessa compreensão, a história social passou a ver o campo jurídico como espaço privilegiado de estudo, deixando de ser algo compreendido apenas como ideias ou filosofias elitistas, ou mesmo como simples instrumento de dominação, para ser percebido como prática discursiva, de debate, em que os dispositivos de poder estão em disputa. (LARA; MENDONÇA, 2006)

Edward Thompson também foi um marco na historiografia que foca a visão do subalternizado: a história vista “de baixo”.⁷ Nessa perspectiva, a história tenta alcançar as perspectivas que as classes populares possuem sobre os momentos históricos em que estão inseridas. Assim, por exemplo, no âmbito da escravidão, procura-se perceber a visão do escravizado e do liberto, na tentativa de ler o mundo não só pela visão de viajantes europeus ou da elite parlamentar e econômica.⁸

Outras mudanças na historiografia e, mais especificamente, na história social poderiam ser destacadas. Todavia, as apontadas já servem para mostrar o grau de mudança de perspectiva que os historiadores tiveram a partir da primeira metade do século XX. De espaço privilegiado de justificação do Estado nacional, a história passou a exercer importante papel na crítica da realidade e da visão dominante. Problematizando o senso comum acerca da própria construção nacional e mostrando facetas complexas sobre os grandes e pequenos homens da história, a historiografia foi capaz de mostrar uma realidade densa, por vezes contraditória, mas nunca uniforme.

Pode-se dizer que, em relação ao direito, essa forma crítica de fazer história permite primeiramente a desnaturalização de determinado direito, bem como o questionamento se esta ou aquela forma de fazer direito é efetivamente mais evoluída,

7 É interessante a discussão colocada por Eric Hobsbawm (2013) a respeito da história vista de baixo, mostrando como passou a ser objeto de interesse e ficou possível o seu desenvolvimento com o advento dos modernos movimentos populares, quando passam a ser registradas suas ações e passam a influenciar mais fortemente a realidade socioeconômica.

8 Essa perspectiva da *history from below* influenciou fortemente algumas escolas de história do país, como a Universidade Estadual de Campinas (Unicamp), a Universidade Federal da Bahia (UFBA), a Universidade Federal Fluminense (UFF) etc. Alguns trabalhos já clássicos podem ser destacados, a título de exemplo: CHALHOUB, Sidney. *Visões da liberdade – Uma história das últimas décadas da escravidão na Corte*. São Paulo: Companhia das Letras, 2011; CHALHOUB, Sidney. *A força da escravidão: ilegalidade e costume no Brasil oitocentista*. 1. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2012; AZEVEDO, Elciene. *O direito dos escravos: lutas jurídicas e abolicionismo na província de São Paulo*. Campinas, SP: Editora da Unicamp, 2010; AZEVEDO, Elciene. *Orfeu da carapinha: a trajetória de Luiz Gama na imperial cidade de São Paulo*. Campinas, SP: Editora da Unicamp, 1999; PENA, Eduardo Spiller. *Pajens da casa imperial: juriconsultos, escravidão e a Lei de 1871*. Campinas, SP: Editora da Unicamp, Centro de Pesquisa em História Social da Cultura, 2001; MENDONÇA, Joseli Maria Nunes. *Entre a mão e os anéis: a Lei dos Sexagenários e os caminhos da abolição no Brasil*. 2. ed. Campinas, SP: Editora da Unicamp, 2008; MENDONÇA, Joseli Maria Nunes; LARA, Sílvia Hunold (org.). *Direitos e Justiça no Brasil*. Campinas, SP: Editora Unicamp, 2006.

como dizem os juristas. (HESPANHA, 2005) Assim, mostra-se o direito como algo construído pelos sujeitos, e não como algo posto ou dado pelo Estado, de “cima”.

Além disso, a colocação de uma história-problema permite afastar a simplificação que o jurista faz do passado: evitam-se anacronismos e o uso apenas legitimador que o passado tem sobre o presente. A propriedade romana, por exemplo, pode ser compreendida a partir da realidade romana, e não mais como mero antecedente histórico da propriedade burguesa. (PEZZELLA, 1998)

E no âmbito dos direitos humanos? As contribuições podem ser particularmente importantes. Somada ao respeito ao passado, com afastamento de referências sem fundamento ao Código de Hamurábi ou outros documentos da Antiguidade Clássica, essa nova forma de fazer história contribui para revelar o papel desempenhado pelos sujeitos históricos na conquista dos direitos humanos.

Com efeito, pode-se mostrar como os direitos humanos foram resultado de muitas lutas concretas realizadas por camponeses, operários, mulheres, escravizados e tantos outros grupos que sofreram (e sofrem) historicamente e que se levantaram contra a opressão.

Os direitos humanos, assim, deixam de ser vistos apenas como a idealização de grandes homens ou fruto da relação diplomática entre Estados-nação para serem percebidos também como resultado da agência de sujeitos concretos que se mobilizaram.

No âmbito da dogmática jurídica, pode-se afastar a abordagem superficial das gerações dos direitos humanos e fundamentais, como se os direitos fossem estanques e não fossem resultado de processos históricos concretos. A questão geracional é marca até de abordagens mais críticas e elaboradas, como a de Celso Lafer (1989) em *A reconstrução dos direitos humanos*, o que apenas mostra o alcance desse senso comum teórico que se problematiza neste trabalho.

Muitas vezes, essa divisão de direitos humanos e fundamentais em gerações deixa de mostrar a complexidade dos processos históricos concretos que levaram ao reconhecimento de tais direitos. As gerações são abordadas como algo que aconteceu natural e superficialmente, perdendo-se a noção das lutas efetivas levadas a cabo por sujeitos reais.

Em trabalho interessante, Lima Trindade (2011) procura justamente fazer o corte epistemológico que estamos a propor, ao tratar de uma história social dos direitos humanos. Contudo, aborda uma história social voltada para a Europa, deixando de lado as lutas latino-americanas, por exemplo. Ademais, entende-se

que falta nesse trabalho o uso metodológico de fontes primárias que ajudam a embasar outros trabalhos historiográficos. Independente disso, trata-se de contribuição valorosa, mesmo porque procura sair do senso comum teórico que estamos a criticar, mostrando diversos atos dos subalternizados marcantes para a construção dos direitos humanos que se conhecem hoje.

Repisa-se: a história social dos direitos humanos não pode perder a perspectiva de luta que caracterizou o reconhecimento de tais direitos, evitando a simplificação teórica que tanto marca a abordagem historiográfica em direito. Todavia, para tanto, é preciso se basear no que as fontes primárias nos fornecem, bem como em trabalhos relevantes e comprometidos com a análise histórica. A militância não pode bastar por si mesma. É necessário um trabalho metodológico e epistemológico responsável, justamente para não cair em outro simplismo.

Nos últimos parágrafos, tentamos mostrar, ainda que rapidamente, a mudança ocorrida na historiografia com o advento dos *Annales* na primeira metade do século XIX. A partir da história-problema, pudemos perceber a diferença existente entre a historiografia e a maneira como a história é abordada, geralmente, por juristas em manuais e trabalhos acadêmicos.

Para refletir mais concretamente sobre as contribuições que essa nova história e, mais especificamente, a história social podem dar ao estudo jurídico, nas próximas páginas, podemos refletir sobre a luta dos escravizados pela conquista da liberdade no Poder Judiciário.

Lutas dos escravizados pela liberdade

A escravidão não há de ser suprimida no Brasil por uma guerra servil, muito menos por insurreições ou atentados locais [...] A emancipação há de ser feita, entre nós, por uma lei que tenha os requisitos, externos e internos, de todas as outras. É assim, no Parlamento e não em fazendas ou quilombos do interior, nem nas ruas e praças das cidades, que se há de ganhar, ou perder, a causa da liberdade. (NABUCO, 2010, p. 13)

Apesar da pretensão de Joaquim Nabuco de afastar os escravizados e libertos da luta pela abolição, procurando restringi-la aos espaços letrados do período, a historiografia nos mostra que o movimento construído pelos cativos, no cotidiano

das cidades e das fazendas, foi determinante para o encaminhamento da “questão servil” no crepúsculo do Brasil oitocentista.

A pretensão do referido abolicionista representa com rara felicidade o ideal de formação do jurista: leis feitas sem conflito e conflitos, quando existentes, solucionados liturgicamente pelo Poder Judiciário e pelo Parlamento. Ocorre que a realidade é muito mais complexa, e um exemplo histórico relevante é, justamente, a abolição da escravidão no Brasil.

Com efeito, diante do que dissemos no tópico anterior, faz-se importante um estudo específico para mostrar os ganhos teóricos em direitos humanos com o aporte da história social. Para tanto, escolhemos a luta dos escravizados pela liberdade no Brasil oitocentista, em especial no período que vai da Lei do Ventre Livre (28 de setembro de 1871) à abolição (13 de maio de 1888).

O artigo 4º da *Declaração Universal dos Direitos Humanos*, que proíbe a escravidão e o tráfico de escravizados, não pode ser compreendido apenas no sentido dogmático ou como uma conquista intelectual de grandes expoentes, mas sim enquanto resultado de luta histórica dos agentes subalternizados que sofreram com o escravismo. No caso em análise, aqueles escravizados no Brasil oitocentista.

Com efeito, na esteira da virada epistemológica que tratamos no tópico anterior, em particular com a contribuição decisiva de Edward Palmer Thompson no âmbito da história social, historiadores brasileiros passaram a se debruçar sobre arquivos judiciais como estratégia para alcançar a visão do escravizado sobre seus direitos, suas expectativas, suas visões sobre a liberdade. (LARA; MENDONÇA, 2006) Em síntese, uma história vista de baixo aplicada aos escravizados.

De igual modo, essa perspectiva historiográfica mostra o judiciário como um espaço possível de lutas, de disputas entre escravizados e senhores, em que, por vezes, saíam ganhando os primeiros. (GRINBERG, 2008) Os escravizados, assim, deixam de ser vistos apenas sob o qualificativo jurídico de “coisas” e passam a ser refletidos como agentes históricos que, igualmente, influenciam a história.⁹

Assim é que, no âmbito legislativo, a edição da lei de 28 de setembro de 1871 não deve ser compreendida sem levar em consideração a atuação dos escravizados. Com

9 A teoria do escravo-coisa – para além da “coisificação” do escravizado no direito civil oitocentista – pode ser definida sucintamente como na ideia de que os cativos não eram capazes de interpretação própria de mundo, limitados pela condição em que viviam e pela ideologia de domínio escravista, tendo uma consciência passiva, restringindo-se a resistência à revolta, individual ou coletiva. Para acessar essa discussão, ver *Visões da liberdade*, obra de Chalhoub (2011).

feito, muitas das previsões legais, como o direito ao pecúlio – com possível compra futura da liberdade – e a proibição de separação da família, são verdadeiros reconhecimentos de direitos costumeiros, que não devem ser vistos apenas como concessão senhorial, mas também como conquista dos escravizados. (CHALHOUB, 2011)

Outros direitos costumeiros também foram reconhecidos localmente. Walter Fraga Filho, em estudo sobre a vida dos escravos e libertos do recôncavo no fim da escravidão, constatou a ocorrência de direitos consuetudinários – tais como descanso dominical e possibilidade de trabalho alugado para outro proprietário –, que eram fundamentais para a manutenção da “paz” nos engenhos. (FRAGA FILHO, 2006)

Essas análises sobre o cotidiano do escravizado e as técnicas de dominação escravista mostraram que a realidade da época ia muito além da política do chicote. Ao contrário de suavizar o escravismo no Brasil, esses estudos serviram para mostrar que a dominação foi muito mais sutil e eficaz, porque ia além da violência física.¹⁰ Ao mesmo tempo, demonstram que a resistência escrava ocorreu não só nas rebeliões e nos quilombos, mas também no dia a dia, na formação de laços familiares e de amizade, bem como na conquista de direitos que atenuassem a brutalidade do regime sob o qual viviam.¹¹

Efetivamente, muitas foram as estratégias usadas pelos cativos para conseguir algum espaço de liberdade dentro da dominação. Fugas, individuais ou coletivas, apadrinhamentos, paralisação dos trabalhos e revoltas foram alguns dos artifícios instrumentalizados para melhorar a sua condição. Se a negociação não dava certo, atos mais extremos, como a fuga, a revolta coletiva e o assassinato, podiam ser acionados para alcançar o objetivo. Assim, entre a negociação e o conflito, espaços de liberdade foram forjados. (REIS; SILVA, 1989)

Ainda que esses dados não possam ser simplesmente generalizados – sobretudo em relação às áreas agrícolas –, eles servem para demonstrar que muitos escravizados conseguiram construir direitos dentro da dominação escravista, o que foi fundamental para miná-la e impulsionar a abolição no país.

10 Nas palavras de Emilia Viotti da Costa (2010, p. 113): “A violência era um elemento essencial ao sistema escravista. Embora não fosse suficiente para manter os escravos sob controle, sobretudo em uma época em que eles constituíram a grande maioria da população em certas áreas. Por isso, os senhores foram obrigados a inventar outras formas de controle. Procuraram assegurar a fidelidade dos escravos por um sistema de recompensas, entre as quais a promessa de alforria, em caso de bom comportamento”.

11 Na perfeita síntese sobre o resultado dos trabalhos historiográficos, diz Beatriz Mamigonian (2013, p. 395): “Já não há mais uma ‘escravidão, mas muitas, já não há mais ‘liberdade’ absoluta’, mas formas de viver em liberdade, de direito e/ou de fato”.

Dentre as esferas de resistência ao domínio senhorial, pode-se destacar aquela realizada no Poder Judiciário, particularmente por meio das ações de liberdade. Com efeito, estudos historiográficos feitos em localidades distintas apontam uma procura constante pelas instituições judiciárias e policiais ao longo do século XIX, sobretudo a partir da década de 1870.

A pretensão mais significativa colocada ao Poder Judiciário pelos escravizados era através das ações de liberdade. Ação de liberdade é o nome que se dava ao processo através do qual os cativos demandavam em juízo a concessão da liberdade, à revelia dos pretensos senhores, réus da ação.

Em virtude da incapacidade civil (WHELING, 2008), ao escravizado que pleiteava em juízo era nomeado um curador para que este defendesse os seus interesses no curso do procedimento. Do mesmo modo, nomeava-se um depositário que “cuidaria” do cativo durante o processo, de modo a evitar que o libertando trabalhasse para aquele a quem se imputava a escravização ilegal, bem como impedir que o pretense senhor o castigasse como represália à sua insubordinação.¹²

Com efeito, durante todo o século XIX, podem ser encontradas ações de liberdade movidas por escravizados que, individual ou coletivamente, enfrentavam os senhores nas instituições judiciárias.

Derrubando mitos da historiografia que enxergava no Poder Judiciário, única e exclusivamente, o garante da propriedade escrava, muitos historiadores mostraram que esse poder podia ser um profícuo palco de lutas, em que, muitas vezes, os cativos saíam ganhando. Não é à toa que haja expressivo número de ações espalhadas nos arquivos públicos do país.¹³

De fato, Grinberg encontrou, no Tribunal de Relação do Rio de Janeiro, a soma de 380 processos de liberdade, dos quais quase metade terminou em favor do escravizado. (GRINBERG, 2008) Considerando que a autora só consultou os litígios que passaram pelo duplo grau de jurisdição, é plausível pensar que o número é ainda maior, já que existem aqueles em que não se chegou à fase recursal.

12 Explicando o depósito, dizia Perdigão Malheiro (1976, v. 2, p. 101): “uma providência costuma preceder a propositura dessas ações de que tratamos; é o depósito do indivíduo em poder de pessoa idônea, à semelhança do depósito da mulher casada em ação de divórcio, ou nulidade do matrimônio; e isto a bem da segurança do mesmo, e da liberdade de sua defesa - Tal depósito não é necessário, quando ele se acha na posse de estado de pessoa livre”.

13 Conforme Elciene Azevedo (2010, p. 85): “O certo é que, do contato entre a experiência e a ação de escravos que buscaram na Justiça a intervenção pública para resolução de seus conflitos com os senhores, e o saber jurídico de juizes, promotores, delegados ou advogados que legitimaram suas demandas, a Justiça se solidificava como campo de luta cada vez mais eficaz”.

Na Bahia, Ricardo Tadeu Caires constatou a existência de cerca de 400 ações cíveis de liberdade, com grande maioria espalhada pelo interior do Estado, destacando que – ao comparar com as notícias veiculadas nos jornais do período – é plausível pensar que muitas sumiram, sendo o número ainda maior. (CAIRES, 2000) Há estudos, ainda, sobre litígios dessa espécie ocorridos na região de Mariana (COTA, 2005), Campinas (ABRAHÃO, 1992; MENDONÇA, 2008) e São Paulo (AZEVEDO, 2010), com certeza existindo outros que não foram objeto de leitura na presente pesquisa.

Efetivamente, as ações demonstram que as instituições judiciárias não eram apenas garantes da propriedade escrava. Ainda que esse poder tenha servido majoritariamente em defesa do *status quo*, podem ser encontradas sentenças em favor dos libertandos (AZEVEDO, 2010; CHALHOUB, 2011; GRINBERG, 2008; MENDONÇA, 2008) mesmo antes da definitiva proibição do tráfico em 1850 e do crescimento do sentimento emancipacionista.¹⁴ O próprio fato de os cativos pleitearem reiteradamente em juízo mostra que, para eles, aquela era uma esfera em que poderiam vencer o senhor.

De toda forma, é possível dizer que as ações de liberdade tinham um fator subversivo: ao demandarem em juízo contra o senhor, forçavam a intervenção do poder público em uma esfera que era considerada privada – a relação senhor-escravo. (CHALHOUB, 2011) Para a lógica de domínio senhorial, essas ações eram extremamente perniciosas, porque desconstruíam a ideia de que o senhor era o único detentor do poder de alforriar. Com o advento da Lei do Ventre Livre, esse aspecto importante das ações veio a se acentuar.

Nos estudos que fizemos no Arquivo Público do Estado da Bahia, encontramos 24 demandas dessa espécie, já desconsiderando duas repetidas e outras às quais não tivemos acesso. Ricardo Tadeu Caires (2000), em seu trabalho sobre as demandas na Província da Bahia, relatou existirem cerca de 40 ações na capital, destacando que – em cotejo com os jornais e relatos da época – o número devia ser muito maior.

Independentemente de detalhes numéricos, o fato é que muitos cativos que moravam na Cidade da Bahia ajuizaram ações de liberdade, sendo que, na Associa-

¹⁴ Emancipacionista era aquele que não defendia uma abolição imediata, mas sim a emancipação gradual do escravismo.

ção dos Procuradores do Estado da Bahia (Apeb), a primeira data é de 1813, apesar de a maioria ter sido movida da década de 1870 em diante.

São demandas heterogêneas, com fundamentos jurídicos distintos, mas que mostram que alguns escravizados utilizaram o Judiciário como meio para conseguir a liberdade, bem como que estavam atentos às transformações históricas pelas quais a sociedade imperial passava.

A Lei do Ventre Livre, por exemplo, permitia a formação do pecúlio e a compra da liberdade. Em certos casos de discórdia entre o senhor e o escravizado quanto ao valor, o último ajuizava ação de liberdade para ocorrer o arbitramento, com inúmeras estratégias para baixar o seu preço, causando desgastes na ideologia senhorial. (CHALHOUB, 2011)

Joseli Mendonça (2008) mostra que os desgastes dos processos de arbitramento de liberdade foram tão intensos que, quando da edição da Lei dos Sexagenários em 1885, o Parlamento fez inserir uma tabela dos valores dos escravizados para sepultar os litígios de arbitramento. Como se vê, as ações de liberdade incomodavam os senhores.

O argumento mais subversivo, todavia, estava na alegação da escravização ilegal – desrespeito à lei de 7 de novembro de 1831. Em nossa pesquisa, encontramos nove ações com esse fundamento, mas, como dito, diante do grau de deterioração dos arquivos, o número deve ser substancialmente maior. Relatos da época informam que mais de 200 cativos encontraram a liberdade sob esse fundamento na Cidade da Bahia. (BRITO, 2003; MORAES, 1986)

Em tal demanda, o escravizado dizia que havia sido importado após a Lei Diogo Feijó, de 1831, mas que nunca fora efetivamente aplicada. Ao contrário, o tráfico se incrementou entre 1830 e 1850, ocasionando a escravização ilegal de milhares de africanos. (CHALHOUB, 2012a, p. 245) Assim começam muitas ações de liberdade:

Josefa africana importada depois da lei de 7 de novembro de 1831, como prova com o documento junto, vem requerer a VS^a que se digne considerar livres as suas filhas Oliva, Lydia, Benvinda e Domina e seus netos Judith e Severo filhos de Domina, os quais vivem em cativeiro ilegal no poder de Fabio de Barros Palacio [sic] e D. Mariana [...] Martins Palacio [...] nomeando curador na forma da lei afim de defender ao direito dos mesmos seus filhos e netos.¹⁵

15 APEB, Judiciário, n. 20/697/07.

Esse fundamento foi utilizado pioneiramente por Luiz Gama já na década de 1860 na Província de São Paulo. Aliás, é notável a atuação desse personagem histórico significativo, tendo sido um dos precursores do questionamento da ilegalidade do cativo no Judiciário. (AZEVEDO, 1999, 2010) O argumento da escravização ilegal era extremamente subversivo.

Com os escravizados se revoltando cada vez mais contra o cativo – por meio de fugas, rebeliões, denúncias, assassinatos e processos – e o movimento abolicionista organizado denunciando a ilegitimidade da escravatura, o questionamento da sua legalidade veio a sepultar o último reduto de argumentação escravista: o de que a propriedade privada de escravos era prevista pela lei e, portanto, deveria ser respeitada. Nesse momento da história, em que a ilegalidade também se desnudava, onde se esconderiam os escravistas?

Como se pode perceber, a luta pela liberdade nos tribunais pelos escravizados foi um dos fatores importantes no questionamento da escravidão na segunda metade do século XIX. É importante destacar que ir ao Judiciário não era tarefa fácil: envolvia se desvencilhar das amarras do escravismo, conseguir apoio de livres e libertos, além de correr o risco da retaliação caso a ação de liberdade fosse julgada improcedente. Como se vê, demandava atuação efetiva do escravizado.

Voltando para o caso de Josefa e seus descendentes, citados acima, o juiz Amphiphio Botelho Freire de Carvalho, responsável pela Vara Cível de Salvador, decidiu:

Considerando, portanto, que a A. fora importada com a idade tal, que importa o fato de sua introdução no Brasil, como escrava, na contravenção ao art. 1º da Lei de 7 de novembro de 1831, que declarou livres todos os escravos introduzidos, no país depois desta [...] e durante este cativo ilegal foi que tivera as suas filhas, as Libertandas: Julgo procedente a presente ação para declarar livres as filhas e netos da A. [...] e mando que o cativo ilegal em que se achão [sic], por descenderem de ventre livre, em conformidade com o art. 1º da cit. L. de 1831.¹⁶

Além das ações de liberdade, outras formas de resistência e de luta pela liberdade no Poder Judiciário já foram encontradas pela historiografia. A procura pela polícia

16 APEB, Judiciário, n. 20/697/07.

para reclamar dos castigos físicos, por exemplo, é constatada por alguns historiadores.¹⁷ (AZEVEDO, 2010; CHALHOUB, 2011; LOPES, 2013; NEQUETE, 1981)

Além disso, a partir do momento em que D. Pedro II, orientado pelo Conselho de Estado, passou a comutar reiteradamente a pena de morte prevista na lei de 10 de junho de 1835, editada após a Revolta dos Malês, muitos escravizados passaram a se entregar na polícia após assassinares seus senhores ou feitores da fazenda em que trabalhavam. (AZEVEDO, 2010; PIROLA, 2015) Comentando as decisões de Conselho de Estado sobre o tema, mais uma vez, Chalhoub (2012a, p. 147) aduz que:

O fato é que nos anos seguintes o Conselho de Estado foi formando a convicção de que a ‘celeridade, e ausência de mais algum recurso’ nesses processos de escravos ensejava verdadeiros ‘assassinatos jurídicos’, o que levou os conselheiros a recomendar seguidamente ao imperador que comutasse em galés perpétuas a pena de morte de cativos decorrentes da aplicação da lei de 10 de junho de 1835.

Os escravizados, ao procederem da maneira descrita, mostravam que estavam atentos aos passos do governo imperial, bem como que a submissão escravizada era pior que a vida em galés perpétuas. Além disso, instrumentalizavam as decisões imperiais ao seu favor: libertar-se do escravismo.

Ao trabalhar com essa procura dos escravizados pelas instituições judiciárias, podemos não só ver a atuação política dos escravizados, como também fazer uma história do direito que vá além da legislação. Podemos mostrar como sujeitos históricos específicos forçaram o Judiciário a se posicionar em momentos importantes, contribuindo para a participação de juízes e advogados no processo da abolição.

Assim, é possível mostrar como fazer outra história do direito, diferente da forma como é feita atualmente em manuais e parte dos trabalhos acadêmicos. Com a análise das movimentações de sujeitos históricos específicos, percebemos os limites do discurso jurídico, os embates políticos que envolvem processos judiciais e o modo como os subalternizados influenciam no jogo legislativo e jurisdicional.

No caso específico, a intervenção do Judiciário forçada pelos escravizados foi uma das estratégias importantes para o término da escravidão, porquanto forçou

17 A relevância da atuação dos escravizados em questionar os castigos que sofriam pode ser percebida pelo fato de a elite letrada se debruçar sobre o problema “dos castigos excessivos”. Exemplo disso é o Instituto dos Advogados Brasileiros (IAB), que se reuniu para discussão com participação relevante de figuras da época, como Perdígão Malheiro. (PENA, 2001)

o poder público a invadir a esfera considerada sagrada pelo senhor de escravo: a relação com o escravizado.

Assim, através de ações, questionamentos, fugas, paralisações no trabalho, assassinatos e outras formas de resistência, os escravizados participaram ativamente da luta pela abolição, negando historicamente a pretensão de Joaquim Nabuco citada no início deste tópico. (CHALHOUB, 2011; SALLES, 2013) A lei de 13 de maio de 1888 foi muito mais do que o resultado de um processo legislativo da elite imperial; foi o resultado de muita luta escrava.

Para o estudo dos direitos humanos, a abordagem acima trazida fincada na história social permite a percepção da luta dos subalternizados e a construção que fizeram dos direitos hoje reconhecidos como humanos. Além disso, pode-se perceber o modo como o Judiciário é um espaço de luta possível para aqueles espoliados do discurso jurídico oficial de determinado período histórico. Metodologicamente, o estudo dos direitos humanos tende a ganhar com o uso de fontes primárias e o recorte de períodos históricos específicos.

Considerações finais

No presente artigo, procuramos problematizar o uso tradicional que os juristas têm feito da história, cujas marcas são o anacronismo, o evolucionismo e a legitimação do próprio objeto, no caso, o direito positivo estatal. Assim, é necessária uma virada de perspectiva, já apontada por alguns historiadores do direito, que tenha por base as mudanças na historiografia ocorridas na primeira metade do século XX com o advento da *Écoles des Annales*.

Assim, é possível fazer história do direito que problematize seu próprio objeto, localizando-o historicamente a partir dos sujeitos e processos históricos que caracterizam determinado período. Evitando-se noções generalizantes, pode-se perceber a construção social do direito sob perspectiva histórica. Um direito, assim, contingente, conflitivo e relacional.

Em um contexto preocupante da realidade do ensino jurídico no país – invadido pelo ideário do concurso público e do “sucesso profissional” –, a construção de uma história crítica do direito pode ser um dos aspectos importantes para formar bacharéis mais desconfiados do discurso oficial.

A reflexão sobre a história do direito, inclusive, permite pensar os limites de suas utilizações genéricas em trabalhos acadêmicos em manuais. Afinal, se for para pensar em história, que se pense criticamente em bases epistemológicas bem assentadas. Não se pode mais defender um capítulo histórico como algo imprescindível que acaba por ser banalizado.

No campo dos direitos humanos, as contribuições tendem a ser ainda maiores. A virada historiográfica referida, sobretudo com o advento da história social, ajuda a perceber a luta histórica pelos direitos humanos, com a participação de sujeitos históricos específicos.

Ao abordarmos a luta dos escravizados, pudemos perceber que a abolição foi muito além da lei e do Parlamento. As ações empreendidas pelos escravizados foram decisivas para o sucesso do abolicionismo, sendo que o Poder Judiciário foi um espaço privilegiado de luta, com o questionamento da ilegalidade do escravismo. Assim, pudemos demonstrar uma história social do direito para além das leis: uma história de conflito e de diálogos entre juristas e subalternizados.

Desse modo, tem-se que há um desafio epistemológico que, todavia, abre grandes possibilidades reflexivas para o acadêmico em direito pensar criticamente o discurso jurídico oficial.

Referências

ALBUQUERQUE, Wlamyra R. de. *O jogo da dissimulação: abolição e cidadania negra no Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

ANDRADE, Maria José de Souza. *A mão de obra escrava em Salvador 1811-1860*. São Paulo: Corrupio, 1988.

AZEVEDO, Elciene. *O direito dos escravos: lutas jurídicas e abolicionismo na província de São Paulo*. Campinas, SP: Editora da Unicamp, 2010.

AZEVEDO, Elciene. *Orfeu da carapinha: a trajetória de Luiz Gama na imperial cidade de São Paulo*. Campinas, SP: Editora da Unicamp, 1999.

BANTON, Michel. *A ideia de raça*. Lisboa: Edições 70, 2011.

BRITO, Jailton Lima. *A abolição na Bahia: 1870-1888*. Salvador: CEB, 2003.

- BURKE, Peter. *A Escola dos Annales (1929-1989): a revolução francesa da historiografia*. 2. ed. São Paulo: Editora da Unesp, 2010.
- BURKE, Peter (org.). *A escrita história: novas perspectivas*. 2. ed. São Paulo: Editora da Unesp, 2011.
- CHALHOUB, Sidney. *Visões da liberdade – Uma história das últimas décadas da escravidão na Corte*. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.
- CHALHOUB, Sidney. *A força da escravidão: ilegalidade e costume no Brasil oitocentista*. 1. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2012a.
- CHALHOUB, Sidney. População e sociedade. In: CARVALHO, José Murilo de (coord.). *A construção nacional 1830-1889*. v. 2. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012b.
- CASTRO, Hebe. História Social. In: FLAMARION, Ciro; VAINFAS, Ronaldo (org.). *Domínios da História*. 2. ed. São Paulo: Elsevier, 2011.
- COSTA, Emília Viotti da. *A abolição*. 9. ed. São Paulo: Editora UNESP, 2010.
- COTA, Luiz Gustavo S. *Um direito sagrado – os advogados de Mariana e sua atuação nas ações de liberdade (1871-1888)*. In: SIMPÓSIO NACIONAL DE HISTÓRIA, 23. 2005. Londrina: ANPUH, 2005 Disponível em: http://www.ichs.ufop.br/memorial/trab/h7_1.pdf. Acesso em: 2 abr. 2010.
- FOUCAULT, Michel. *Em defesa da sociedade*. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.
- FRAGA FILHO, Walter. *Encruzilhadas da liberdade: história de escravos e libertos na Bahia (1870-1910)*. Campinas, SP: Editora da Unicamp, 2006.
- GINZBURG, Carlo. *O queijo e os vermes*. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.
- GRECO, Rogério. *Curso de direito penal*. 18. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2016.
- GRINBERG, Keila. *Liberata: a lei da ambiguidade – ações de liberdade da Corte de Apelação do Rio de Janeiro no século XIX*. Rio de Janeiro: Centro Edelstein de Pesquisas Sociais, 2008. Disponível em: <https://doi.org/10.7476/9788599662762>. Acesso em: 14 jan. 2018.
- HEIDEGGER, Martin. *O fim da filosofia e a tarefa do pensamento*. Trad. Ernildo Stein. In: CONFERÊNCIAS E ESCRITOS FILOSÓFICOS. São Paulo: Abril Cultural, 1979.

- HESPANHA, António Manuel. *A história do direito na história social*. Lisboa: Livros Horizonte, 1978.
- HESPANHA, António Manuel. *Cultura jurídica europeia: síntese de um milênio*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005.
- HOBBSAWM, Eric. *Sobre história*. São Paulo: Companhia das letras, 2013.
- KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*. Trad. Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. 12. ed. São Paulo: Perspectiva, 2013.
- LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.
- LARA, Silvia Hunold; MENDONÇA, Joseli Maria Nunes (org.). *Direitos e Justiça no Brasil*. Campinas, SP: Editora Unicamp, 2006.
- LOPES, José Reinaldo de Lima. *O direito na história*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2013.
- MACHADO, Antônio Alberto. *Ensino jurídico e mudança social*. 2. ed. São Paulo: Expressão popular, 2009.
- MALAGUTI, Vera. O positivismo como cultura. Passagens. *Revista Internacional de História Política e Cultura Jurídica*, Rio de Janeiro, v. 8, n. 2, p. 293-307, maio/ago. 2016.
- MALHEIRO, Agostinho Marques Perdigão. *A escravidão no Brasil: ensaio histórico, jurídico social*. 2 v. Rio de Janeiro: Vozes, 1976.
- MAMIGONIAN, Beatriz Gallotti. A liberdade no Brasil oitocentista. *Revista Afroásia*, Salvador, n. 48, p. 395-405, 2013.
- MARX, Karl. *O Capital: crítica da economia política – Livro I: o processo de produção do capital*. São Paulo: Boitempo, 2013.
- MENDONÇA, Joseli Maria Nunes. *Entre a mão e os anéis: a Lei dos Sexagenários e os caminhos da abolição no Brasil*. 2. ed. Campinas, SP: Editora da Unicamp, 2008.
- MIAILLE, Michel. *Uma introdução crítica ao direito*. Lisboa: Moraes Editores, 1979.
- MORAES, Evaristo de. *A campanha abolicionista (1879-1888)*. 2. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1986.
- NABUCO, Joaquim. *Essencial Joaquim Nabuco*. Organização e introdução de Evaldo Cabral de Mello. São Paulo: Penguin, Companhia das Letras, 2010.

NEQUETE, Lenine. *Escravos e magistrados no 2º Reinado: aplicação da Lei n.º 2.040, de 28 de setembro de 1871*. Brasília: Fundação Petrônio Portela, 1988.

NEQUETE, Lenine. As relações entre senhor e escravo no século XIX: o caso da escrava Honorata. *Revista Brasileiras de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, n. 53, 1981.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

OLIVEIRA, Luciano. *Sua excelência o comissário e outros ensaios de Sociologia Jurídica*. Rio de Janeiro: Letra Legal, 2004.

PENA, Eduardo Spiller. *Pajens da casa imperial: jurisconsultos, escravidão e a Lei de 1871*. Campinas, SP: Editora da Unicamp, Centro de Pesquisa em História Social da Cultura, 2001.

PEZZELLA, Maria Cristina. *Propriedade privada no Direito Romano*. Porto Alegre: Antonio Fabris Editor, 1998.

REIS, João José. SILVA, Eduardo. *Negociação e Conflito. A resistência negra no Brasil Escravista*. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.

SABADELL, Ana Lúcia. *Tormenta juris permissione: tortura e processo penal na Península Ibérica (Séculos XVI – XVIII)*. 1. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2006.

SALLES, Ricardo. *Nostalgia imperial: escravidão e formação da identidade nacional no Brasil do Segundo Reinado*. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Ponteio, 2013.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência = For a new common sense: Science, law and politics in the paradigmatic transition*. v. 1. 8. ed. São Paulo: Cortez, 2011.

SHELTON, Dinah L. *International Human Rights Law*. USA: Edgard Elgar Publishing Limited, 2014.

SILVA, Ricardo Tadeu Caires. *Os escravos vão à justiça: a resistência escrava através das ações de liberdade. Bahia, século XIX*. 2000. Dissertação (Mestrado em História) – Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2000.

THOMPSON, Edward Palmer. *Senhores e caçadores: a origem da lei negra*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.

TRINDADE, José Damiano de Lima. *História social dos direitos humanos*. 3. ed. São Paulo: Editora Peirópolis, 2011.

WEHLING, Arno. O escravo ante a lei civil e a lei penal no império (1822-1871). In: WOLKMER, Antonio Carlos (org.). *Fundamentos de história do direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

WOLKMER, Antonio Carlos. *História do direito no Brasil*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

PARTE II
DIREITOS HUMANOS
E POVOS TRADICIONAIS

AS COMUNIDADES TRADICIONAIS QUILOMBOLAS NA PERSPECTIVA DOS DIREITOS HUMANOS

uma análise do Quilombo de São Francisco do Paraguaçu-BA

Alexsandro Pitanga Moraes

Introdução

O Decreto nº 6.040/2007 conceitua as comunidades tradicionais como grupos que reconhecem a cultura diferenciada que possuem, usam os recursos naturais de um território que ocupam e utilizam o conhecimento, as inovações e práticas geradas e transmitidas pela tradição, em sua reprodução cultural, social, religiosa, ancestral e econômica. (BRASIL, 2007, art. 3º, I)¹ Entre os povos e comunidades tradicionais, estão os povos indígenas, os quilombolas, as comunidades de terreiro, os extrativistas, os ribeirinhos, os caboclos, dentre outros. (ROCHA, 2015)

As comunidades tradicionais quilombolas correspondem, segundo o Decreto nº 4.887/2003, aos grupos étnico-raciais que possuem autoatribuição, trajetória histórica própria, relações territoriais específicas e “presunção de ancestralidade negra relacionada à opressão histórica sofrida”.²

1 Artigo 3º, inciso I, do Decreto nº 6.040/2007, que institui a Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2003/D4887.htm. Acesso em: 7 set. 2019.

2 Artigo 2º, Decreto nº 4.887/2003, que regulamenta o procedimento para identificação, reconhecimento, delimitação, demarcação e titulação das terras ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilom-

Contudo, ainda que o Brasil disponha de dispositivos normativos constitucionais e infraconstitucionais que amparem as comunidades tradicionais, com destaque para as comunidades tradicionais quilombolas – objeto deste estudo –, ainda são incipientes as conquistas que esses grupos têm garantidas.

Além das raras conquistas, são constantes os desrespeitos e as violações aos direitos humanos, a exemplo da comunidade de Quilombo de São Francisco do Paraguaçu, localizada no município de Cachoeira, estado da Bahia. Dentro dessa perspectiva, o objetivo deste artigo é analisar as garantias normativas, no âmbito dos direitos humanos, para as comunidades tradicionais quilombolas, com foco no Quilombo de São Francisco do Paraguaçu.

Especificamente, os objetivos foram sendo delineados na medida em que as seções foram sendo construídas. Assim, na primeira seção, faz-se uma conceituação das comunidades tradicionais; na segunda, apontam-se as proteções normativas dos povos e comunidades tradicionais quilombolas; na terceira, situa-se a comunidade do Quilombo do São Francisco do Paraguaçu; e, no quarto e último, averiguam-se os conflitos em torno da comunidade do Quilombo de São Francisco do Paraguaçu e as violações aos direitos humanos.

Além das normas e doutrina inerentes à temática em estudo, foi utilizado como fonte principal de pesquisa o *Relatório antropológico do Quilombo de São Francisco do Paraguaçu*, solicitado pelo Serviço de Regularização de Territórios Quilombolas, Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária (Incra), e publicado pela antropóloga Camila Dutervil.

No relatório, encontram-se vários relatos dos quilombolas. Assim, foram utilizados esses relatos, através da metodologia da descrição densa de Clifford Geertz, para compreender os conflitos entre os quilombolas e os fazendeiros locais.

O método da descrição densa de Clifford Geertz (1978) busca não apenas os dados brutos, mas entender as ações das pessoas e seus significados. Nessa acepção, não foi feita uma análise etnográfica no campo; contudo, o relatório antropológico nos permitiu entender os signos e os sinais de transmissão dos significados. Em outras palavras, permitiu-nos explicar com base nas explicações, interpretar com base nas interpretações.

bos de que trata o artigo 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2003/d4887.htm. Acesso em: 6 abr. 2017.

As comunidades tradicionais seus conceitos

A definição de comunidades tradicionais tem um caráter abrangente. Contudo, existem regras específicas para sua caracterização. A noção de coletividade e modos de vida representa elementos essenciais para especificação desses grupos. O contato direto com o território e seus recursos naturais irá designar a noção de lugar geográfico desses povos, sendo fundamental a preservação do lugar para manutenção dos modos de viver.

Ademais, a limitação de espaço do território não pode ser singularizada por uma uniformidade estrutural, uma vez que diferentes povos demandam análises particularizadas de suas diferenças. Assim, ainda que esses povos quilombolas vivam em lugares delimitados, essa delimitação não pode ser fechada, já que ações exteriores podem causar prejuízos ao hábitat natural, a exemplo do desvio ou poluição de um rio, afetando, assim, a base mantedora de um determinado grupo.

A territorialidade não é a única instância que liga as comunidades tradicionais – existe o vínculo cultural e espiritual. A construção histórico-social desses povos carrega na memória e na identidade suas bases específicas. Os laços espirituais estão atados com os ancestrais, vivos ou mortos, carnisais ou espirituais. Assim, não é possível a realocação desses grupos, pois, mesmo com recursos naturais semelhantes, efeitos culturais e espirituais podem ser causados. Assim, é preciso compreender a existência de uma etnicidade entre esses grupos, no sentido de que existe um processo de construção e compartilhamento de representações de ancestralidade e cultura.

É bem verdade que o conceito de etnicidade possui significados variáveis, que se alteram de acordo com os diferentes momentos e fenômenos em que é estudado. Apesar disso, é compreensivo que a etnicidade representa um fenômeno essencialmente social, produzido e reproduzido ao longo do tempo. É um atributo em que os membros de um grupo passam a se identificar. Muitos enxergam em sua etnia parte significativa de sua própria identidade. (POUTIGNAT; STREIFFE-FENART, 2011)

Na visão de Barth, os grupos étnicos “não são considerados como grupos concretos, mas como tipos de organização baseados na consignação e na autoatribuição dos indivíduos a categorias étnicas”. (POUTIGNAT; STREIFFE-FENART, 1998, p. 112)

Assim sendo, a interpenetração e a interdependência entre os grupos não devem ser vistas como dispersões das identidades étnicas, mas como as condições de sua perpetuação.

Barth entende que as fronteiras étnicas perduram apesar do fluxo das pessoas que as atravessam e que as relações frequentemente de uma importância vital são mantidas através dessas fronteiras, e a “persistência de grupos étnicos em contato implica [...] igualmente uma estruturação de interação que permite a persistência das diferenças culturais”. (POUTIGNAT; STREIFFE-FENART, 1998, p. 196) Nesse sentido, é a fronteira étnica que traz a definição e diferenciação entre grupos (ROCHA, 2015, p. 17), o que Roberto Cardoso de Oliveira (2006, p. 90) chama de “a interação entre os grupos operando no interior e contextos sociais comuns”. Dessa maneira, a compreensão das comunidades tradicionais perpassa pela compreensão das fronteiras étnicas em que estão envolvidos esses grupos.

As comunidades quilombolas, por exemplo, passaram por algumas interferências sociais, tanto negativas como positivas, que, de certa forma, mudaram seus respectivos cotidianos. Contudo, a verdadeira essência de sua cultura, até presente momento, continua sendo mantida, fato que denota extrema importância da preservação dessas aldeias como meio de permitir o conhecimento e reconhecimento da ancestralidade e das tradições do povo brasileiro.

Proteção normativa das comunidades tradicionais quilombolas

As comunidades tradicionais quilombolas comumente são estabelecidas por afrodescendentes, que se constituem em torno de suas relações com a terra, o parentesco, as tradições e as manifestações culturais próprias. Historicamente, formaram-se a partir do século XVI, como uma forma de resistência, através das fugas de negros que se rebelavam contra a escravidão.

De acordo com informações da Fundação Palmares e da Secretaria de Políticas de Promoção da Igualdade Racial, atualmente, foram emitidas 3.271 certificações para as comunidades quilombolas.³

A Constituição de 1988, no artigo 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, assegurou a essas comunidades quilombolas a propriedade de suas terras e, em 2003, o Decreto Federal nº 4.487 regulamentou a identificação, o reconhecimento, a delimitação, a demarcação e a titulação desses territórios.

3 FUNDAÇÃO CULTURAL PALMARES. Disponível em: http://www.palmares.gov.br/?page_id=95. Acesso em: 7 set. 2019.

Conforme o artigo 2º do Decreto nº 4.887/2003:

consideram-se remanescentes das comunidades dos quilombos, para os fins deste Decreto, os grupos étnico-raciais, segundo critérios de autoatribuição, com trajetória histórica própria, dotados de relações territoriais específicas, com presunção de ancestralidade negra relacionada com a resistência à opressão histórica sofrida.

Portanto, para o procedimento de reconhecimento,⁴ é preciso a autodefinição do “remanescente de quilombo”. O amparo legal é dado pela Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), cujas determinações foram incorporadas à legislação brasileira pelo Decreto nº 4.887/2003. A Fundação Cultural Palmares tem a responsabilidade de emitir a certidão de autorreconhecimento da comunidade remanescente de quilombo. O Incra⁵ é a autarquia federal competente pela titulação dos territórios quilombolas, lembrando que a titulação quilombola “é marcada por uma forma jurídica nova denominada propriedade coletiva. Esta forma possui características diferenciadas da propriedade privada”. (ROCHA, 2015, p. 14)

Vale salientar que o critério do Decreto nº 4.887/2003 é o mesmo da OIT na Convenção nº 169 sobre povos indígenas e tribais. Na condição de ser ratificada pelo Brasil, a convenção ganhou força de lei.

Embora a convenção, em sua denominação, verse sobre os povos indígenas, sua extensão engloba outros povos: “em princípio sua abrangência é definida para os povos indígenas e quilombolas, ambos reconhecidos como minorias étnicas no Estado Brasileiro”. (ROCHA, 2015, p. 14) Portanto, ela representa, dentro do âmbito nacional e internacional, o documento primordial para proteção dos direitos de povos e comunidades tradicionais.

Dentre várias justificativas de sua importância, merece destaque a definição de três critérios de identificação dos grupos aos quais ela se aplica:

4 O procedimento de regularização, segundo o Incra, passa por sete fases: 1. na fase inicial, ocorre a abertura do processo no Incra para o reconhecimento do território; 2. elabora-se e publica-se um Relatório Técnico de Identificação Delimitação (RTID); 3. analisa-se e julga-se o recurso do RTID; 4. publica-se a portaria que declara o reconhecimento, delimitando o território; 5. elabora-se e publica-se o decreto presidencial que autoriza a desapropriação privada e o encaminhamento a entes públicos que tenham a posse; 6. na fase da desinstituição, notificam-se e retiram-se os ocupantes; 7. emite-se o título de propriedade coletiva para a comunidade. Disponível em: <http://www.incra.gov.br/estrutura-fundiaria/quilombolas>. Acesso em: 6 abr. 2019.

5 O Incra publicou a Instrução Normativa Incra nº 57/2009 estabelecendo os procedimentos para identificação e titulação das terras de quilombo. Disponível em: <http://www.palmares.gov.br/wp-content/uploads/2010/11/legis12.pdf>. Acesso em: 7 set. 2019.

1) a existência de condições sociais, culturais e econômicas diferentes de outros setores da sociedade nacional; 2) a organização social regida total ou parcialmente por regras e tradições próprias; 3) a autoidentificação, ou seja, a consciência que o grupo social tem de sua identidade tribal.

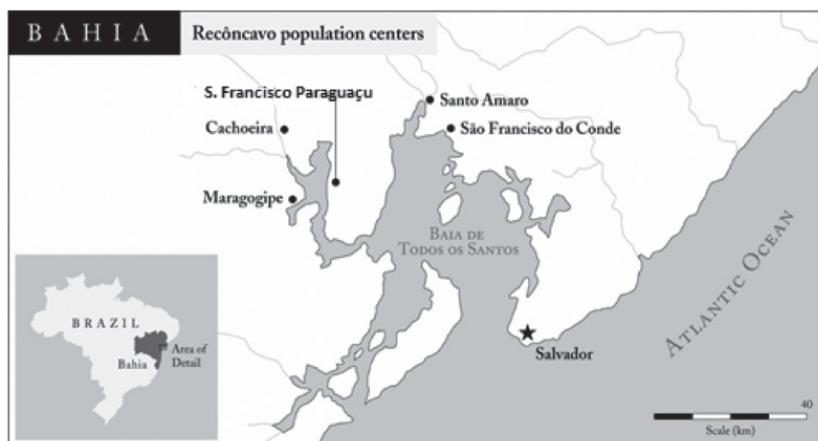
O artigo 13 da Convenção nº 169 dispõe sobre a importância do respeito governamental à cultura e aos valores espirituais dos povos interessados com as terras ou territórios que utilizam e tradicionalmente ocupam, particularmente, os aspectos coletivos dessa relação.

Sobre o território, o artigo 14 da Convenção nº 169 diz respeito ao direito de obrigação de reconhecer, para esses povos, o direito de propriedade e de posse sobre as terras que tradicionalmente ocupam, indicando que esse acesso pode ser caracterizado pelas atividades tradicionais e de subsistência.

O local geo-histórico da comunidade de São Francisco do Paraguaçu

A comunidade de São Francisco do Paraguaçu está localizada no Recôncavo Baiano, município de Cachoeira, precisamente na Baía do Iguape, juntamente com mais de uma dezena de comunidades remanescentes de quilombo.

Figura 1 – Mapa da Baía de Todos os Santos e Baía do Iguape



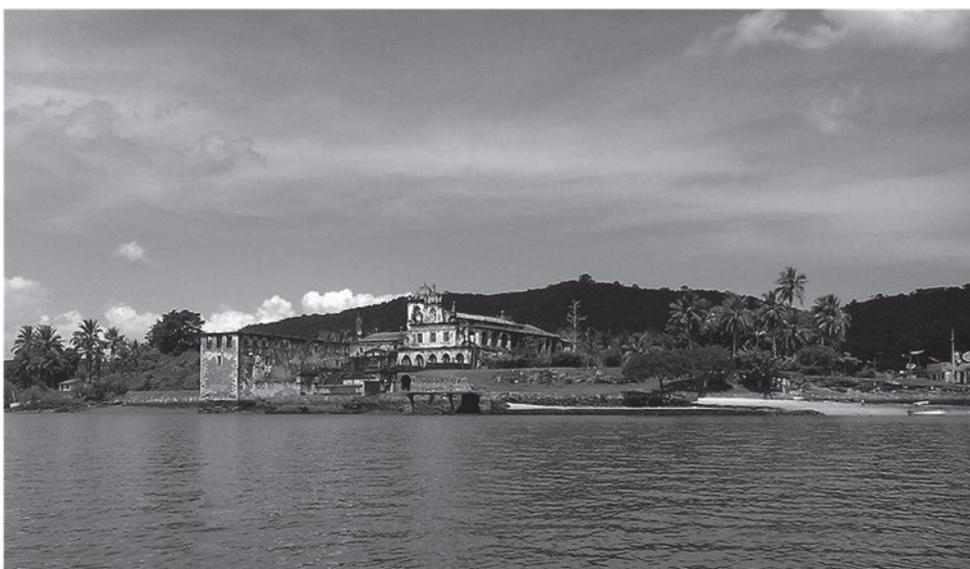
Fonte: http://www.mappingbahia.org/project/wp-content/uploads/2010/07/Reconcavo_Map.jpg.

Situada no distrito do Iguape, a vila de São Francisco do Paraguaçu está às margens do lagamar do Iguape, formado por um braço de mar da Baía de Todos os Santos, que mistura as suas águas com as do Rio Paraguaçu.⁶ (NAVARRO, 2005)

Os índios maracás habitavam a região do Vale do Iguape quando ocorreu a invasão portuguesa. Com a expulsão dos índios, implantou-se o sistema agrícola colonial, favorecido pela proximidade do Rio Paraguaçu com a Baía de Todos os Santos.

D. Álvaro da Costa, filho do governador Duarte da Costa, foi o primeiro português a ser dono dessas terras, como parte da Capitania do Paraguaçu (ou Recôncavo). O destaque da produção agrícola era a cana-de-açúcar. Os senhores de engenho construíram senzalas, igrejas e residências.

Figura 2 – Igreja e Convento de Santo Antônio do Paraguaçu



Disponível em: https://pt.wikipedia.org/wiki/FicheiroFrancisco_do_Paragua%C3%A7u.jpg. Acesso em: 5 abr. 2017.

Como demonstra a foto acima, ainda é possível encontrar as ruínas do Convento de Santo Antônio, construído entre 1658 e 1686, tombado pelo Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (Iphan). A origem da comunidade de São Francisco do Paraguaçu remonta à época da construção desse convento, que marcou o desenvolvimento do vilarejo. (DUTERVIL, 2007, p. 21)

6 A palavra “paraguaçu” tem origem na língua tupi e significa “grande mar” ou “grande rio”, através da junção dos termos “pará” (mar, grande rio) e “gûasu” (grande).

A ocupação do lagamar do Iguape começou desde o século XVI. Ao longo da foz do Rio Paraguaçu e em todo o circuito do Recôncavo, foram instalados muitos engenhos de açúcar, que utilizavam mão de obra escrava no sistema de produção. (FONSECA, 1997 apud DUTERVIL, 2007, p. 21)

Nas palavras de Vilhena (1969 apud DUTERVIL, 2007, p. 21), o Iguape era descrito como:

[...] uma légua de terra em quadro rodeada toda de montes, na qual se acham levantados catorze engenhos, tanto de água, como cavalos, os quais botam os seus matos, e baldios para diversos ramos, pela extensão de duas, três ou mais léguas. Além dos engenhos há mais naquele admirável torrão, todo de massapés legítimos, diferentes fazendas desobrigadas dos engenhos e é tal sua natureza para a produção da cana [...] que apesar da antigüidade daquelas propriedades, e da irregularidade da sua cultura, são os senhores de engenho de Iguape os mais opulentos, e seu açúcar reputado sempre pelo melhor de todo o Recôncavo.

A demanda de açúcar no mercado europeu contribuiu para o desenvolvimento da região, visto que o Rio Paraguaçu era entreposto comercial para escoamento da produção para capital baiana. Essa situação colocou a Vila de Cachoeira como segunda colocada em importância econômica na Bahia.

Com a intensificação da economia, ocorreu também a intensificação da ocupação populacional. A mão de obra negra escravocrata não chegava à região para servir e atender aos interesses econômicos apenas da indústria açucareira, mas também da produção de fumo para fabricação do tabaco.

Fugas e rebeliões de escravos eram comuns e contribuíram para a formação dos primeiros quilombos da região. “As rebeliões de escravos na região dos engenhos localizados no Vale do Iguape instalavam o pânico entre os senhores de engenhos e demais autoridades da época”. (VILHENA, 1969 apud DUTERVIL, 2007, p. 21)

A partir do século XIX com a modernização da indústria açucareira, a criação de grandes moinhos centrais e a absorção das terras pelos latifundiários, ocorreu a retração da cultura canavieira, acentuando a miséria na região do Recôncavo Baiano. (SCHWARTZ, 1988, p. 135)

Na área rural, a retração da cultura canavieira favoreceu o aumento da população aquilombada, que passou a se concentrar principalmente nas proximidades dos engenhos que foram abandonados. Com o passar do tempo, a condição de

exclusão socioeconômica perdurava, mesmo para os libertos, uma vez que a região da Bacia do Iguape era comandada por ex-senhores de escravos e seus descendentes. (DUTERVIL, 2007, p. 18)

Até hoje, convivem na comunidade de São Francisco do Paraguaçu famílias são-franciscanas. De acordo com os dados do *Relatório Antropológico de São Francisco do Paraguaçu*, publicado em 2007, acredita-se que existiam aproximadamente 300 famílias vivendo da agricultura de subsistência, da pesca, da coleta de marisco e do extrativismo da piaçava. O acesso à Vila de São Francisco pode ser feito por estradas de rodagem ou por via marítimo-fluvial. Pela via terrestre, o vilarejo dista 110 km de Salvador. O acesso a comunidade dá-se pela BR-324 até o entroncamento que dá acesso à BA-001, que liga o município de Santo Amaro ao município de Cachoeira. (DUTERVIL, 2007, p. 11)

As comunidades quilombolas da região se articulam no Conselho Quilombola do Vale e Bacia do Iguape para lutar pelo direito à terra e ter acesso aos serviços públicos. O conselho, integrado por 11 comunidades, conta com a parceria de organizações não governamentais, tais como a Comissão Justiça e Paz da Arquidiocese de Salvador, a Comissão Pastoral dos Pescadores e a Associação de Advogados de Trabalhadores Rurais no Estado da Bahia.

Como resultado dessa luta, os quilombolas conseguiram, no Incra, iniciar o processo de titulação de diversos territórios quilombolas da região. Em outubro de 2006, as terras das comunidades Dendê, Engenho da Praia, Engenho da Ponte, Calemba, Caonge, Caimbongo Velho, Imbiriá, Calolé e Tombo eram alvo de processo de regularização pelo Incra.

No entanto, a possibilidade de regularização dos territórios quilombolas tem trazido para região alguns conflitos com fazendeiros. Em São Francisco do Paraguaçu, a resistência da elite fazendeira local, desrespeitando o direito das comunidades tradicionais, vem se traduzindo em investidas violentas contra os comunitários.

O Quilombo de São Francisco do Paraguaçu e as violações dos direitos humanos

A comunidade recebeu a certidão de autorreconhecimento da Fundação Cultural Palmares em 17 de junho de 2005 e, no mesmo ano, fundou a Associação dos

Remanescentes do Quilombo São Francisco do Paraguaçu – Boqueirão, que reivindicou ao Incra a regularização fundiária do território quilombola.

Frente à demanda territorial dos quilombolas de São Francisco do Paraguaçu, entre 2006 e 2007, fazendeiros ingressaram na Justiça Estadual e, posteriormente, na Justiça Federal quatro ações de reintegração de posse contra líderes comunitários e contra a associação, numa tentativa de reaver terras em posse dos quilombolas.

Nesse ínterim, o Incra solicitou um relatório antropológico da comunidade de São Francisco do Paraguaçu. No processo de elaboração desse relatório técnico de identificação e delimitação, foi formada uma equipe multidisciplinar composta por uma antropóloga, três agrônomos e dois analistas. Através de um trabalho etnográfico, baseado na tradição oral e na narrativa memorial, a pesquisa antropológica, por meio do trabalho de campo, da metodologia da observação participante e, ainda, através de técnicas próprias da antropologia sobre os usos que o grupo faz de seu território, buscou descrever os percursos e as experiências das memórias orais dos grupos, expondo fatos que não foram documentados em instituições como cartórios e bibliotecas.

A partir das narrativas das trajetórias de vida dos povos vinculados à terra, foi elaborada uma versão final do território imaginado.

Nas observações de Camila Dutervil, antropóloga membro da equipe técnica do Incra, os quilombolas da comunidade de São Francisco do Paraguaçu afirmam terem sido objeto de diversas ameaças:

[...] Destruição de roças, de barracos e da sede da associação; invasões de residência pela polícia; restrições ao trânsito dos comunitários; ameaças de morte e perseguições armadas, e em vários desses atos os fazendeiros contaram com a colaboração de agentes públicos e policiais militares. (DUTERVIL, 2007, p. 29)

Outrossim, além das violações citadas, outras atividades foram devidamente registradas, de forma a permitir o resgate da história oral daquela comunidade. A narrativa memorial elaborada coletivamente é um dos elementos-chave para compreensão dos grupos quilombolas. Nesse sentido, como bem aponta Camila Durtervil (2007, p. 8), é preciso descongelar o conceito de quilombo, transformando-o numa realidade viva.

A comunidade de São Francisco do Paraguaçu teve violados seus direitos humanos após o processo de reconhecimento como quilombolas. Foram praticados atos

de violência e de abuso de poder perpetrados por fazendeiros e policiais militares contratados pelos latifundiários.

Segundo os diversos depoimentos publicados no relatório antropológico da comunidade de São Francisco do Paraguaçu, as arbitrariedades e violências, de ordem física e simbólica, exigem uma intervenção governamental urgente, no sentido de promover medidas concretas que protejam os direitos individuais e coletivos dos membros da comunidade.

Do exposto no relatório, foi possível selecionar algumas transcrições de depoimentos que indicam graves violações dos direitos humanos.

Primeiramente, é constatável que a comunidade de São Francisco do Paraguaçu está ameaçada de desestruturação social e cultural. Nas palavras de Roseni Santana, integrante comprometida com o pleito e que cursou Reflorestamento, não é possível uma organização que promova a garantia de direitos dos quilombolas. Os fazendeiros tentam desestruturar a comunidade para que sejam negados seus valores, sua ancestralidade, sua reminiscência quilombola.

Quando começamos a nos organizar, a reivindicar nossos direitos de quilombolas, a repressão aumentou...

Depois que recebemos a certificação, começamos a ser perseguidos. Em 2006, fazendeiros da região acabaram com as nossas roças de feijão, milho, mandioca e coentro. Não tivemos o que colher. Eles querem que a gente negue as nossas origens. Querem que a gente não se afirme enquanto negro e quilombola.

A gente não tá invadindo, a gente e os nossos ancestrais sempre utilizaram, hoje em dia eles não querem que meu filho, meu neto tenha terra para plantar, e venha para cidade se marginalizar? Isso não é certo!!! O lugar de quilombola é em quilombo! (ROSENI)⁷

Uma das ações de reintegração de posse referidas fazia solicitação para desfazer as ocupações. A questão é que a área em litígio na justiça incide sobre o povoado onde residem famílias quilombolas. Desconstituir as habitações tradicionais da comunidade implicaria um impacto sociocultural irreparável. Ademais, “se um grupo conserva sua identidade quando os membros interagem com os outros, isso implica critérios para determinar a presença e meios para tornar manifesta a presença e a exclusão social”. (POUTIGNAT; STREIFFE-FENART, 2011, p. 195) Por-

7 Entrevista presente na obra de Duterville (2006, p. 29).

tanto, Roseni fortalece a perspectiva quilombola quando deixa claro que “lugar de quilombola é em quilombo”.

Desde 2006, a comunidade foi surpreendida com a presença de jagunços e policiais à paisana pagos pelos fazendeiros. Nos depoimentos, os moradores relatam as graves agressões físicas, a vigilância ostensiva e o tratamento desumano a que são submetidos por meio das ações de militares, configurando, assim, violações graves aos direitos humanos. Nos dizeres de Da Mata, que é piaçabeiro, e Dona Maria Xandinha, marisqueira mais idosa de São Francisco, percebe-se a violência psicológica e física contra alguns moradores.

Vieram à paisana, não vieram fardados, as mulheres caíram para cima deles, vieram bem armados escopeta, fuzil metralhadora tudo a segunda vez vieram com sete viaturas e um caminhão, derrubaram o barracão lá em cima, tiraram tudo e chegaram procurando seu Altino. (Da Mata)⁸

Ele não é marginal tá lutando por seu direito para plantar e dar comida à seus filhos. (XANDINHA)⁹

Pedro Gomes,¹⁰ diretor da escola da comunidade e profundo estudioso da história do Recôncavo Baiano, ressalta que nem plantações eram respeitadas:

As batidas da polícia, aqui da primeira vez com trinta e da segunda com quase cinquenta, ofendendo as pessoas, agredindo as pessoas, destruindo as plantações, nada disso nos desestimulou, pelo contrário, só fizeram a gente acreditar mais ainda que estávamos no caminho certo. Isso mostrou a força que a gente tem. Pois se tínhamos conseguido incomodar os grandões, estávamos agindo da maneira correta.

Além das tentativas de impedimento das plantações, o relato de Dona Maria Xandinha¹¹ aponta para tentativa de impedir o direito ao trabalho:

Uma manhã que eu tava plantando manaíba, o empregado vinha arrancando e jogando pra trás, eu plantando e ele jogando pra tras. Aí o pessoal gritava assim: Maria, Maria, deixa essa manaíba pelo

8 Entrevista presente na obra de Dutervil (2006).

9 Entrevista presente na obra de Dutervil (2006, p. 30).

10 Entrevista presente na obra de Dutervil (2006, p. 31).

11 Entrevista presente na obra de Dutervil (2006, p. 31).

amor de Deus, não plante mais nada não que esse homem vai acabar fazendo uma disgrama com você. E eu tranqüilinha plantando a minha manaíba, eu plantando e eles atrás arrancando, eu plantando e eles atrás arrancando.

A não garantia da terra e o impedimento ao trabalho representam para esses grupos a impossibilidade de autossustento e o direito que tem todo homem e mulher ao “trabalho, à livre escolha de emprego, a condições justas e favoráveis de trabalho e à proteção contra o desemprego”, como assim assegura o inciso I do artigo 23 da *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. (NAÇÕES UNIDAS, 2009)

Percebe-se que existe uma violência física e simbólica em desrespeito aos direitos humanos. Nesse sentido, é digno o conceito de campo jurídico de Pierre Bourdieu (1989, p. 209-255), que percebe a existência de um campo de disputa de poder, de privilégios, em que as normas jurídicas adotadas e suas interpretações estão em disputas, razões pelas quais a lei tem interpretações diversas. Ademais, “o campo jurídico pode ser compreendido como o espaço cuja função fundamental é dizer o direito de cada indivíduo ou coletividade”. (ROCHA, 2015, p. 24)

Dona Maria das Dores¹², que trabalha como marisqueira, pescadora, lavradora, parteira e rezadeira, deixa expressa a intenção que têm os fazendeiros de violar do direito ao desenvolvimento sustentável:

A gente trabalha de manhã pra comer de tarde, e trabalha de tarde pra comer de noite. Não pode ter cerca no mato, porque no mato se tira a estopa, se tira piaçava, se tira palha de licuri para fazer esteira que vai pra casa de meus senhores, são os negros que trabalham pros brancos, os negros que trabalham pros ricos, porque os ricos têm dinheiro e os negros não têm, os pobres têm é trabalho! Nós somos quilombolas, pescadores, piaçabeiros, estopeiros, todos somos quilombolas!

Percebe-se, na fala de Dona Maria das Dores, a impossibilidade de exercer atividades de subsistência e a relação com o meio ambiente. Tradicionalmente, existe uma relação histórica com quem ocupa a terra – trata-se de uma “territorialidade específica dada a relação e significado dado a terra pelas comunidades quilombolas”. (FERNANDES, 2015, p. 93) Nas terras, mantinham roçados de subsistência, criação de animais, extrativismo da piaçava, pesca e coleta de mariscos. Contudo,

12 Entrevista presente na obra de Dutervil (2006, p. 33).

por muitas vezes, a comunidade foi proibida de plantar e roçar as terras em que vivem, vivendo apenas do extrativismo, da pesca e da mariscagem. Como bem salienta Roseni¹³, existe uma violação diretamente à soberania alimentar:

Depois que recebemos a certificação, começamos a ser perseguidos. Em 2006, fazendeiros da região acabaram com as nossas roças de feijão, milho, mandioca e coentro. Não tivemos o que colher. Eles querem que a gente negue as nossas origens. Querem que a gente não se afirme enquanto negro e quilombola.

A soberania alimentar para o ser humano e sua família é garantida no âmbito externo dos direitos humanos através do *Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais* (Pidesc), de 1966, ao qual o Brasil aceitou sem reservas e considerou plenamente aplicável, de acordo com o Decreto Federal nº 591, estabelece em seu artigo 11, parágrafo 1º, que:

Os Estados partes presentes ao Pacto reconhecem o direito de todos a ter um adequado padrão de vida para si e sua família, incluindo adequada alimentação, vestuário e moradia, e a contínua melhoria de suas condições de vida. Os Estados partes adotarão as medidas adequadas para a realização deste direito reconhecendo, para este efeito, a importância essencial da cooperação internacional baseada no livre consentimento. (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS [ONU], 1966)

Segundo o relatório, os fazendeiros buscaram apoio da mídia televisiva, através da Rede Globo, para fundamentar as suas ações. Inclusive, informa o relatório que a emissora TV Bahia divulgou que a comunidade quilombola praticou crime ambiental, justificando ser esta a responsável pelo desmatamento de uma área de proteção ambiental da Mata Atlântica. Ocorre que os quilombolas justificaram que a área filmada pela emissora não corresponde ao território pretendido pelos mesmos e que a pessoa filmada degradando a mata não é moradora da comunidade, nem se identifica como quilombola.

Nas palavras de Dona Maria das Dores¹⁴:

13 Entrevista presente na obra de Dutervil (2006, p. 29).

14 Entrevista presente na obra de Dutervil (2006, p. 26).

Não queremos a Rede Globo, eles cortaram todas as entrevistas que nós demos, nada disso não passou na televisão aquilo foi uma entrevista falsa, a nossa população não tá mais acreditando na Rede Globo. Disseram que a princesa Isabel deu liberdade, que nada disso: eu tou vendo é a ingratidão, a escravidão cada dia que passa aumentando mais.

Os depoimentos transcritos, reveladores das transgressões das normas jurídicas, podem ser reinterpretados para perceber a violação ao direito à liberdade, a ofensa contra o direito de não ser discriminado e o desrespeito à liberdade de expressão em suas variadas facetas. As falas dos quilombolas revelam o direito de resistência, que pode ser compreendido “como uma autêntica oposição de um povo as regras formais esmagadoras que não correspondem as reais aspirações de uma coletividade [...]”. (SANTOS, 2016, p. 64)

Diante do exposto, é possível perceber a violação de diversos direitos humanos conquistados ao longo do tempo, a começar pela violação do direito à dignidade da pessoa humana, vez que todo ser humano – pelo simples fato de ser humano – precisa e deve ser respeitado. Nas palavras de André de Carvalho Ramos (2017, p. 75), a dignidade da pessoa humana representa uma “qualidade intrínseca” que precisa ser protegida “contra todo tratamento degradante e discriminação odiosa, bem como assegura condições mínimas de sobrevivência”. Do exposto, é possível deduzir que a terra e a natureza, para quilombolas do São Francisco do Paraguaçu, representam condições mínimas para sobrevivência da comunidade, fato a partir do qual se conclui – inclusive pelo fato de serem discriminados e desrespeitados pelo uso de suas práticas culturais – que houve violação ao princípio da dignidade da pessoa humana, um dos pilares dos direitos humanos, consagrado no plano internacional no preâmbulo e no artigo 1º da *Declaração Universal dos Direitos Humanos* (NAÇÕES UNIDAS, 2009), nos dois pactos internacionais (BRASIL, 1992a, 1992b) – sobre direitos civis e políticos e sobre direitos econômicos, sociais e culturais – da ONU, no artigo 5º da *Convenção Interamericana de Direitos Humanos*, com também no plano nacional, no artigo 1º, e outros da Constituição Federal de 1988.

Se a indivisibilidade, a interdependência e a unidade são características essenciais dos direitos humanos, não é possível pensar em garantir direitos de primeira dimensão – cujo principal fundamento é liberdade – desatrelados de outras dimensões. Por essa lógica, os direitos de segunda dimensão – cujo principal fun-

damento é igualdade – devem promover direitos sociais, dos quais seja possível “exigir prestações do Estado ou da sociedade ou até mesmo a abstenção de agir, tudo para assegurar condições mínimas de sobrevivência”. (RAMOS, 2017, p. 63) Percebe-se, portanto, que o Estado tanto tem um dever prestacional para superação de determinadas dificuldades quanto tem um dever de abstenção que o impeça de interferir de modo indevido na vida das pessoas.

Nesse mesmo seguimento, a interferência do Estado, impossibilitando o acesso à terra aos quilombolas de São Francisco do Paraguaçu, também impossibilita o pleno desenvolvimento de sua cultura e suas reais e vitais condições de sustento. Por trata-se de minorias étnicas vulneráveis, caberia ao Estado, através de condutas comissivas ou omissivas, proteger a referida comunidade, como assim preleciona o artigo 27 do *Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos*:

Nos Estados em que haja minorias étnicas, religiosas ou lingüísticas, as pessoas pertencentes a essas minorias não poderão ser privadas do direito de ter, conjuntamente com outros membros de seu grupo, sua própria vida cultural, de professar e praticar sua própria religião e usar sua própria língua. (BRASIL, 1992a)

O direito à propriedade deve ser constatado como produto essencialmente cultural, cujo entendimento perpassa por uma complexa teia de significados culturais que lhe dão sentido. A base para o entendimento da cultura jurídica está na linguagem local e no seu processo de representação, como assim nos ensina o Clifford Geertz (1997, p. 250):

Obviamente, não se trata de um truque de mãos, ou pelo menos nem sempre, mas sim um fenômeno um pouco mais crucial, um fenômeno aliás que é a base de toda a cultura: isto é, o processo de representação. A descrição de um fato de tal forma que possibilite aos advogados defendê-lo, aos juizes ouvi-lo, e aos jurados solucioná-lo, nada mais é que uma representação: como em qualquer comércio, ciência, culto, ou arte, o direito, que tem um pouco de todos eles, apresenta um mundo no qual suas próprias descrições fazem sentido. [...] a parte ‘jurídica’ do mundo não é simplesmente um conjunto de normas, regulamentos, princípios, e valores limitados, que geram tudo que tenha a ver com o direito, desde decisões do júri, até eventos destilados, e sim parte de uma maneira específica de imaginar a realidade. Trata-se, basicamente, não do que aconteceu, e sim do que acontece

aos olhos do direito; e se o direito difere, de um lugar ao outro, de uma época a outra, então o que seus olhos vêem também se modifica.

Ao analisar o direito, Geertz o percebe como um saber local, dentre outras formas de se ver o mundo. Ao analisar as brigas de galo em Bali, Geertz começa pela noção de jogo profundo e discute que, nas altas apostas, os balineses estão expressando valores comuns que transcendem os cálculos mais elevados de ganhos e perdas materiais. O que estava em jogo na briga de galos não era apenas o dinheiro, mas o *status*. Nessa conjuntura, o que interessa, segundo Geertz (2014, p. 210), é a interpretação que a plateia dá a toda cena.

[...] A briga de galos é a reflexão balinesa sobre essa violência deles; sobre sua aparência, seus usos, sua força, sua fascinação. Recorrendo a praticamente todos os níveis da experiência balinesa, ela reúne todos os temas – selvageria animal, narcisismo machista, participação no jogo, rivalidade de status, excitação de massa, sacrifício sangrento – cuja ligação principal é o envolvimento deles com o ódio e o receio desse ódio.

Acerca da briga de galos que Geertz (2014) observou repetidas vezes, conclui o autor que cada povo ama a sua própria forma de violência.

Com base no modelo interpretativo de cultura do Geertz (2014), podemos analisar que a memória dos quilombolas representa um saber local e que, fazendo uma interpretação de suas interpretações, podemos compreender sua conjuntura, inclusive no âmbito jurídico, ainda que se entenda que o Brasil carece de “estruturas legais que deem conta das diversidades e das demandas cobradas pelos grupos tradicionais”. (SILVA, 2015, p. 56)

Considerações finais

Estudar as comunidades tradicionais quilombolas nos remete ao tema do reconhecimento e da identidade étnica, das fronteiras e de símbolos culturais. Essas comunidades têm um percurso histórico marcado por denegação no campo da subjetividade e indeferimentos de direitos sociais e humanos por parte do Estado enquanto promotor da cidadania por meio de políticas.

A denegação atinge, inclusive, o direito ao conhecimento da própria história e origem, o direito a uma educação que expresse demandas dessa população e contribua para uma inversão positivada do estigma construído sobre os quilombolas.

A trajetória desses descendentes de africanos no Brasil foi marcada pela escravidão, componente mais visível historicamente. A luta dos africanos por sua liberdade foi marcada por grandes desafios, assim como é hoje para aqueles que se organizam em diferentes formas de associação e continuam lutando para romper o preconceito histórico e reparar os direitos fundamentais que foram agafanhados no passado.

Nesse seguimento, o Brasil precisa realizar profundas reformas constitucionais para se reconhecer com um “Estado plurinacional”, reafirmando o “pluralismo jurídico igualitário”. Assim, será possível perceber as diferenças culturais dentro de uma perspectiva em que não se promovam as desigualdades sociais. Afinal, uma sociedade pautada na defesa dos direitos humanos deve ter como primordial e indispensável característica a garantia a todas as pessoas do direito a ter direitos. O Estado democrático de direito deve salvaguardar os direitos humanos que garantam as condições mínimas de sobrevivência digna dos indivíduos.

Na comunidade de São Francisco do Paraguaçu, torna-se imprescindível reconhecer as relações de desigualdade e refletir sobre o processo histórico de construção dessa comunidade quilombola. Nesse sentido, a diferença cultural deve ser reconhecida e valorizada. Desse modo, é fundamental o entendimento sobre os significados e símbolos que carrega a terminologia “cultura” (GEERTZ, 1978) e buscar um “olhar socioantropológico” para dirimir conflitos de maneira a permitir a alteridade e evitar os etnocentrismos.

Ademais, é preciso observar esses quilombolas como sujeitos representativos que constroem sua própria história, como produtores de conhecimento e não apenas como consumidores de conhecimentos. Trata-se, portanto, de um processo de socialização desses grupos. Os saberes são construídos e reconstruídos, fazendo com que a cultura seja observada como um processo dinâmico, em contínuo movimento.

Referências

- BOURDIEU, Pierre. A força do direito. Elementos para uma sociologia do campo jurídico. In: BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. Rio de Janeiro: DIFEL, 1989.
- BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado, 1988.
- BRASIL. Presidência da República. *Decreto nº 591/1992*. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Promulgação. 1992a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm. Acesso em: 9 set. 2019.
- BRASIL. Presidência da República. *Decreto nº 591/1992*. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Promulgação. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm. 1992b. Acesso em: 9 set. 2019.
- BRASIL. Presidência da República. *Decreto nº 6040/2007*, 07 de fevereiro de 2007, que institui a Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2003/D4887.htm. Acesso em: 9 set. 2019.
- BRASIL. Presidência da República. *Decreto nº 4887/2003*, que regulamenta o procedimento para identificação, reconhecimento, delimitação, demarcação e titulação das terras ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombos de que trata o art. 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2003/d4887.htm. Acesso em: 9 set. 2019.
- DUTERVIL, Camila. Relatório Antropológico de São Francisco do Paraguaçu. In: INCRA. *Relatório Técnico de Identificação e Delimitação do INCRA*. Salvador: INCRA, 2007 (publicado no Diário Oficial da União em 18/12/2007). Disponível em: <https://docplayer.com.br/27657773-Relatorio-antropologico-quilombo-de-sao-francisco-do-paraguacu.html>. Acesso em: 9 set. 2019.
- FERNANDES, Mariana Balen. Territórios quilombolas e o estado. Etnicidade, direitos coletivos e processos de licenciamento ambiental e identificação territorial. In: ROCHA, Julio Cesar de Sá da; SERRA, Ordep (org.). *Direito Ambiental, conflitos socioambientais e comunidades tradicionais*. Salvador: EDUFBA, 2015.

GEERTZ, Clifford. *A interpretação da Cultura*. Rio de Janeiro: Zahar, 1978.

GEERTZ, Clifford. *A interpretação da Cultura*. Rio de Janeiro: LTC, 2014.

GEERTZ, Clifford. *O saber local: novos ensaios em antropologia interpretativa*. Petrópolis: Vozes, 1997.

INCRA. *Instrução Normativa Incra nº 57/2009*, de outubro de 2009. Regulamenta o procedimento para identificação, reconhecimento, delimitação, demarcação, desinvasão, titulação e registro das terras ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombos de que tratam o Art. 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição Federal de 1988 e o Decreto nº 4.887, de 20 de novembro de 2003. Disponível em: http://www.incra.gov.br/media/institucional/legislacao/atos_internos/instrucoes/instrucao_normativa/in_57_2009_quilombolas.pdf. Acesso em: 9 set. 2019.

NAÇÕES UNIDAS. Assembleia Geral da ONU. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*: Paris (1948). v. 5. Rio de Janeiro: UNIC, 2009. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>. Acesso em: 9 set. 2019.

NAVARRO, Eduardo de Almeida. *Método Moderno de Tupi Antigo*. 3. ed. São Paulo: Global, 2005.

OIT. *Convenção n. 169, 7 de junho de 1989*. Convenção no 169 da OIT sobre povos indígenas e tribais. Genebra, 1989. Disponível em: <https://www.oas.org/dil/port/1989%20Conven%C3%A7%C3%A3o%20sobre%20Povos%20Ind%C3%ADgenas%20e%20Tribais%20Conven%C3%A7%C3%A3o%20OIT%20n%C2%BA%20169.pdf>. Acesso em: 9 set. 2019.

OLIVERIA, Roberto Cardoso. *Caminhos da identidade: ensaios sobre etnicidade e multiculturalismo*. São Paulo: UNESP; Brasília: Paralelo 15, 2006.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS [ONU]. *Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais*, G.A. Res. 2200A (21), 21 UN GAOR Supp. (N. 16) at 49, U.N. Doc. A/6316 (1966), 993 U.N.T.S. 3, entrada em vigor no dia 3 de janeiro de 1976. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm. Acesso em: 9 set. 2019.

POUTIGNAT, Philippe; STREIFFE-FENART, Jocelyne. *Teorias da etnicidade: seguido de grupos étnicos e suas fronteiras de Fredrik Barth*. Tradução: Elcio Fernandes. 2. ed. São Paulo: Unesp, 2011.

POUTIGNAT, Philippe; STREIFF-FENART, Jocelyne. *Teorias da Etnicidade: seguido de Grupos étnicos e suas fronteiras de Fredrik Barth*. São Paulo: Edunesp, 1998. (Biblioteca básica).

RAMOS, André de Carvalho. *Curso de Direito Humanos*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

ROCHA, Julio Cesar de Sá. Direito, grupo étnicos e etnicidade. Reflexões sobre o conceito normativo de povos e comunidades tradicionais. In: ROCHA, Julio Cesar de Sá da; SERRA, Ordep (org.). *Direito ambiental, conflitos socioambientais e comunidades tradicionais*. Salvador: EDUFBA, 2015.

ROCHA, Julio Cesar de Sá; SANTOS, João Paulo de Oliveira. Helvécia, Nova Viçosa-Ba: conflitos e territorialidades. In: ROCHA, Julio Cesar de Sá da (org.). *Direito, sustentabilidade ambiental e grupos vulneráveis*. 1. ed. Salvador: EDUFBA: EDUNEB, 2016. v. 1, p. 13-31.

SANTOS, Marli Mateus dos. O direito quilombola nas encruzilhas jurídicas: Marinha do Brasil x Quilombo Rio dos Macacos. In: ROCHA, Julio Cesar de Sá da (org.). *Direito ambiental, conflitos socioambientais e grupos vulneráveis*. Salvador: Edufba: Eduneb, 2016.

SILVA, Breno da Silva Trindade. Grupos tradicionais e as políticas patrimoniais: Relação e conflito num jogo de forças desiguais. In: ROCHA, Julio Cesar de Sá da; SERRA, Ordep (org.). *Direito ambiental, conflitos socioambientais e comunidades tradicionais*. Salvador: EDUFBA, 2015.

SCHWARTZ, Stuart B. *Segredos internos: engenheiros e escravos na sociedade colonial 1550-1835*. Tradução: Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

EDUCAÇÃO INDIGENISTA E INDÍGENA

desafios e impasses do regime de colaboração
entre os entes federados

Ariadne Muricy Barreto
Julio Cesar de Sá da Rocha

Introdução

O texto constitucional delinea a estrutura e conforma possíveis dinâmicas que configuram o Estado democrático de direito por ela positivado. Tal expressão, já internalizada na doxa do campo jurídico, expressa um Estado que cria e se submete às suas normas, fazendo-o orientado, entre outros, por fundamentos como a dignidade humana e cidadania, tendo como objetivos a constituição de uma sociedade livre, justa e igualitária, o desenvolvimento nacional, a erradicação da pobreza e da marginalização, a redução das desigualdades sociais e regionais, o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. Materializa elementos caracterizadores das dinâmicas sociais, políticas e econômicas do Estado brasileiro, de base capitalista, mas também que se pretende democrático e distributivo. Revela o pacto político social que deve reger as relações no território nacional e orientar as suas relações externas.

Coloca-se como desafio para implementação dos direitos dos povos indígenas o confronto com os paradoxos constitutivos do Estado brasileiro, firmado sob pensamento colonial europeu e bases capitalistas de reprodução social, entre outros. Esse é o cenário no qual estão inseridos os anseios dos povos indígenas sobre os seus direitos, em especial, o direito a uma educação diferenciada adequada às suas singularidades, direitos já positivados e supostamente reconhecidos pelo Estado brasileiro. Um dos principais impasses reside no monoculturalismo institucional que subsume as diferenças nas práticas homogeneizantes da racionalidade burocrática. Como dito em outra oportunidade, Julio Cesar de Sá da Rocha (2015, p. 17) destaca, inclusive que “existem distinções fortíssimas entre povos indígenas (diante de cerca de 305 povos indígenas e 274 línguas indígenas)”.

Neste trabalho, pretende-se analisar as responsabilidades dos Estados sobre a educação indigenista e sua interface com os saberes tradicionais indígenas considerando alguns contextos, as suas peculiaridades, as escalas de atuação materializadas pelos territórios etnoeducacionais e a formação tradicional étnica na escola, identificando, também os seus impasses e desafios.

Responsabilidades dos entes federados com a educação indigenista e indígena

A educação é direito de todos, dever do Estado e da família e será promovida com a colaboração da sociedade, conforme dispõe a Constituição Federal de 1988 (CF/88) no artigo 205.¹ É política pública cuja competência para sua realização é comum à União, estados, Distrito Federal e municípios, conforme artigo 23.²

A respeito, a Lei de Diretrizes e Bases da Educação (LDB) nº 9.394/1996 estabelece que a “União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios organizarão,

1 “CF/88 Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho”.

2 CF/88 “Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: V - Proporcionar os meios de acesso à cultura, à educação, à ciência, à tecnologia, à pesquisa e à inovação; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 85, de 2015).
Parágrafo único. Leis complementares fixarão normas para a cooperação entre a União e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, tendo em vista o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 53, de 2006).

em regime de colaboração, os respectivos sistemas de ensino” (artigo 8º) e, ainda, discrimina responsabilidades prioritárias para cada um dos entes:

Art. 10. Os *Estados* incumbir-se-ão de:

II - *definir, com os Municípios, formas de colaboração na oferta do ensino fundamental*, as quais devem assegurar a distribuição proporcional das responsabilidades, de acordo com a população a ser atendida e os recursos financeiros disponíveis em cada uma dessas esferas do Poder Público;

VI - *assegurar o ensino fundamental e oferecer, com prioridade, o ensino médio* a todos que o demandarem, respeitado o disposto no art. 38 desta Lei; (Redação dada pela Lei nº 12.061, de 2009)

Art. 11. Os *Municípios* incumbir-se-ão de:

V - *oferecer a educação infantil em creches e pré-escolas, e, com prioridade, o ensino fundamental*, permitida a atuação em outros níveis de ensino somente quando estiverem atendidas plenamente as necessidades de sua área de competência e com recursos acima dos percentuais mínimos vinculados pela Constituição Federal à manutenção e desenvolvimento do ensino.

VI - *assumir o transporte escolar dos alunos da rede municipal*. (Incluído pela Lei nº 10.709, de 31.7.2003)

Parágrafo único. Os Municípios poderão optar, ainda, por se integrar ao sistema estadual de ensino ou compor com ele um sistema único de educação básica.

Acerca da educação indígena, a CF/88, em capítulo próprio destinado aos direitos dos povos indígenas, estabeleceu que:

Art. 210. Serão fixados conteúdos mínimos para o ensino fundamental, de maneira a assegurar formação básica comum e respeito aos valores culturais e artísticos, nacionais e regionais.

§ 2º O ensino fundamental regular será ministrado em língua portuguesa, assegurada às comunidades indígenas também a utilização de suas línguas maternas e processos próprios de aprendizagem.

Art. 215. O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais.

§ 1º O Estado protegerá as manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional.

Art. 231. São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens. (BRASIL, 1996)

A matéria foi regulamentada pela LDB³ e recebeu destaque no Plano Nacional de Educação (PNE) (Lei nº 10.172/2001), em que há o reconhecimento da dívida histórica com os povos indígenas e, também, da responsabilidade preponderante da União e dos estados na garantia das políticas educacionais, ainda que em cooperação com os municípios, no mesmo sentido da LDB.

O tamanho reduzido da população indígena, sua dispersão e heterogeneidade tornam particularmente difícil a implementação de uma política educacional adequada. Por isso mesmo, é de particular importância o fato de a Constituição Federal ter assegurado o direito das sociedades indígenas a uma educação escolar diferenciada, específica, intercultural e bilíngue, o que vem sendo regulamentado em vários textos legais. Só dessa forma se poderá assegurar não apenas sua sobrevivência física, mas também étnica, resgatando a dívida social que o Brasil acumulou em relação aos habitantes originais do território.

Em que pese a boa vontade de setores de órgãos governamentais, o quadro geral da educação escolar indigenista no Brasil, permeado por experiências fragmentadas e descontínuas, é regionalmente desigual e desarticulado. Há, ainda, muito a ser feito e construído no sentido da universalização da oferta de uma educação escolar de qualidade para os povos indígenas, que venha ao encontro de seus projetos de futuro, de autonomia e que garanta a sua inclusão no universo dos programas governamentais que buscam a satisfação das necessidades básicas de aprendizagem, nos termos da *Declaração mundial sobre educação para todos*.

3 LDB Art. 32. O ensino fundamental obrigatório, com duração de 9 (nove) anos, gratuito na escola pública, iniciando-se aos 6 (seis) anos de idade, terá por objetivo a formação básica do cidadão, mediante: (Redação dada pela Lei nº 11.274, de 2006) [...]

§ 3º O ensino fundamental regular será ministrado em língua portuguesa, assegurada às comunidades indígenas a utilização de suas línguas maternas e processos próprios de aprendizagem. [...]

Art. 78. O Sistema de Ensino da União, com a colaboração das agências federais de fomento à cultura e de assistência aos índios, desenvolverá programas integrados de ensino e pesquisa, para oferta de educação escolar bilíngue e intercultural aos povos indígenas, com os seguintes objetivos:

I - Proporcionar aos índios, suas comunidades e povos, a recuperação de suas memórias históricas; a reafirmação de suas identidades étnicas; a valorização de suas línguas e ciências;

II - Garantir aos índios, suas comunidades e povos, o acesso às informações, conhecimentos técnicos e científicos da sociedade nacional e demais sociedades indígenas e não-índias.

[...] 9.3. Objetivos e Metas 1. Atribuir aos Estados a responsabilidade legal pela educação indígena, quer diretamente, quer através de delegação de responsabilidades aos seus Municípios, sob a coordenação geral e com o apoio financeiro do Ministério da Educação. [...]

(BRASIL, p. 12)

Cooperação federativa entre os entes federados para promoção da educação indígenista

O parágrafo único do artigo 23 da Constituição Federal dispõe sobre a publicação de leis complementares que propiciarão os parâmetros para o exercício da cooperação federativa entre os entes federados em relação ao desafio estabelecido pelas competências comuns. Não obstante, alguns arranjos institucionais e instrumentos têm surgido por outras vias normativas, como se observa na educação indígenista e indígena diante da implementação dos territórios etnoeducacionais.

Territórios etnoeducacionais: desafios para democratização da implementação da educação indígenista e indígena

Em 2009, foi publicado o Decreto nº 6.861,⁴ que dispõe sobre “Educação Escolar Indígena, define sua organização em territórios etnoeducacionais, e dá outras providências”. De acordo com o normativo:

Art. 2º São objetivos da educação escolar indígena:

I - valorização das culturas dos povos indígenas e a afirmação e manutenção de sua diversidade étnica;

II - fortalecimento das práticas socioculturais e da língua materna de cada comunidade indígena;

III - formulação e manutenção de programas de formação de pessoal especializado, destinados à educação escolar nas comunidades indígenas;

IV - desenvolvimento de currículos e programas específicos, neles incluindo os conteúdos culturais correspondentes às respectivas comunidades;

4 Elaborado tendo em vista o disposto no artigo 231, ambos da Constituição, e nos artigos 78 e 79 da Lei nº 9.394/1996 (LDB), na Lei nº 10.172/2001 (PNE) e no Decreto nº 5.051, de 19 de abril de 2004, que promulga a Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) sobre povos indígenas e tribais.

V - elaboração e publicação sistemática de material didático específico e diferenciado; e

VI - afirmação das identidades étnicas e consideração dos projetos societários definidos de forma autônoma por cada povo indígena.

Art. 3º Será reconhecida às escolas indígenas a condição de escolas com normas próprias e diretrizes curriculares específicas, voltadas ao ensino intercultural e bilíngue ou multilíngue, gozando de prerrogativas especiais para organização das atividades escolares, respeitado o fluxo das atividades econômicas, sociais, culturais e religiosas e as especificidades de cada comunidade, independentemente do ano civil. (BRASIL, 2009, p. 1)

Em face da densidade das ações educacionais, o Decreto nº 6.861/2009 estabelece ainda responsabilidades, mecanismos de cooperação entre instituições e as comunidades envolvidas, ao tempo em que disciplina a forma de organização territorial da educação escolar indígena que norteará a implementação das ações governamentais. Vejamos:

[...] Art. 5º A União prestará apoio técnico e financeiro às seguintes ações voltadas à ampliação da oferta da educação escolar às comunidades indígenas, entre outras que atendam aos objetivos previstos neste Decreto:

I - construção de escolas;

II - formação inicial e continuada de professores indígenas e de outros profissionais da educação;

III - produção de material didático;

IV - ensino médio integrado à formação profissional; e

V - alimentação escolar indígena.

Art. 6º Para fins do apoio de que trata o art. 5º, a organização territorial da educação escolar indígena será promovida a partir da definição de territórios etnoeducacionais pelo Ministério da Educação, ouvidos:

I - as comunidades indígenas envolvidas;

II - os entes federativos envolvidos;

III - a Fundação Nacional do Índio - FUNAI;

IV - a Comissão Nacional de Educação Escolar Indígena;

V - os Conselhos Estaduais de Educação Escolar Indígena; e

VI - a Comissão Nacional de Política Indigenista - CNPI.

Parágrafo único - Cada *território etnoeducacional* compreenderá, independentemente da divisão político-administrativa do País, as terras indígenas, mesmo que descontínuas, ocupadas por povos indígenas que mantêm relações intersocietárias caracterizadas por raízes sociais e históricas, relações políticas e econômicas, filiações lingüísticas, valores e práticas culturais compartilhados.

Art. 7º Cada território etnoeducacional contará com *plano de ação para a educação escolar indígena*, nos termos do art. 8º [...]

§ 3º A comissão deverá submeter o plano de ação por ela elaborado à consulta das comunidades indígenas envolvidas.

§ 4º Será assegurado às instâncias de participação dos povos indígenas acesso às informações sobre a execução e resultados das ações previstas nos planos.

Art. 8º O plano de ação deverá conter:

I - diagnóstico do território etnoeducacional com descrição sobre os povos, população, abrangência territorial, aspectos culturais e lingüísticos e demais informações de caráter relevante;

II - diagnóstico das demandas educacionais dos povos indígenas;

III - planejamento de ações para o atendimento das demandas educacionais; e

IV - *descrição das atribuições e responsabilidades de cada partícipe no que diz respeito à educação escolar indígena*, especialmente quanto à construção de escolas indígenas, à formação e contratação de professores indígenas e de outros profissionais da educação, à produção de material didático, ao ensino médio integrado à educação profissional e à alimentação escolar indígena.

Art. 11. As propostas pedagógicas para o ensino médio integrado à formação profissional dos alunos indígenas deverão articular as atividades escolares com os projetos de sustentabilidade formulados pelas comunidades indígenas e considerar as especificidades regionais e locais. (BRASIL, 2009, grifo nosso)

Os territórios etnoeducacionais constituem um arranjo institucional inovador, que permite estabelecer um espaço que compreenda as terras de um povo ou de vários, ainda que presentes em diferentes municípios ou estados, ultrapassando as unidades da divisão geopolítica. Essa medida tenta responder aos problemas de fragmentação e descontinuidades do serviço de educação oferecido às populações indígenas,⁵ como exposto pelo Conselho Nacional de Educação (CNE) de diversos

5 Como exposto pelo CNE de diversos pareceres, bem como no PNE.

pareceres, abrindo a possibilidade de se fortalecer o regime de colaboração entre o Governo Federal e as unidades subnacionais.

Um outro aspecto positivo é ampliação do número de partícipes nas decisões considerando a diversidade das representações que compõem a Comissão Gestora do Território. Esse modelo, entretanto, tem os seus desafios para implementação, fazendo com que, em alguns casos, não se alcance o êxito esperado.

Carlos Rafael Silva (2013) comenta que essa proposta tenta criar condições para o enfrentamento do problema da fragmentação do serviço educacional oferecido às populações indígenas. Na gestão do território, além do fortalecimento do regime de colaboração entre os entes e os povos indígenas, o decreto agrega novos atores, como as organizações não governamentais. A análise da experiência do estado da Bahia, em relação ao qual o referido autor nos oferta caminhos de pesquisa, exemplifica um pouco dos desafios e impasses desse modelo de gestão.

Território Etnoeducacional Yby Yara

Em face do Decreto nº 6.861/2009, o Ministério da Educação (MEC) definiu no ano de 2010 – com a oitiva das comunidades, instituições e entes federados interessados – o Território Etnoeducacional Yby Yara,⁶ correspondente a todo o território físico do estado da Bahia. Na oportunidade, foi definida também a sua Comissão Gestora. A iniciativa foi fundamentada, entre outras normas, no Decreto nº 5.051, de 19 de abril de 2004, na Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), sobre povos indígenas e tribais, e no Decreto nº 6.861, de 27 de maio de 2009, que determina que a educação escolar indígena deve ser organizada a partir da territorialidade dos povos indígenas.

Segundo informações da Superintendência de Políticas para Educação (Suped) da Secretaria de Educação do Estado da Bahia, a pactuação do Território Etnoeducacional Yby Yara foi materializada no Decreto nº 6.861/2009. Inicialmente, foi constituído pelas seguintes etnias: tupinambá, pataxó, pataxó hã-hã-hãe, atikum, tumbalalá, pankararé, kantaruré, xucuru kariri, kiriri, kaimbé, pankaru, truká, payayá, kariri-xokó fulni-ô e tuxá. Atualmente, foram acrescidas mais 7, totalizando 22 etnias. São elas: pankararú, fulni-ô, tuxí, potiguara, xacriabá, kapinawá e kam-

6 Expressão definida pelos indígenas tupinambás como “donos da terra” em tupi. (SILVA, 2013)

biwá, distribuídos em 11 territórios de identidade, 33 municípios e 138 comunidades, totalizando 8.769 famílias.

A Comissão Gestora foi constituída por representantes de cada etnia e seus respectivos suplentes. Segundo nota técnica da Suped, da sua constituição até o presente, ocorreram apenas duas reuniões da comissão, uma em 2011 e outra em 2013.

Carlos Rafael Silva (2013, p. 71) exemplifica algumas das dificuldades encontradas para implementação desse modelo de gestão:

Registre-se a ocorrência de uma reunião no ano de 2011, na qual foi estabelecido o regimento da Comissão Gestora e elencadas suas atribuições. Porém, desde então, o processo de implantação do território etnoeducacional está parado. A Comissão Gestora, promovida para catalisar o regime de colaboração entre os entes federativos e demais instituições que atuam na educação escolar indígena, não tem funcionado como previsto, pois a grande maioria das secretarias municipais não participa. Além disso, as reuniões dessa comissão dependem de diversos atores, dificultando a eficiência do processo de implantação. Por exemplo, no ano de 2012, a morosidade no processo de repasse de verbas entre o MEC e a Funai [Fundação Nacional do Índio] resultou na realização de uma única reunião da comissão, no mês de dezembro, às vésperas do natal, com o convite enviado para os participantes uma semana antes do evento. Assim, o território etnoeducacional, por enquanto, só existe em nossas intenções e papéis de pactuação, posto que as ações continuam sendo realizadas de forma isolada pelas instituições responsáveis pela política de educação.

Somam-se a essas dificuldades a falta de apoio institucional, administrativo e financeiro para sustentação das reuniões, deslocamento dos representantes, pactuação política entre os representantes governamentais de diferentes partidos político e representantes de interesses diversos da sociedade.

Não obstante, os povos indígenas têm se articulado e, em instâncias próprias, têm tensionado os diálogos institucionais com o Estado e os municípios relacionados às áreas que habitam. Uma dessas instâncias é o Fórum Estadual de Educação Indígena, criado no ano de 2000. O fórum realiza reuniões locais e itinerantes e conta com apoio de algumas instituições, como Conselho Estadual de Educação, Procuradoria da República, Funai e Assembleia Legislativa; e com apoio técnico pedagógico de gestores públicos da Secretaria da Educação do Estado, Secretaria da Justiça e Secretaria do Desenvolvimento Social.

Tendo em vista a dificuldade de gestão no modelo proposto para os territórios etnoeducacionais, algumas medidas foram adotadas pelo estado da Bahia para dar suporte à política de educação indígena. Uma das mais importantes foi a publicação, em 4 de janeiro de 2011, da Lei nº 12.046, que “cria a carreira de Professor Indígena, no Grupo Ocupacional Educação, do Quadro do Magistério Público do Estado da Bahia, e dá outras providências” (BAHIA, 2011, p. 1), na qual o Estado, por meio da Secretaria de Educação (artigo 4º) assumiu a responsabilidade do suporte à educação escolar indígena na educação infantil, ensino fundamental e médio (artigos 8º e 17, para citar alguns).⁷

A carreira estadual de professores indígenas é composta de 98 professores efetivos servidores e 458 professores sobre o Regime Especial (Reda) – com nível médio, habilitados para o ensino fundamental, e com nível superior, habilitados para o ensino médio. Existem, hoje, na rede estadual de ensino, 26 unidades escolares indígenas e 44 anexos sob a responsabilidade da Secretaria de Educação do Estado da Bahia. Dentro dessas escolas, há 226 estudantes matriculados nas creches, 720 estudantes na pré-escola, 2.070 no ensino fundamental I, 1.421 no ensino fundamental II, 1.559 no ensino médio e 1.310 estudantes na Educação de Jovens e Adultos (EJA), no total de 17.306, com base nos dados do Censo de 1 de julho de 2016.

Na Bahia, há 22 etnias, e todas elas são destinatárias das políticas públicas educacionais proporcionadas pela administração estadual em benefício de 7.055 estudantes. Todas as unidades escolares indígenas trabalham com todas as modalidades e etapas da educação.

Apesar das iniciativas, há que se observar que ainda é realidade a fragmentação do serviço educacional oferecido às populações indígenas, mas também de atendimento governamental às garantias dos direitos positivados para os povos indígenas que contemplam a múltipla dimensão das suas necessidades de sobrevivência e de existência digna com respeito às suas especificidades de modos de viver, o que acaba por minar as condições adequadas de recepção dos serviços educacionais. A carência de mecanismos de gestão articulados entre os diferentes

7 Lei nº 12.046/2011 (Estado da Bahia) “Art. 8º - Somente poderão exercer os cargos em comissão do Magistério Público Estadual do Ensino Fundamental e Médio nas unidades escolares indígenas os ocupantes de cargo efetivo de Professor Indígena, prioritariamente, dentro da mesma etnia.

[...] Art. 17 - Para desenvolvimento das atividades complementares dos professores indígenas da Educação Infantil, das séries iniciais e finais do Ensino Fundamental e do Ensino Médio, deverão ser reservadas as cargas horárias estabelecidas no Anexo III desta Lei, correspondente ao regime de trabalho a que se subordinem.

órgãos de governo, bem como entre os entes federados e os povos indígenas, não é uma particularidade do estado da Bahia: infelizmente, se repete na maioria dos entes federados brasileiros.

A respeito, Maria Elisa Ladeira (2004) chama atenção para necessidade de o Estado nacional realizar investimentos em políticas e programas específicos para cada nação indígena, respeitando a autonomia política desses povos. No mesmo sentido, deve preparar também os seus servidores para, rompendo o monoculturalismo existente, construir alternativas de soluções para as demandas não comportadas na lógica burocrática vigente, estabelecendo um relacionamento de respeito à diversidade e às perspectivas próprias para o desenvolvimento construídas por esses povos, garantindo-se a formação tradicional étnica na escola.

Essas diretrizes de gestão estão inseridas nas diretrizes traçadas pela CF/88, pela LDB e pelo PNE como orientadores para atuação dos entes federados e merecem avaliações críticas para seu aperfeiçoamento e melhor implementação. Nesse sentido, é preciso melhor compreender as responsabilidades constitucionais e normativas desses entes para reorientar as suas ações.

Diretrizes para atuação dos entes federados com a educação indigenista e indígena

O CNE também referendou as orientações da LDB através do Parecer nº 13/2012,⁸ subsidiário à Resolução nº 05/2012, que, entre outros temas, dispõe sobre as dire-

8 A Resolução nº 3/1999, que antecedeu a Resolução nº 5/2012, estabelecia:
Art. 9º São definidas, no plano institucional, administrativo e organizacional, as seguintes esferas de competência, em regime de colaboração:

I - à *União* caberá legislar, em âmbito nacional, sobre as diretrizes e bases da educação nacional e, em especial:

- a) legislar privativamente sobre a educação escolar indígena;
- b) definir diretrizes e políticas nacionais para a educação escolar indígena;
- c) apoiar técnica e financeiramente os sistemas de ensino no provimento dos programas de educação intercultural das comunidades indígenas, no desenvolvimento de programas integrados de ensino e pesquisa, com a participação dessas comunidades para o acompanhamento e a avaliação dos respectivos programas;
- d) apoiar técnica e financeiramente os sistemas de ensino na formação de professores indígenas e do pessoal técnico especializado;
- e) criar ou redefinir programas de auxílio ao desenvolvimento da educação, de modo a atender às necessidades escolares indígenas;

trizes curriculares nacionais para educação indígena, define limites de competência, bem como possibilidades de cooperação entre os entes.

O Parecer nº 13/2012 chama atenção para as dificuldades da implementação de políticas públicas referentes à educação indigenista e indígena, em especial, a desarticulação entre os entes federados e a fragilidade das administrações nas ações pertinentes. Considerando esses contextos, o CNE asseverou que:

[...] no que diz respeito às especificidades das escolas indígenas, embora os sistemas de ensino tenham dividido as responsabilidades com a Educação Básica ficando, geralmente, o Ensino Fundamental a cargo dos Municípios e o Ensino Médio sob a responsabilidade dos Estados, *a oferta da Educação Escolar Indígena é da competência dos Estados*. Portanto, a oferta do Ensino Fundamental nas escolas indígenas, com tudo o que lhe diz respeito, deve ser da alçada dos Estados, cabendo-lhes o provimento de recursos necessários à garantia do Ensino Fundamental aos estudantes indígenas de acordo com suas especificidades. (CONSELHO NACIONAL DE EDUCAÇÃO, 2012a, p. 16, grifo nosso)

Em sentido semelhante, dispõe o texto da Resolução nº 5/2012, no qual são explicitados parâmetros para cooperação entre os entes federados na execução da educação escolar indigenista e indígena. Por essa resolução, é preponderante a

f) orientar, acompanhar e avaliar o desenvolvimento de ações na área da formação inicial e continuada de professores indígenas;

g) elaborar e publicar, sistematicamente, material didático específico e diferenciado, destinado às escolas indígenas.

II – Aos Estados competirá:

a) responsabilizar-se pela oferta e execução da educação escolar indígena, diretamente ou por meio de regime de colaboração com seus municípios;

b) regulamentar as escolas indígenas nos respectivos Estados, integrando-as como próprias, autônomas e específicas no sistema estadual

c) prover as escolas indígenas de recursos humanos, materiais e financeiros, para o seu pleno funcionamento;

d) instituir e regulamentar a profissionalização e o reconhecimento público do magistério indígena, a ser admitido mediante concurso público específico;

e) promover a formação inicial e continuada de professores indígenas.

f) elaborar e publicar sistematicamente material didático, específico e diferenciado, para uso nas escolas indígenas.

§ 1º Os Municípios poderão oferecer educação escolar indígena, em regime de colaboração com os respectivos Estados, desde que se tenham constituído em sistemas de educação próprios, disponham de condições técnicas e financeiras adequadas e contem com a anuência das comunidades indígenas interessadas.

§ 2º As escolas indígenas, atualmente mantidas por municípios que não satisfaçam as exigências do parágrafo anterior passarão, no prazo máximo de três anos, à responsabilidade dos Estados, ouvidas as comunidades interessadas. (CÂMARA EDUCAÇÃO BÁSICA, 1999, p. 3, grifo nosso)

competência dos estados e do Distrito Federal na implementação das políticas de educação indígena, como se observa nos dispositivos infratranscritos:

Seção I

Das competências constitucionais e legais no exercício do regime de colaboração

Art. 22 As políticas de Educação Escolar Indígena serão efetivadas nos territórios etnoeducacionais por meio da articulação entre os diferentes sistemas de ensino, definindo-se, no âmbito do regime de colaboração, suas competências e corresponsabilidades.

Art. 23 Na oferta e promoção da Educação Escolar Indígena para os povos indígenas é exigido, no plano institucional, administrativo e organizacional dos entes federados, o estabelecimento e o cumprimento articulado de normas específicas de acordo com as competências constitucionais e legais estabelecidas, em regime de colaboração.

Art. 24 Constituem atribuições da *União*:

I - legislar privativamente e definir diretrizes e políticas nacionais para a Educação Escolar Indígena;

II - coordenar as políticas dos territórios etnoeducacionais na gestão da Educação Escolar Indígena;

III - apoiar técnica e financeiramente os Sistemas de Ensino na oferta de Educação Escolar Indígena, desenvolvendo programas integrados de ensino e pesquisa com a participação dessas comunidades em seu acompanhamento e avaliação;

IV - ofertar programas de formação de professores indígenas – gestores e docentes – e das equipes técnicas dos Sistemas de ensino que executam programas de Educação Escolar Indígena;

V - criar ou redefinir programas de auxílio ao desenvolvimento da educação, a fim de atender às necessidades escolares indígenas;

VI - orientar, acompanhar e avaliar o desenvolvimento de ações na área da formação inicial e continuada de professores indígenas;

VII - promover a elaboração e publicação sistemática de material didático específico e diferenciado, destinado às escolas indígenas;

VIII - realizar as Conferências Nacionais de Educação Escolar Indígena.

Art. 25 Constituem atribuições dos *Estados*:

I - ofertar e executar a Educação Escolar Indígena diretamente ou por meio de regime de colaboração com seus Municípios;

II - estruturar, nas Secretarias de Educação, instâncias administrativas de Educação Escolar Indígena com a participação de indígenas e de profissionais especializados nas questões indígenas, destinando-lhes

recursos financeiros específicos para a execução dos programas de Educação Escolar Indígena;

III - criar e regularizar as escolas indígenas como unidades próprias, autônomas e específicas no sistema estadual de ensino;

IV - implementar e desenvolver as ações pactuadas no plano de ação elaborado pela comissão gestora dos territórios etnoeducacionais;

V - prover as escolas indígenas de recursos financeiros, humanos e materiais visando ao pleno atendimento da Educação Básica para as comunidades indígenas;

VI - instituir e regulamentar o magistério indígena por meio da criação da categoria de professor indígena, admitindo os professores indígenas nos quadros do magistério público mediante concurso específico;

VII - promover a formação inicial e continuada de professores indígenas – gestores e docentes;

VIII - promover a elaboração e publicação sistemática de material didático e pedagógico, específico e diferenciado para uso nas escolas indígenas.

§ 1º As atribuições dos Estados com a oferta da Educação Escolar Indígena poderão ser realizadas em regime de colaboração com os municípios, ouvidas as comunidades indígenas, desde que estes tenham se constituído em sistemas de educação próprios e disponham de condições técnicas e financeiras adequadas.

§ 2º As atribuições dos Estados e do Distrito Federal *se aplicam aos Municípios* no que couber. (CONSELHO NACIONAL DE EDUCAÇÃO, 2012b, p. 11-13)

E é no âmbito dos territórios etnoeducacionais que serão definidas as competências comuns e privativas da União, estados, municípios e do Distrito Federal, aprimorando os processos de gestão e de financiamento da educação escolar indígena, estabelecendo como paradigma para implementação das políticas nessa área os territórios etnoeducacionais.

Os desafios do princípio do federalismo cooperativo, inserido, entre outros, no parágrafo único do artigo 23 da CF/88 e em muitas legislações infraconstitucionais, como a LDB, são temas correntes para os governos subnacionais, em especial na implementação das políticas públicas que se referem às competências comuns dos entes previstas no artigo 23 da CF/88. As dificuldades são evidenciadas pela desproporção entre a distribuição das competências constitucionais e a distribui-

ção de recursos públicos arrecadados, uma vez que acirram as assimetrias entre os entes e, por vezes, impossibilitam a efetivação das suas obrigações em prejuízo dos cidadãos destinatários.

Para atenuar esses problemas, o próprio texto constitucional consigna diversos dispositivos relacionados a ações e à criação de instrumentos de cooperação entre os entes. O mesmo tem ocorrido em legislações infraconstitucionais setoriais⁹ de origem da União ou dos estados, que estabelecem, ainda, alguns arranjos institucionais inovadores para gestão pública, como no caso dos territórios da cidadania (União), territórios etnoeducacionais (União), territórios de identidade (estado da Bahia), comitês de bacias (União), para citar alguns.

O paradigma da territorialidade ressalta assuntos que ultrapassam as fronteiras geopolíticas dos entes federados e repercutem para análise da preponderância dos interesses envolvidos, quando se trata da repartição das responsabilidades dos entes em face das competências comuns. Nesse caso, a prestação do serviço por um ente não exclui igual competência de outro, uma vez que se trata de dever constitucional imposto a todos em benefício da população.

Os limites da atuação de cada ente, as regras de supletividade e complementariedade serão expostos em lei complementar, como determina o parágrafo único do artigo 23 da CF/88. No Brasil, há diversas legislações que abordam temas relativos à cooperação federada, mas, até o momento, apenas uma lei complementar que se refere à matéria ambiental.

No caso da educação indigenista e indígena, a regulamentação infraconstitucional aborda diretamente o tema nos normativos selecionados na presente nota técnica. A respeito, chama atenção a construção dos territórios etnoeducacionais como paradigmas para implementação das políticas educacionais para as comunidades indígenas. O conceito de território é estabelecido com base nos vínculos de pertencimento e identidades sociais, culturais, econômicas, entre outros, e não adstritas a limites municipais.

As disposições da LDB, PNE, CNE, do Decreto nº 6.861/2009 e, em especial, a criação dos territórios etnoeducacionais reforçam as dimensões nacionais e estaduais das questões indígenas, considerando o disposto no parágrafo primeiro do

9 Alguns desses instrumentos, como convênios de cooperação e consórcios públicos, têm sido amplamente utilizados nas áreas de educação, da saúde e do meio ambiente.

artigo 215 da CF/88, que assume a dívida histórica e a responsabilidade do Estado-nação brasileiro na proteção dos povos e comunidades tradicionais.

Não obstante a LDB determinar aos municípios a prioridade para a realização do ensino fundamental, o conjunto dos dispositivos transcritos, os pareceres e documentos que subsidiaram tais legislações ressaltam a interpretação da preponderância da responsabilidade dos estados na execução das políticas de educação escolar indígena, ressaltando a cooperação da União e dos municípios, estes últimos à medida das suas capacidades, e, ainda, a imprescindível abertura ao diálogo e a consideração dos processos de escuta dos povos indígenas, os principais destinatários das políticas ora comentadas.

Nessa perspectiva, urge a reconfiguração de práticas institucionais para o diálogo e reconhecimento das especificidades dos segmentos sociais que integram os territórios etnoeducacionais. Urge, ainda, o reconhecimento das demandas e especificidades dos povos indígenas, que só se pode alcançar a partir de novos arca-bouços cognitivos. (ROCHA, 2015) Ao se constituir como um Estado democrático de direito, o Estado brasileiro deve se submeter às normas que cria e aperfeiçoar os seus mecanismos de gestão, de modo a possibilitar espaços para a vocalização das pessoas envolvidas em um léxico diferenciado dos valores e da lógica do aparente inexorável modelo de racionalidade administrativa universalizante. Assim, serão abertos os caminhos e as oportunidades para o reconhecimento e a efetiva implementação de direitos pluriétnicos, incorporando no conteúdo dos componentes curriculares e no planejamento escolar saberes tradicionais na escola.

Referências

BRASIL. [Constituição (1937)]. *Constituição dos Estados Unidos do Brasil* (De 10 de Novembro de 1937). Rio de Janeiro, RJ: Presidência da República, [1937]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm. Acesso em: 11 jan. 2016.

BRASIL. *Lei nº 10.172, de 9 de janeiro de 2001*. Aprova o Plano Nacional de Educação e dá outras providências. 2001. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/110172.htm. Acesso em: 11 jan. 2018.

BRASIL. *Decreto nº 6.861, de 27 de maio de 2009*. Dispõe sobre a Educação Escolar Indígena, define sua organização em territórios etnoeducacionais, e dá outras providências. 2009. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6861.html. Acesso em: 11 jan. 2018.

BRASIL. *Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996*. Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional. 1996. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19394.htm. Acesso em: 11 jan. 2018.

BAHIA. *Lei nº 12.046, de 04 de janeiro de 2011*. Institui a carreira de Professor Indígena no Magistério Público. Cria a carreira de Professor Indígena, no Grupo Ocupacional Educação, do Quadro do Magistério Público do Estado da Bahia, e dá outras providências. Salvador: ALBA, 2011. Disponível em: <https://governoba.jusbrasil.com.br/legislacao/1026442/lei-12046-11>. Acesso em: 11 jan. 2018.

BRASIL. *Lei nº 10.172, de 9 de janeiro de 2001*. Modalidades de Ensino - Seção 3. Educação Indígena, 9. Aprova o Plano Nacional de Educação e dá outras providências. 2001. Disponível em: <http://portal.mec.gov.br/sesu/arquivos/pdf/leis1.pdf>. Acesso em: 14 jan. 2018.

CONSELHO NACIONAL DE EDUCAÇÃO (Brasil). Parecer nº 13/2012, de 15 de junho 2012a. *Dispõe sobre Diretrizes Curriculares Nacionais para a Educação Escolar Indígena*. Disponível em: http://portal.mec.gov.br/index.php?option=com_docman&view=download&alias=10806-pceb013-12-pdf&Itemid=30192. Acesso em: 14 jan. 2018.

CONSELHO NACIONAL DE EDUCAÇÃO (Brasil). Resolução nº 5, de 22 de junho de 2012b. Define Diretrizes Curriculares Nacionais para a Educação Escolar Indígena na Educação Básica. Disponível em: <http://mobile.cnte.org.br:8080/legislacao-externo/rest/lei/86/pdf>. Acesso em: 14 jan. 2018.

CÂMARA DE EDUCAÇÃO BÁSICA. CONSELHO NACIONAL DE EDUCAÇÃO (Brasil). Resolução CEB nº 3, de 10 de novembro de 1999. Fixa Diretrizes Nacionais para o funcionamento das escolas indígenas e dá outras providências. Disponível em: http://portal.mec.gov.br/cne/arquivos/pdf/rceb03_99.pdf. Acesso em: 14 jan. 2018.

CUNHA, Manuela Carneiro da. *Índios do Brasil: história, direitos e cidadania*. 1. ed. São Paulo: Claro Enigma, 2012. (Coleção Agenda Brasil).

LADEIRA, Maria Elisa. Desafios de uma política para a educação escolar indígena. *Revista de Estudos e Pesquisas*, FUNAI, Brasília, v. 1, n. 2, p. 141-155, dez. 2004. Disponível em: http://www.funai.gov.br/arquivos/conteudo/cogedi/pdf/Revista-Estudos-e-Pesquisas/revista_estudos_pesquisas_v1_n2/Artigo-5-Maria-Elisa-Ladeira.pdf. Acesso em: 7 abr. 2017.

ROCHA, Julio Cesar de Sá da. Direito, grupos étnicos e etnicidade. In: ROCHA, Julio Cesar de Sá da; SERRA, Ordep (org.). *Direito ambiental, conflitos socioambientais e comunidades tradicionais*. Salvador: EDUFBA, 2015.

SILVA, Carlos Rafael. O modelo de gestão territorial da política de educação escolar indígena no Estado da Bahia. *Cadernos de Arte e Antropologia*, Salvador, v. 2, n. 2, p. 71-85, 2013. Disponível em: <https://cadernosaa.revues.org/424>. Acesso em: 6 dez. 2016.

DIREITOS INTERCULTURAIS

uma análise a partir da patrimonialização
dos terreiros de candomblé

Bruno Amaral Andrade

Introdução

Há um intenso debate e movimentação social em torno da afirmação dos direitos humanos, concebidos das mais diferentes formas pelos mais diversos setores, movimentos e organizações sociais. Direta ou indiretamente, estas demandas passam por uma relação com a cultura e com a afirmação de reconhecimentos em paralelo a políticas de igualdade.

Tendo isso em conta, percebe-se o protagonismo inexorável das humanidades na materialização do compromisso assumido formalmente pelo poder público brasileiro em torno do que se afirma como direitos humanos. Essa atuação envolve a concretização de um compromisso ético com a produção de intercomunicação. Tal orientação valorativa é, muitas vezes, afirmada em nível retórico, mas, na prática, os modos hegemônicos de produção do conhecimento científico reproduzem práticas e perspectivas coloniais.

A revisão epistemológica do conceito hegemônico de direitos culturais – e de direitos humanos, consequentemente – é aqui identificada como uma contribuição

necessária à descolonização dos direitos culturais. Esse contexto é aqui analisado a partir de uma investigação voltada para as relações sociojurídicas ligadas à valorização da riqueza cultural afro-brasileira, com especial atenção para as possibilidades emancipatórias decorrentes da patrimonialização de terreiros de candomblé. Faz parte desta crítica a denúncia de entraves ocasionados pela colonialidade e pelo eurocentrismo implicados na efetivação de tais direitos no contexto brasileiro.

Colonialidade e eurocentrismo a configuração hegemônica

Ordep Serra (2005) identifica três modos dominantes de relação entre o aparelho estatal e os terreiros de candomblé ao longo da história. O primeiro, que se dá em diferentes níveis até os anos 1930, é caracterizado pela dura repressão operada pelas forças policiais. Sobre esse momento, o autor identifica haver um conjunto relevante de pesquisas verificadas. O segundo se refere a uma transição que vai da medicalização, quando predominava uma tendência de patologizar os cultos, à folclorização, momento em que elementos da cultura afro-brasileira são apropriados por um projeto nacionalista ligado à indústria do turismo. Esse período tem início com o populismo protagonizado pelo governo Vargas nos anos 1930 e se consolida nos anos 1950. Já o terceiro se refere ao contexto iniciado nos anos 1980. Nessa oportunidade, o Estado brasileiro passa a conferir certo reconhecimento patrimonial, vindo os terreiros a serem “objeto de iniciativas de preservação que passaram a contemplar o patrimônio formado por monumentos e símbolos do povo-de-santo”. (SERRA, 2005, p. 168-171)

Da análise histórica empreendida acima, percebe-se a hegemonia de relações sociais que caracterizam continuidades coloniais na modernidade brasileira. Boaventura de Sousa Santos (2009) afirma que a modernidade é hegemonicamente caracterizada pelo que denomina de pensamento abissal. Esse abismo produtor de invisibilidades encontra-se presente de modo mais bem acabado na ciência e no direito modernos, configurando-se, nos contextos coloniais e pós-coloniais, pela dicotomia apropriação/violência. (SANTOS, 2009, p. 24) Diferente da tensão que caracteriza a modernidade nos contextos metropolitanos, pautada pela dinâmica regulação/emancipação social, as linhas abissais atuam nas zonas colo-

niais¹ (SANTOS, 2009, p. 31) através da violência, com extermínios de diferentes naturezas – humana, cultural e epistemológica, principalmente –, ou de relações de apropriação, quando se verifica uma inserção social marcada por relações de subalternização. “A apropriação e a violência tomam diferentes formas na linha abissal jurídica e na linha abissal epistemológica. Mas, em geral, a apropriação envolve incorporação, cooptação e assimilação, enquanto a violência implica destruição física, material, cultural e humana”. (SANTOS, 2009, p. 29)

A trajetória de repressão e posterior folclorização sustenta empiricamente o quadro analítico de Santos. Essas relações de poder se encontram marcadas de modo determinante pelo racismo, especificamente o racismo institucional historicamente protagonizado pelo Estado brasileiro. Diferente do racismo individual, que se volta à desumanização de indivíduos através de posturas excludentes a eles direcionadas, o racismo institucional se manifesta através de intervenções políticas promovidas ou sancionadas pelo poder público, com políticas marcadas pelas continuidades coloniais aqui identificadas a partir do conceito de colonialidade. A colonialidade pode ser entendida como um padrão de poder com múltiplas dimensões, com especial destaque para a existência de uma desigualdade de fundo racial. Trata-se da continuidade de um padrão de poder instaurado com o colonialismo formal e que permanece na Modernidade com ele fundada. Elucidativa é a afirmação de Aníbal Quijano (2005, p. 1) sobre o que define como padrão de poder colonial/moderno:

Um dos eixos fundamentais desse padrão de poder é a classificação social da população mundial de acordo com a idéia de raça, uma construção mental que expressa a experiência básica da dominação colonial e que desde então permeia as dimensões mais importantes do poder mundial, incluindo sua racionalidade específica, o eurocentrismo. Esse eixo tem, portanto, origem e caráter colonial, mas provou ser mais duradouro e estável que o colonialismo em cuja matriz foi estabelecido. Implica, conseqüentemente, num elemento de colonialidade no padrão de poder hoje hegemônico.

O projeto nacionalista emergente, a partir dos anos 1930, se apropria de símbolos negros, folclorizando-os. Isso é feito através do elogio à mestiçagem derivado da

1 A ideia de zonas ou “territórios coloniais” encontra-se vinculada à assunção de que as “colônias representam um modelo de exclusão radical que permanece atualmente no pensamento e práticas modernas ocidentais”.

força política estruturante do mito da democracia racial brasileira. A hegemonia de tal discurso, que tem por principal expoente o sociólogo Gilberto Freyre, faz com que Antônio Sérgio Guimarães (2009, p. 39) afirme com singular perspicácia que:

Qualquer estudo sobre o racismo no Brasil deve começar por notar que, aqui, o racismo foi, até recentemente, um tabu. De fato, os brasileiros se imaginam numa democracia racial. Essa é uma fonte de orgulho nacional, e serve, no nosso confronto e comparação com outras nações, como prova incontestada de nosso status de povo civilizado.

A hegemonia do eurocentrismo se afirma com especial ênfase quando analisada a inserção social dos conhecimentos oriundos da diáspora africana. Os estudos sobre a diáspora – como os de Costa (2006), Hall (2003) e Gilroy (2001) – situam a força de mobilizações políticas de bases estéticas provocadas pelos grupos sociais ligados às manifestações culturais afro-brasileiras nas Américas.

A reconstrução da história da diáspora africana implica mais que entender e aprofundar os direitos e possibilidades de participação dos descendentes de escravos no marco da política contemporânea e no âmbito da esfera pública burguesa. Em consonância com e complementarmente àquilo que fizeram as filósofas feministas, trata-se de colocar em discussão o próprio processo de construção da política moderna enquanto espaço privilegiado de representação dos interesses do homem branco. (COSTA, 2006, p. 117)

Refletir acerca das relações de poder implicadas nos reconhecimentos dos terreiros de candomblé como partes do patrimônio cultural brasileiro possibilita compreender a política cultural a partir de outros referenciais. Trata-se de pensar os limites e as exclusões implicadas nos discursos que estruturam as versões hegemônicas da Modernidade.

A crítica intercultural

uma alternativa ao universalismo e ao relativismo

O discurso dominante no âmbito do direito internacional afirma como pressuposto derivado do racionalismo ético kantiano a efetivação de uma ideia de dignidade

humana. Essa retórica constitui a principal influência da concepção vigente na atual carta constitucional brasileira acerca do que nesta é denominado de direitos fundamentais da pessoa humana. A incorporação da concepção hegemônica que se afirma universal pela arquitetura jurídica brasileira se dá com aceitação acrítica da narrativa linear que afirma o Ocidente como a vanguarda epistemológica e, portanto, civilizacional mundial. Trata-se de um fenômeno que demarca a busca por inserção do Brasil na Modernidade, aqui entendida como um paradigma cuja principal característica é o eurocentrismo.

Se se entende que a ‘Modernidade’ da Europa será a operação das possibilidades que se abrem por sua ‘centralidade’ na História Mundial, e a constituição de todas as outras culturas como sua ‘periferia’, poder-se-á compreender que, ainda que toda cultura seja etnocêntrica, o etnocentrismo europeu moderno é o único que pode pretender identificar-se com a ‘universalidade-mundialidade’. O ‘eurocentrismo’ da Modernidade é exatamente a confusão entre a universalidade abstrata com a mundialidade concreta hegemônica pela Europa como ‘centro’.
(DUSSEL, 2005, p. 30)

Essa configuração eurocêntrica demarca internacionalmente uma concepção de direitos humanos abstrata, individualista e liberal, algo formalizado nos documentos que compõem o direito internacional público e que se afirma como a única possibilidade de uma regulação jurídica emancipatória em escala global. Essa concepção, no entanto, é conformada a partir de silenciamentos ativamente produzidos acerca do que se pode entender como o conteúdo jurídico internacional voltado para enfrentar as mais diversas formas de injustiças sociais. Essa conformação universalista desigual estruturada a partir de práticas políticas e epistemológicas coloniais deve ser analisada e desconstruída, caso se pretenda pensar efetivamente as condições para uma configuração jurídica e uma política emancipatória ligada à concretização do que no Ocidente é referido como dignidade humana.

Boaventura de Sousa Santos tem se dedicado a pensar a problemática em torno da constituição de uma concepção intercultural de direitos humanos, movimento que leva o sociólogo português a afirmar a necessidade de conceber os direitos humanos como parte de um “cosmopolitismo insurgente”. (SANTOS, 2006) Esse projeto situa a centralidade dos processos de globalização promovidos pelos grupos sociais que resistem às opressões historicamente consolidadas a partir de três

grandes condições estruturais que se manifestam de modo diverso em diferentes contextos: o capitalismo, o colonialismo e o patriarcado. Essas articulações internacionais, perpassadas por trocas epistemológicas, constituem o que Santos denomina de globalização contra-hegemônica.

Dando um peso equivalente ao princípio da igualdade e ao princípio do reconhecimento da diferença, o cosmopolitismo insurgente não é mais que uma emergência global resultante das articulações/coligações transnacionais entre lutas locais pela dignidade, inclusão social autônoma, autodeterminação, com o objetivo de maximizar o seu potencial emancipatório. (SANTOS, 2010, p. 407)

Esse movimento de produção de contra-hegemonia, no que se refere aos direitos humanos, se encontra comprometido com a promoção de um diálogo intercultural. Raimon Panikkar (2004) propõe um caminho para a interculturalidade a partir do que denomina de “hermenêutica diatópica”, algo a ser promovido a partir da identificação de “equivalentes homeomórficos” em diferentes referências culturais acerca de alternativas para enfrentar demandas equivalentes. Esse movimento pode contribuir para a concretização de um universalismo efetivamente produzido de modo dialógico, um “universalismo de chegada” nas palavras de Joaquín Herrera Flores (2002, p. 22), algo diferente do “universalismo de saída” construído a partir da visão monocultural ocidental. A ideia de preservação cultural, por exemplo, implicada na legislação referente à efetivação dos direitos culturais, precisa passar por um processo de descolonização caso assuma o compromisso de contemplar a riqueza cultural afro-brasileira.

Confrontar a ideia de “bem cultural” subjacente à sistemática jurídica referente à esfera patrimonial com uma ideia de “ser ou viver a cultura” de modo dinâmico e inter-relacionado com as diversas dimensões que envolvem a religiosidade afro-brasileira se mostra indispensável para a mobilização de uma política cultural emancipatória no contexto brasileiro. Não é uma ambição deste artigo promover este diálogo entre os *topoi* verificados nos discursos acerca da preservação patrimonial no âmbito da legislação brasileira, tributária da perspectiva internacional afirmada como universal, e aqueles presentes nas retóricas estruturantes nas práticas de preservação mobilizadas no âmbito do candomblé. Isso será realizado após a conclusão da pesquisa de campo a ser realizada para subsidiar a tese de doutorado

em Direito pela Universidade Federal da Bahia (UFBA), no contexto da qual esta reflexão inicial se encontra inserida.

Antes de investigar empiricamente a potência epistemológica de um diálogo intercultural entre diferentes visões acerca da efetivação de direitos culturais, faz-se necessário situar as condições postas à realização de um ambiente multicultural a partir do reconhecimento dos terreiros de candomblé como parte do patrimônio cultural brasileiro. Ao tratar do multiculturalismo, Carla Faralli (2006, p. 79) afirma que:

No primeiro sentido, o multiculturalismo é um objeto de estudo dos sociólogos, aí incluídos os sociólogos do direito. No segundo, dos filósofos político-sociais, aí incluídos os filósofos do direito.

O multiculturalismo, na segunda acepção, nasce da contraposição dialética entre pensamento liberal e pensamento comunitário, que dominou a filosofia político-social dos anos 1980. Um dos núcleos dessa contraposição residia na necessidade, defendida pelo liberalismo, de emancipar o indivíduo das ‘concepções de bem’ socialmente fortes, e na exigência, observada pelos adeptos do pensamento comunitário, de limitar o divórcio entre identidade individual e valores socialmente transmitidos.

Há, portanto, um debate consolidado na filosofia do direito e na sociologia política acerca da relação entre culturas diversas e do papel do Estado e do compromisso com certo núcleo essencial de direitos subjetivos. João Arriscado Nunes e Boaventura de Sousa Santos (2004) situam a genealogia do conceito de multiculturalismo ligada à análise acerca da diversidade cultural presente no âmbito das “sociedades modernas”. Com a contribuição do conceito antropológico de cultura, especificamente aquele mobilizado pela antropologia interpretativa de Clifford Geertz (2011), há uma ampliação no sentido de situar as manifestações culturais como fontes e emanações de signos humanos.

O conceito de cultura que eu defendo, e cuja utilidade os ensaios abaixo tentam demonstrar, é essencialmente semiótico. Acreditando, como Max Weber, que o homem é um animal amarrado a teias de significados que ele mesmo teceu, assumo a cultura como sendo essas teias e a sua análise; portanto, não como uma ciência experimental em busca de leis, mas como uma ciência interpretativa, à procura de significado. É justamente uma explicação que eu procuro, ao construir expressões sociais enigmáticas na sua superfície. (GEERTZ, 2011, p. 4)

Essa abertura epistemológica leva à problematização do multiculturalismo pensado exclusivamente em referência ao debate que confronta liberais e comunitaristas. Esse debate se encontra restrito aos modos como o Ocidente pensa a relação de um repertório cultural central com expressões periféricas, ou seja, quer se conceba a pluralidade cultural liberal individualista ou a intervenção estatal comprometida com o reconhecimento de culturas minoritárias, o eixo cultural central hegemônico permanece incólume. Prevalece, portanto, a lógica da “tolerância” em oposição à busca pelo diálogo intercultural. Conforme afirma Boaventura de Sousa Santos, “o recurso central à noção de ‘tolerância’ não exige um envolvimento ativo com os ‘outros’ e reforça o sentimento de superioridade de quem fala de um autodesignado lugar de universalidade”. (NUNES; SANTOS, 2004, p. 23)

A despeito da ausência de um aprofundamento em relação aos conhecimentos mobilizados pelas comunidades de terreiro em suas ações cotidianas relacionadas à preservação cultural, a análise cuidadosa da bibliografia concernente às dimensões históricas e sociológicas dos tombamentos de terreiros de candomblé já permite o início de uma reflexão sobre o papel da patrimonialização desses espaços litúrgicos na construção de relações interculturais emancipatórias na sociedade brasileira.

O tombamento de terreiros de candomblé um recurso para um multiculturalismo progressista?

O tombamento de terreiros é uma realidade empírica verificada historicamente com crescente incidência na cidade de Salvador. Foi pioneiro nesse processo o reconhecimento enquanto patrimônio material do Ilê Axé Iyá Nassô Oká em 1984. Esse tombamento se constitui como um marco, representando um novo paradigma acerca dos bens que passam a obter a tutela jurídica estatal através do reconhecimento enquanto patrimônio cultural material.

O eurocentrismo (DUSSEL, 2005; QUIJANO, 2005) característico das políticas patrimoniais foi confrontado com uma demanda social pelo tombamento de um terreiro de candomblé. Uma tutela jurídica antes voltada para a proteção do patrimônio cultural marcado pela contribuição europeia, nomeadamente monumentos religiosos católicos, passa a ser assegurada em relação ao que Ordep Serra (2001) denomina de monumentos negros.

O termo “monumentos negros” destaca, de modo afirmativo, um referencial étnico e cultural negado historicamente enquanto parte da cultura nacional alvo da tutela jurídica estatal. Esse conceito busca, portanto, combater a “negação sistemática de direitos e valores de um segmento significativo da nossa população”. (SERRA, 2005, p. 203) O tombamento do Ilê Axé Iyá Nassô Oká é pioneiro na efetivação do direito à cultura previsto nos artigos 215 e 216 da Constituição Federal de 1988. Nesses dispositivos constitucionais, há um compromisso exposto em relação à proteção de manifestações culturais afro-brasileiras, em que são definidos como parte do patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial. Além de agir para a efetivação de direitos culturais, o tombamento do Terreiro da Casa Branca assegurou o direito à terra historicamente ocupada pela comunidade religiosa. Sob ameaça da especulação imobiliária, o representante legal da Associação São Jorge do Engenho Velho, denominação jurídica da agremiação religiosa, o elemaxó Antônio Agnelo Pereira, solicitou, através de uma carta, o tombamento do referido terreiro de candomblé. (DOURADO, 2011, p. 14)

Através de um processo complexo que envolveu uma série de mobilizações sociais, o tombamento do tradicional Terreiro da Casa Branca foi autorizado pelo Conselho Consultivo do Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (Iphan) em 31 de maio de 1984. Esse ato jurídico se tornou um precedente para uma série de tombamentos de terreiros de candomblé. Dentre os desdobramentos dessa patrimonialização, está o recente tombamento do Terreiro Hunkpame Salvalu Vodun Zo Kwe pela Prefeitura Municipal de Salvador. Esse recente reconhecimento é também um marco histórico, na medida em que instituiu o primeiro patrimônio cultural municipal embasado na Lei nº 8.550/2014. (SALVADOR, 2014)

A ideia de preservar bens culturais que inspiram a proteção legal verificada no direito brasileiro remete à perspectiva verificada no século XVIII português. Ali já havia atos normativos voltados à proteção de bens culturais por parte do Estado. (SILVA, 1997) No Brasil, a estrutura legal que dá suporte à patrimonialização começa a se consolidar no século XX. É na Constituição de 1934 que surge uma restrição ao direito à propriedade em relação com a proteção de obras a que se atribui valor cultural. Em 1937, é criado o Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (Sphan), atual Iphan, e o Decreto-Lei nº 25, que institui o tombamento como um instrumento de proteção do patrimônio cultural. O instituto do tombamento não destitui o direito de propriedade; ele incide em algumas

prerrogativas inerentes ao domínio, no sentido de garantir a preservação do bem. (ALVES, 2008)

O Ilê Axé Iyá Nassô Oká foi o primeiro monumento negro inscrito no livro do tomo do Iphan. O termo “monumento negro” tem sua genealogia ligada ao Projeto Mapeamento de Sítios e Monumentos Religiosos Negros da Bahia (MAMNBA), originado a partir de um convênio entre instâncias integrantes das três esferas administrativas celebrado em 1981.² (SERRA, 2005) No âmbito desse projeto, os terreiros foram afirmados como assentamentos urbanos com relevante valor cultural a ser preservado.

Os autores da proposta inicial do MAMNBA lembravam, na sua apresentação, que o acervo de bens culturais focalizado no documento, compreendendo numerosos templos, áreas consagradas, hortos, obras de arte sacra etc., apesar de seu significativo valor histórico, antropológico, cultural e urbanístico, via-se tratado com descaso, marginalizado, por conta de preconceitos arraigados e de uma percepção elitista de ‘patrimônio cultural’. (SERRA, 2005, p. 174)

Um dos idealizadores e coordenadores do MAMNBA, o antropólogo Ordep Serra conceitua como monumentos ou patrimônios negros aquelas obras criadas espontaneamente e que se constituem como acervo de memória, materializando as tradições afro-brasileiras. A designação tem por escopo, portanto, uma postura afirmativa de caráter identitário, com o objetivo de combater o racismo institucional hegemônico na esfera patrimonial. (SERRA, 2005)

O Terreiro da Casa Branca se encontrava ameaçado pela especulação imobiliária e pela falta de recursos financeiros para realizar as reformas necessárias na estrutura física das edificações e do terreno. Por esse motivo, foi realizada uma mobilização social que envolveu atores sociais diversos, tais como integrantes da referida comunidade religiosa, agentes públicos de diferentes esferas e artistas. O pioneirismo desse tombamento representou uma importante conquista para aqueles que ansiavam por uma mudança de paradigma nas políticas patrimoniais, abrindo caminho para que as produções afro-brasileiras e indígenas pudessem ser consideradas valiosas a ponto de serem alvo da patrimonialização. Ocorre que ainda persistem demandas sociais ligadas à salvaguarda do patrimônio tombado, motivo

2 Trata-se da associação entre a Fundação Nacional Pró-Memória (FNPM), a Prefeitura Municipal de Salvador e a Fundação Cultural do Estado da Bahia (Funcub).

pelo qual Ordep Serra (2014, p. 277) afirma faltar a “adoção, pelos órgãos responsáveis, de medidas capazes de dar pleno sentido e verdadeira eficácia ao tombamento”.

O Hunkpame Savalu Vodun Zo Kwe é o exemplo mais recente de outra mobilização social envolvendo a patrimonialização de um terreiro de candomblé. Assegurado juridicamente em 24 de novembro de 2015, o tombamento foi publicizado através de uma cerimônia oficial marcada no dia 15 de janeiro de 2016. (PASTORI, 2016) Representante do rito jeje savalu, o Kwe Vodun Zo, como também é conhecido, se viu também ameaçado “por cobranças irregulares de um pretenso aluguel por parte de uma empresa supostamente proprietária da área, que nela jamais fez qualquer benfeitoria”. (SERRA et al., 2015, p. 21) Em razão dessa demanda social, em consonância com a comprovação do valor cultural reconhecido, os motivos expostos no laudo antropológico foram acatados pela Fundação Gregório de Mattos, vindo o referido terreiro a ser reconhecido juridicamente como o primeiro patrimônio municipal de Salvador. Esse tombamento se encontra referenciado na Lei Municipal nº 8.550/2014. (SALVADOR, 2014)

É perceptível, portanto, que o tombamento tem se prestado à luta emancipatória das comunidades de terreiro para ter resguardado, dentre outras pretensões de cidadania, o direito à terra por elas considerada sagrada. Agora, resta analisar cuidadosamente os desdobramentos do tombamento no que se refere a políticas culturais voltadas efetivamente para a preservação dos bens tombados. Para fazê-lo, se fará necessário construir, em conjunto com as referidas comunidades, o conceito de preservação e de patrimônio implicado na garantia dos direitos implicados na consagração do instituto. Se mantida uma hermenêutica comprometida com o referencial liberal dominante de “bem cultural”, o instituto jurídico do tombamento se limitará à lógica da tolerância anteriormente exposta. Já se pensado em conjunto com a comunidade diretamente implicada na manifestação cultural, que institui a força simbólica que legitimou o tombamento, poderá se abrir espaço para uma mobilização do instituto do tombamento para a promoção de um multiculturalismo progressista. Isto desde que realizado um diálogo que permita repensar o universalismo implicado na concepção multicultural dominante.

Considerações finais

Uma reflexão transdisciplinar, com ênfase na dimensão sociojurídica do fenômeno investigado, possibilita repensar o compromisso em torno da efetivação de direitos culturais, permitindo analisar criticamente as implicações de conceber um compromisso estatal em relação a essa esfera de direitos. A análise centrada nas relações de poder envolvidas na construção epistemológica de um conjunto de direitos humanos permite perceber os limites implicados na ideia de direitos culturais, dentre outros conceitos que dão sentido ao discurso universalista que legitima a concepção hegemônica de direitos humanos e da dignidade humana a ela associada.

Conceber o imperativo da busca pela promoção de um diálogo intercultural, tendo em vista repensar as políticas públicas associadas à patrimonialização de terreiros de candomblé em Salvador, permite associar a reflexão proposta a um contexto empírico determinado. Essa ancoragem empírica sinaliza a relevância da crítica empreendida para o enfrentamento de uma problemática que marca historicamente as dinâmicas multiculturais com diretas implicações no contexto jurídico. Uma análise com este caráter suscita aberturas para a compreensão de outras dinâmicas sociojurídicas que envolvem a vinculação estatal com a garantia de direitos culturais e a promoção de um multiculturalismo progressista no contexto brasileiro.

Referências

- ALVES, Alexandre. F. A. O tombamento como instrumento de proteção ao patrimônio cultural. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, v. 98, p. 65-97, 2008.
- COSTA, Sérgio. *Dois Atlânticos: teoria social, anti-racismo e cosmopolitismo*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2006.
- DOURADO, Odete. Antigas falas, novas aparências: o tombamento do Ilê Axé Iyá Nassô Oká e a preservação dos bens patrimoniais no Brasil. *Risco Revista de Pesquisa em Arquitetura e Urbanismo*, São Carlos, SP, n. 14, p. 1-14, 2011.
- DUSSEL, Enrique. Europa, modernidade e eurocentrismo. In: LANDER, Edgar (org.). *A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais*. Buenos Aires: Clacso Livros, 2005.

- FARALLI, Carla. *A filosofia contemporânea do direito: temas e desafios*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2006.
- FLORES, Joaquin Herrera. Direitos Humanos, Interculturalidade e Racionalidade de Resistência. *Revista Sequência*, Florianópolis, v. 23, n. 44. p. 1-21, 2002.
- GEERTZ, Clifford. *A interpretação das culturas*. Rio de Janeiro: LTC, 2011.
- GILROY, Paul. *O Atlântico Negro: Modernidade e dupla consciência*. Rio de Janeiro: Editora 34, 2001.
- GUIMARÃES, Antonio Sérgio Alfredo. *Racismo e antirracismo no Brasil*. 3. ed. São Paulo: Editora 34, 2009.
- HALL, Stuart. Cultural Identity and Diaspora. In: WILLIAMS, Patrick; CHRISMAN, Laura (org.). *Colonial Discourse and Post-Colonial Theory: A Reader*. Londres: Harvester Wheatsheaf, 1993. p. 392-403.
- HALL, Stuart. *Da Diáspora: identidades e mediações culturais*. Tradução Adelaine La Guadia Resende. Belo Horizonte: Editora UFMG; Brasília: UNESCO, 2003. (Coleção Humanitas).
- MIGNOLO, Walter D. *Local Histories/Global Designs: Coloniality, Subaltern Knowledges and Border Thinking*. Princeton: Princeton University Press, 2000.
- NUNES, João Arriscado; SANTOS, Boaventura de Sousa. Introdução: para ampliar o cânone do reconhecimento da diferença e da igualdade. In: SANTOS, Boaventura de Sousa (org.). *Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural*. Porto: Edições Afrontamento, 2004. p. 20-44.
- PANIKKAR, Raimon. Seria a noção de direitos humanos um conceito ocidental? In: BALDI, César Augusto (org.). *Direitos humanos na sociedade cosmopolita*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 205-238.
- PASTORI, Yuri. Terreiro Vodun Zo Kwe é tombado pelo município. *A TARDE*, Salvador, 16 jan. 2016. Disponível em: <https://atarde.uol.com.br/bahia/salvador/noticias/1739656-terreiro-vodun-zo-kwe-e-tombado-pelo-municipio>. Acesso em: 14 jan. 2018.
- QUIJANO, Aníbal. Colonialidade do poder, eurocentrismo e América Latina. In: LANDER, Edgardo (org.). *A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais. Perspectivas latino-americanas*. Buenos Aires: CLACSO, 2005. p. 227-278.

SALVADOR. *Lei 8.850/2014, 28 de janeiro de 2014*. Institui normas de proteção e estímulo à preservação do patrimônio cultural do Município de Salvador, e dá outras providências. Salvador: Câmara Municipal, 2014. Disponível em: <https://leismunicipais.com.br/a/ba/s/salvador/lei-ordinaria/2014/855/8550/lei-ordinaria-n-8550-2014-institui-normas-de-protecao-e-estimulo-a-preservacao-do-patrimonio-cultural-do-municipio-de-salvador-e-da-outras-providencias>. Acesso em: 14 jan. 2018.

SANTOS, Boaventura de S. Poderá o direito ser emancipatório? *Revista Crítica de Ciências Sociais*, Coimbra, n. 65, p. 3-76, maio 2004.

SANTOS, Boaventura de S. *A gramática do tempo: para uma nova cultura política*. 3. ed. Porto: Edições Afrontamento, 2006. (Para um novo senso comum. A ciência, o direito e a política na transição paradigmática, 4).

SANTOS, Boaventura de S. Para além do Pensamento Abissal: das linhas globais a uma ecologia dos saberes. In: SANTOS, Boaventura; MENESES, Maria Paula (org.). *Epistemologias do Sul*. Coimbra: Edições Almedina, 2009.

SANTOS, Boaventura de S. Para uma concepção intercultural dos direitos humanos. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia (coord.). *Igualdade, diferença e direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SERRA, Ordep; VOLPINI, Lorena. Considerações sobre a Violência Fria. *Caderno CRH*, Salvador, v. 29, n. 76, p. 119-131, jan./abr. 2016. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/ccrh/v29n76/0103-4979-ccrh-29-76-0119.pdf>. Acesso em: 14 jan. 2018.

SERRA, Ordep José Trindade et al. *Laudo Antropológico: Exposição de Motivos para tombamento do Conjunto Monumental do Kwe Vodun Zo*. Salvador, 2015. Disponível em: https://690eb472-5769-4ed3-9a90-95fa28cfcae2.filesusr.com/ugd/26ca92_3fef32f00ab244d58fb0dab6d21f8246.pdf. Acesso em: 14 jan. 2018.

SERRA, Ordep José Trindade. Monumentos negros: uma experiência. *Afro-Ásia*, Salvador, n. 33, p. 169-206, 2005.

SERRA, Ordep José Trindade. Monumentos negros. *Revista Tempo e Presença*, Rio de Janeiro, n. A23, p. 22-26, 2001.

SERRA, Ordep José Trindade. *Olhos negros do Brasil*. Salvador: EDUFBA, 2014.

SILVA, José Afonso. *Direito urbanístico brasileiro*. São Paulo: Editora Malheiros, 1997.

SOUZA, Allan Rocha de. *Direitos Culturais no Brasil*. Rio de Janeiro: Beco do Azougue, 2012.

DECISÕES ESTRUTURAIS E MODELOS NÃO INDIVIDUAIS DE PROPRIEDADE

uma análise a partir da ótica dos direitos humanos

*Emanuel Lins Freire Vasconcellos
Rodrigo Andres Jopia Salazar*

Introdução

A teoria geral do processo, a ciência processual e o direito processual civil nasceram e se desenvolveram em um ambiente centralizado em torno da visualização dos direitos individuais e de sua possível identificação em torno de sujeitos específicos.

Mesmo hoje, passado um século de avanço da doutrina processual pátria, ainda é marcante a estruturação do pensamento processual em torno uma realidade específica de litígios que gravitam em torno do conceito de lide e levam em conta uma delimitação clara e precisa dos interesses, pretensões e sujeitos da relação material, sendo inúmeros os reflexos normativos desse direcionamento metodológico e epistemológico.

A delimitação normativa de um esquema subjetivo processual identifica, de um lado, os sujeitos processuais parciais como autor e réu, partindo do pressuposto de que a delimitação da pretensão é precisa e pontual, chamando de autor o que se diz detentor da pretensão e de réu um suposto sujeito que resiste à pretensão.

Até mesmo quando se possibilita a eventual intervenção de um terceiro, será necessário localizá-lo em um desses dois polos ou incluir uma nova relação processual (VIOLIN, 2013, p. 50-55) no processo para que se possa garantir a eficácia normativa do sistema.

Ainda que se trate de uma simplificação da complexa tessitura social, é uma visão que se mostra adequada e eficaz para a imensa maioria dos conflitos ligados ao direito privado.

Como representação do quanto exposto, as demandas que se relacionam com a discussão sobre a propriedade em que, apesar de serem complexas do ponto de vista social, são simplificadas no esquema processual civil em uma relação bilateral, na qual figuram um autor (ou conjunto deles) e um réu (ou conjunto deles) que debatem em torno da propriedade.

Qualquer dúvida sobre a influência dessa redução para o direito e ciência processual é afastada com a visualização da construção teórica dos conceitos de lide (CARNELUTTI, 1994, p. 11-48), de relação jurídica processual ou ainda o de ação, os quais influíram em vários outros conceitos processuais e levam em conta que existem dois extremos, autor e réu, sendo o juiz incumbido de escolher um deles como vencedor ou perdedor.

É com base nesse mesmo tipo de escolhas que se limita a construção subjetiva da decisão, criando-se a ideia de adstrição da sentença aos limites feitos no pedido, por exemplo.

Ocorre que existem inúmeros casos em que essa visualização processual se mostra justa diante dos problemas de efetivação que envolvem categorias de direitos complexos, como, por exemplo, os direitos humanos. Nesse campo, nem sempre é possível identificar com precisão se existe uma pretensão, bem como quem seriam os sujeitos detentores da mesma e os sujeitos resistentes, o que leva a problemas de decisões judiciais que não conseguem realizar a efetividade de tais direitos.

Esta pesquisa visa, a partir das chamadas decisões estruturais, traçar diretrizes que possam adaptar a complexidade dos direitos humanos à simplificação e delimitação das construções normativas processuais. Para isso, trataremos, em um primeiro ponto, das delimitações normativas em torno de partes e limites subjetivos das decisões judiciais, tratando, em um segundo momento, das características sociais dos litígios em torno de direitos humanos, especialmente daqueles que se liguem a direitos que não admitem uma titularidade única e precisa, para, ao final, apresentar as decisões estruturais e as possibilidades de efetivação de tais conflitos.

A influência dos direitos individuais no direito processual civil

a delimitação dos sujeitos processuais e dos limites subjetivos da decisão judicial

Por relação, deve-se entender a comunicação entre dois elementos, um verdadeiro interagir entre os mais diversos objetos possíveis.

Qualificada pela forma de regulação social em que se insere, a relação jurídica nada mais é do que uma relação à qual o direito empresta atenção, de forma a regular o comportamento daqueles que se comunicam.

Não se pode negar que a oposição de polos de interesses é inerente à ideia de relação (FERRAZ JÚNIOR, 2005, p. 165), não sendo diferente para o direito. O que distancia a relação jurídica das demais não são os seus elementos, mas a opção do Estado em regulamentar o conflito de interesses ali presente.

Então, a pedra de toque para diferenciar a relação jurídica das demais é a regulamentação estatal com a inafastabilidade de seus efeitos. A partir desse fenômeno, surgem posições reconhecidas legalmente, de sujeição de um interesse frente a outro, e os detentores dos interesses regulamentados na relação jurídica são os chamados sujeitos de direito. Observa-se que os interesses das partes convergem para determinado bem da vida, ainda que os seus vetores sejam contrapostos.

Em um esquema mínimo da relação jurídica, em sua forma clássica, existe um sujeito passivo frente a um sujeito ativo. Essa posição de superioridade, determinada pela norma jurídica, é garantida mediante a outorga, pelo ordenamento, de “faculdades jurídicas (modos de agir) que o titular pode fazer valer mediante procedimentos garantidos por normas”. (FERRAZ JÚNIOR, 2005, p. 165) Tais faculdades são o que a doutrina denomina de direitos subjetivos.

Frente a essa concepção resumida de relação jurídica, muito comum no trato do direito material individual, nada obsta que se denomine de partes os sujeitos do choque de interesses ali regulados. Em uma acepção ampla, seriam partes de uma relação jurídica os sujeitos que integram a mesma.¹

Diante de algumas das peculiaridades inatas ao direito processual civil, é necessário testar a validade desse conceito amplo de parte. Para isso, o entendimento do que seja a relação jurídica processual é fundamental.

1 “Como nos atos e nas relações jurídicas substanciais se designam com o termo parte as pessoas que realizam o ato ou que são sujeitos da relação”. (LIEBMAM, 2005, p. 89)

Conceito processual de parte

O termo “processual” é uma nova qualificação a incidir sobre a base comunicacional que é inerente à ideia de relação em sentido amplo. Assim, após definir que seja jurídica a relação entre os elementos – ou seja, o que importa para o direito –, pode-se definir como processual a relação que “se passa no processo e em torno dos atos a realizar ou a suportar em preparação do ato final de outorga da tutela jurisdicional”.²

Identificados os seus elementos, diferencia-se a relação jurídica processual das demais por se realizar em um processo, consubstanciando-se no “sistema dos vínculos regidos pelo direito que interligam os sujeitos do processo”. (DINAMARCO, 2004, p. 196)

Importante para o nosso estudo é investigar quem são os sujeitos que se comunicam em uma relação jurídica processual, sendo marcante a visualização de que os sujeitos parciais, chamados de partes, são identificados pela análise de direito material que é narrada em juízo como base fática da demanda.³ Ocorre que essa visualização leva em conta uma delimitação absolutamente individual da relação material, sendo um dos problemas para o tratamento processual de direitos e interesses que não se ajustem a esse esquema.

Assim, a ideia de parte da relação jurídica material não se dissocia do interesse dirigido a um específico bem. Os sujeitos também podem ser identificados a partir de tal critério: só será sujeito da relação jurídica processual aquele que narra ser titular de um interesse regulado pelo Estado, em contraposição a interesse alheio.⁴

A influência da possibilidade de cisão dos interesses como critério para identificar os sujeitos parciais de uma relação jurídica processual é manifesta, sendo

2 “Relação é vínculo, ou ligação entre dois elementos; existem relações de amizade, simpatia, de gratidão, de fé religiosa, de torcida esportiva, de dependência econômica, de parentesco sanguíneo, de semelhança e muitas outras. Jurídica é a relação regida pelo direito; toda relação jurídica implica obrigatoriedade de condutas ou abstenções, ou inevitabilidade de uma submissão, dado o caráter imperativo e geralmente inevitável das normas jurídicas estatais – diferentemente do que se passa com as demais relações, que não são dotadas de igual teor imperativo (as de fundo religioso, afetivo ou meramente cultural, etc.). Processual é a relação jurídica – obrigatória e imperativa como as demais relações jurídicas – que se passa no processo e em torno dos atos a realizar ou a suportar em preparação do ato final de outorga da tutela jurisdicional”. (DINAMARCO, 2004, p. 126)

3 “Os sujeitos da relação processual são os próprios litigantes, como partes, *mais o juiz*, como agente do Estado (*processus est actum trium personarum, iudicis, actoris, rei*), o qual atua sobre eles e sobre o litígio que os envolve”. (DINAMARCO, 2004, p. 197, grifo do autor)

4 Nesse aspecto, é clara a influência do direito individual sobre a construção dos critérios de identificação de quem são as partes legítimas em um processo, os quais levam em conta se parte se identifica ou não como detentora do direito, sendo vedada, salvo autorização normativa, pedir a tutela jurídica, em nome próprio, a direito alheio, como fica claro no artigo 18 do Código de Processo Civil, 2015.

definido, em um primeiro momento da ciência processual, que as partes, “no processo, eram os titulares do interesse subordinante e do interesse subordinado, por força da relação jurídica material controvertida. Assim, o credor era autor e o devedor, o réu”. (ALVIM, 1995, p. 221)

Tal concepção foi fruto das teorias em que se defendia que tudo residia no direito civil, inclusive o direito de ação, sendo razoável afirmar, segundo o pensamento da época, que ele seria o “modo pelo qual o direito violado ou ameaçado se restaura ou defende”.⁵ A ação realmente apresenta essa face de conexão com o direito material, “no sentido de que a ação é um dos direitos que podem fluir da lesão de um direito”.⁶ (CHIOVENDA, 2002, p. 37)

Em outras palavras, era dominante o entendimento de que seria o processo um mero instrumento a serviço do direito substancial, não sendo admitida a ideia de processo sem direito material que o sustentasse.⁷

Contaminada a ação pela relação jurídica material, o mesmo acontecia com o processo, defluindo daí a identificação das partes da relação jurídica processual com a de direito material, posto que a primeira era mera continuação da segunda.

A evolução da teoria do processo, bem como da ciência processual e do direito processual, não leva mais a essa confusão, admitindo-se que, ainda que frequentemente os sujeitos da relação jurídica material se façam presentes no processo, a sua presença já não é mais condição de existência. Mesmo ausentes, ainda assim terá existido relação jurídica processual.⁸ (ALVIM, 1995, p. 220)

Temos, pois, as seguintes conclusões iniciais:

- a. a relação jurídica material apresenta, em seu esquema mínimo, dois sujeitos de direitos, em posição de sujeição um frente ao outro, os quais são denominados de partes;

5 “Mas a ação tem um lado formal, - é o modo pelo qual o direito violado ou ameaçado se restaura ou defende. Não é mais um poder; é um processo, um meio, um remédio”. (BEVILÁQUA, 1932, p. 84)

6 “Com o tema da lesão dos direitos está em estreita conexão no sentido de que a ação é um dos direitos que podem fluir da lesão de um direito”. (CHIOVENDA, 2002, p. 37)

7 “Encarava-se a ação como um poder, inerente ao direito mesmo, de reagir contra a violação, como o direito mesmo em sua tendência a atuar. Confundiam-se, pois, duas entidades, dois direitos absolutamente distintos entre si”. (CHIOVENDA, 2002, p. 37)

8 Não é disparate nenhum afirmar, como o faz José Eduardo Carreira Alvim, que “a relação jurídica processual surge, muitas vezes, para servir à relação substancial, podendo acontecer, entretanto, que, embora havendo relação jurídica processual, não haja nenhuma relação jurídica material em litígio”. (ALVIM, 1995, p. 220)

- b. a relação jurídica processual possui um esquema subjetivo mínimo com três sujeitos;
- c. direito de ação/processo e relação jurídica material são institutos autônomos;
- d. nem sempre a relação jurídica processual engloba aqueles que se apresentam na relação jurídica material correlata, não sendo, porém, afetado o seu plano de existência.

Qual, então, seria o conceito descritivo de partes em uma relação jurídica processual?

Esse questionamento originou diversas definições doutrinárias, sendo razoável afirmar que se aglutinam em dois grandes grupos. À falta de uma identificação segura de tais correntes, as denominamos de clássica e puramente processual.

Para a corrente clássica, a identificação de parte se dá com a visualização do pedido de prestação jurisdicional, negando-se a qualidade de parte àquele que nada pede ou contra quem nada é pedido.

O principal representante desse grupo doutrinário é Chiovenda (2002, p. 279), para quem, em suma, só pode ser considerado como parte quem faz algum pedido ou aquele contra quem é dirigido algum pedido.⁹

A vinculação ao pedido é tamanha que não basta saber se alguém participa de uma determinada relação jurídica processual, mas exige ainda que se investigue a relação jurídica de direito material que subjaz àquela.

Percebe-se uma íntima aproximação entre os conceitos substancial e processual de partes, o que, para os seguidores dessa corrente, não é problema algum, mas sim a premissa de toda a sua construção, como entende Cássio Scarpinella Bueno (2006, p. 5):

Até porque entender como parte todos aqueles que, de alguma forma, participa do contraditório é entender o fenômeno parte como elemento exclusivo do processo, enquanto parte relaciona-se também ao direito de ação e ao direito material. Inegavelmente, o direito material alimenta também este dado processo.

Não se chega ao ponto de afirmar que só pode ser considerado como parte em uma relação processual aquele que o seja também na relação substancial que lhe é

9 “Conceito de parte entronca-se no conceito do processo e da relação processual: parte é aquele que demanda em seu próprio nome (ou em cujo nome é demandada) a atuação duma vontade da lei, e aquele em face de quem essa atuação é demandada”. (CHIOVENDA, 2002, p. 279)

correspondente, mas ao menos deve aquele que se define como parte ter alguma relação, ainda que hipotética, com o direito material em jogo.

Fugindo ao método de pensamento do modelo anteriormente indicado, a segunda corrente busca uma definição de parte da relação jurídica processual distinta, que não leve tanto em consideração o pedido de prestação jurisdicional, mas sim e tão somente a possibilidade de praticar atos processuais, assumir ônus, faculdades, poderes e deveres processuais, como sujeitos do contraditório.

Aqui, não se indaga a relação entre o panorama processual e material. A análise é puramente processual, vindo daí a construção de uma definição puramente processual de parte da relação jurídica processual.

Dinamarco (1997, p. 16), assim, define o que deva se entender como parte processual em tal linha de pensamento:

Partes, em pura técnica processual, são ‘os sujeitos do contraditório perante o juiz’ (LIEBMAN), ou seja, ‘os sujeitos interessados da relação processual’. São todos aqueles que, tendo proposto uma demanda em juízo (inclusive em processo pendente), tendo sido citados, sucedendo a parte primitiva ou ingressando em auxílio das partes, figuram como titulares das diversas situações jurídicas ativas ou passivas inseridas na dinâmica da relação processual (poderes, faculdades, ônus, deveres, sujeição).

O ângulo de visão utilizado aqui é eminentemente processual, não tendo aproximação com o pedido de tutela jurisdicional. Não é necessário analisar, de acordo com tal doutrina, se há pedido feito ou se algum pedido é dirigido àquele que se classifica como parte.

A dificuldade em erigir um conceito do que seja parte em uma relação jurídica processual surge dos diversos critérios que podem ser adotados,¹⁰ o que gera incertezas sobre o acerto de determinada construção e também nos possíveis reflexos de uma decisão judicial futura.

Destina-se o item seguinte a demonstrar como o direito processual cuida de regular os efeitos das decisões àqueles que sejam partes, bem como ao quanto foi

10 “Indubitavelmente, a noção de parte vem empregada pelo direito processual (e assim também pela legislação) em diversas acepções. Ora se concebe a idéia de parte como sendo os sujeitos do ato processual – algo extremamente amplo para os fins aqui buscados, já que também os terceiros que participam do processo passam a poder exercer atos processuais, e então seriam considerados como partes, tornando inútil a distinção que se pretende -, ora são consideradas partes os sujeitos dos efeitos processuais, ora ainda assumem a condição de sujeitos dos efeitos da sentença”. (MARINONI; ARENHART, 2011, p. 16)

pedido pelas partes, criando limites decisões subjetivos e objetivos que podem representar problemas para a efetivação de direitos humanos pela via processual.

A decisão judicial e seus limites subjetivos e objetivos

Das diversas utilidades da conceituação precisa dos conceitos de parte, aquela que mais nos interessa, dado um dos objetivos de nosso trabalho, é servir de instrumento na delimitação do alcance subjetivo da tutela jurisdicional prestada pelo Estado.

É que, conquanto tenha sido originada em processo no qual litigaram partes específicas, a sentença deve ser respeitada por todos, como manifestação de poder estatal que é. Atento a esse fato é que se erigiu conceito que se perpetua na moderna doutrina processual, identificando os chamados efeitos naturais da sentença.¹¹

Tomemos exemplo dado por Luiz Guilherme Marinoni que fotografa bem o espectro de efeitos produzidos pela decisão judicial analisada. Uma sentença que decreta o despejo de alguém opera efeitos, indubitavelmente, perante ao inquilino (que deverá deixar o imóvel), aos seus amigos (que haverão de reconhecer que aquela pessoa não reside mais naquele determinado local), aos seus credores (que, para cobrar dívidas quesíveis, deverão procurá-lo em seu novo endereço) e outros. (MARINONI; ARENHART, 2011, p. 620)

Na representação acima, é fácil identificar o inquilino e senhorio – ainda que este seja sujeito oculto – figurando como partes, sendo os demais, terceiros. É possível perceber que, ainda que apenas dois sejam considerados como partes, houve produção de efeitos da sentença a todos aqueles sujeitos presentes em nosso exemplo. O que varia é a intensidade dos efeitos. Enquanto, para a parte (inquilino), a sentença extinguiu relação jurídica material, existindo, pois, efeito jurídico direto, para os demais, existem apenas efeitos reflexos, que não afetam diretamente os seus patrimônios jurídicos.

Por não ser a amizade uma relação jurídica, nenhum reflexo jurídico terá sobre a mesma a sentença que determina o despejo do inquilino. No caso dos credores, ainda que possuam vínculo jurídico com o inquilino, este não fica afetado, visto que a relação de crédito e débito continua a existir.

Poderia, porém, ocorrer que houvesse alguma relação jurídica, titularizada por terceiro, que fosse conexa à existente entre as partes do processo. Tal fato leva à

11 É de se notar que tal raciocínio é identificado também como efeitos indiretos.

configuração de novas hipóteses: incluindo, no exemplo escolhido, um sublocatário do inquilino, a sentença que decreta o despejo levaria à impossibilidade de ser cumprido o contrato de sublocação. Nesse caso, erige-se um óbice fático ao cumprimento do contrato de sublocação. Diferente do que corre com as demais, afeta-se o patrimônio jurídico de outrem, ainda que de forma indireta.¹² (BRASIL, art. 59, §2º, 1991)

Os exemplos poderiam se estender, mas sempre levariam à conclusão de que a coexistência humana torna muito difícil isolar os efeitos de uma sentença apenas às partes de uma relação jurídica processual. É a coexistência humana que construirá tais limites.

Não sendo viável esquema jurídico de restrição dos efeitos da sentença, adotou o nosso sistema processual a ideia de disciplinar como seriam recebidos esses efeitos por terceiros. Não é o outro o escopo dos chamados limites subjetivos da coisa julgada material. Conquanto não seja efeito da sentença, a coisa julgada presta contribuição inegável à atividade jurisdicional,¹³ não permitindo a rediscussão da mesma questão pelas partes que estão sob o seu campo de incidência.

Existe, pois, uma construção normativa que determina que às partes de um processo (sujeitos de direito), esgotado o estado de pendência judicial (fato processual), não será mais possível rediscutir a norma jurídica construída pelo estado juiz (efeito normativo). A essa situação jurídica, que atinge a norma concreta e que impossibilita a sua discussão, dá-se o nome de “coisa julgada”. (MOREIRA, 1974, p. 145)

Sendo difícil limitar a produção de efeitos da sentença somente às partes litigantes, com a ideia de coisa julgada, é possível ao menos restringir a forma como se afetam os receptores dos efeitos emanados pela sentença.

Aqui, entra e sobressai a importância dos conceitos de parte. Em regra, apenas as partes da relação jurídica processual é que a coisa julgada material atinge. Em nosso sistema, aos terceiros, é vedada a produção de prejuízos pela configuração da coisa julgada, ainda que possam estes sentir efeitos advindos da sentença.

Ocorre que, mesmo que não sendo possível a extensão da coisa julgada material a terceiros, como regra, estes poderão ser receptores de efeitos jurídicos reflexos. Isso porque existem situações excepcionais que fogem à regra de limitação subjetiva

12 Por esse motivo, a lei obriga o locador a dar ciência da ação de despejo ao sublocatário, que poderá atuar no processo como assistente, consoante art. 59, § 2º, da Lei nº 8.245/91.

13 Ainda que não seja inata à mesma, entendemos que a coisa julgada, em nosso ordenamento jurídico, só decorre da atividade jurisdicional por escolha legislativa.

da coisa julgada prevista no artigo 506¹⁴ do Código de Processo Civil de 2015 (BRASIL, CPC, 2015), em que um terceiro, ainda que não tenha participado do processo, sente os efeitos diretos, e não apenas reflexos, produzidos por uma decisão judicial acobertada pela coisa julgada material.

Essa situação de exceção, que não é rara de ocorrer em demandas que veiculem lesões a direitos humanos, justifica encontrar meios de garantir a todos os efeitos benéficos de uma decisão construída em um ambiente subjetivo limitado.

No que diz respeito aos aspectos objetivos da decisão judicial, existe a disposição normativa expressa do artigo 492 do CPC/2015, que limita o que pode ser deferido levando em conta o que foi pedido,¹⁵ baseando-se no que se denomina de dever de correspondência entre pedido e sentença.

Fica claro que o pedido formulado pelo autor limita a atuação judicial de forma a proibir que possa o juiz decidir fora do pedido, sob pena de nulidade ou até de inexistência do quanto decidido.¹⁶ (WAMBIER; MEDINA, 2003, p. 78-85)

Nesse panorama, a decisão representa apenas e tão somente uma escolha entre as opções postas pelas partes, mesmo que o órgão decisório entenda que nenhuma das opções apresente a solução mais eficaz para o problema examinado.

Não se pode negar que tais escolhas normativas atendem bem aos litígios individuais e de pouca complexidade ou repercussão social, sendo, porém, inadequadas a toda classe de administração de litígios judiciais, escancarando, diante da complexidade do problema, como é ineficaz a estrutura do processo civil clássico.

Cabe aqui um exemplo:

Pense-se em uma demanda em que certa pessoa pretende uma cirurgia de emergência junto ao sistema público de saúde. Ao contrário do que se pode imaginar, este (aparentemente) inocente litígio não é apenas entre o seu direito à saúde (ou à vida) e o interesse à tutela do patrimônio público do Estado. Ele embute em seu seio graves questões de política pública, de alocação de recursos públicos e, ultimately, de determinação do próprio interesse público. Com efeito, o juiz, ao decidir essa demanda, poderá estar, por exemplo, desalojando da prioridade de cirurgias do Poder Público outro paciente quiçá em estado ainda mais grave do que o autor. Poderá também estar retirando

14 “Art. 506. A sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não prejudicando terceiros”. (BRASIL, CPC, 2015)

15 “Art. 492. É vedado ao juiz proferir decisão de natureza diversa da pedida, bem como condenar a parte em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado”. (BRASIL, CPC, 2015)

16 Nesse sentido, ver Wambier e Medina (2003).

do recursos – dinheiro, pessoal, tempo etc. – de outra finalidade pública essencial. E sem dúvida, estará, sempre, interferindo na gestão da política de saúde local, talvez sem sequer saber a dimensão de sua decisão. (ARENHART, 2013, p. 5)

Uma solução a esse problema, em um esquema tradicional de gestão de demandas, termina por limitar a visão do magistrado ao que as partes trazem e pedem, e não de toda a complexidade do problema social que é subjacente à demanda apresentada, seja pela possibilidade de interferência no âmbito econômico, político, social ou cultural. (FISS, 1979, p. 18-19; JOBIM, 2013, p. 96-97) Esse tipo de visão parcial fica claro diante de problemas ligados à tutela coletiva de interesses ou direitos difusos, como em ação em que se discutem “o fornecimento de medicação a todo um grupo de pacientes, a construção de escolas ou de hospitais, ou a eliminação de certo cartel”. (ARENHART, 2016, p. 7)

Fica claro que, diante de demandas mais complexas, é insuficiente o repositório processual clássico, devendo-se buscar novos vetores para atividade judicial que permitam um melhor tratamento de tais questões complexas. É necessário oferecer aos órgãos decisórios novos padrões de atuação e maior capacidade de gerir a eficácia das decisões judiciais com parâmetros mais flexíveis do que aqueles construídos sob a ideia de adstrição do deferido ao quanto pedido.

É importante observar, então, quais as características dos direitos humanos que muitas vezes impedem que as decisões judiciais consigam implementar sua real eficácia.

Propriedade como direito humano a incompatibilidade com o formato tradicional de acesso à justiça

A fórmula processual baseada em litígios individuais revela sua insuficiência especialmente quando se trata de demandas que envolvem direitos humanos. Ilustrativamente, vejamos as questões relacionadas à propriedade.

A relação entre propriedade e lei é complexa (KENT; MCMILLIAN, 2011),¹⁷ pois tanto há quem entenda que aquela preexiste ao Estado (acepção naturalista)

17 O *paper* trata da interessante série *Deadwood*, exibida pela HBO entre 2004 e 2006 e aclamada pela crítica, em que se narra a descoberta do ouro em 1876 no incipiente acampamento de Deadwood, Dakota do Sul, antes de ser anexado ao Território de Dakota, atraindo hordas de recém-chegados em busca de riqueza sem necessidade de submissão a qualquer regra legal. Como o acampamento não está sob jurisdição alguma, a

como há quem afirme que a propriedade coexiste com o Estado (acepção positivista). Outrossim, a propriedade, enquanto mentalidade (GROSSI, 2006, p. 16), pode se apoiar tanto em uma perspectiva individualista quanto numa ótica comunitária.

Por outro lado, é possível definir o direito de propriedade a partir do viés dos direitos humanos – a nível internacional, regional ou nacional –, o que exige dos Estados o cumprimento de diversas obrigações, especialmente quando se trata de direitos a alimentação, a habitação adequada e a segurança. (GOLAY; CISMAS, 2010)

É possível, outrossim, pensar os direitos intelectuais associados a direitos humanos, como já vem fazendo boa parte da doutrina americana e europeia, a partir de instrumentos internacionais. (HELPER, 2003, 2007, 2008; YU, 2007a, 2007b, 2012)

Contudo, mesmo após o reconhecimento do direito à propriedade na *Declaração dos direitos do homem e do cidadão* (da Revolução Francesa, em 1789) e no *Bill of rights* (dos Estados Unidos da América), a classificação da propriedade como um direito humano continua a suscitar controvérsias. Se a propriedade é tomada como liberdade civil, a sua disponibilidade seria contrária à inalienabilidade característica dos direitos humanos. Contudo, se entendida como direito econômico e social, a propriedade guarda relação direta com outros direitos humanos, a exemplo do direito à alimentação, em que a própria comida pode ser vendida. Esta última visão deixa os críticos mais à vontade com a classificação do direito à propriedade como direito humano. (GOLAY; CISMAS, 2010, p. 3-4)

Fato é que, enquanto direito humano, a propriedade é diretamente protegida em diversos tratados internacionais, a exemplo da *Declaração universal dos direitos humanos*, de 1948 (art. 17); da *Convenção sobre o estatuto dos refugiados*, de 1951 (art. 13);¹⁸ da *Convenção sobre o estatuto dos apátridas*, de 1954 (art. 13);¹⁹ da *Convenção americana de direitos humanos* (art. 21); da *Convenção internacional sobre a eliminação*

série narra como a ordem surge do caos, pois o reconhecimento e a proteção dos direitos de propriedade desempenham papel central na jornada da anarquia à lei.

18 “Article 13 - Movable and immovable property

The Contracting States shall accord to a refugee treatment as favourable as possible and, in any event, not less favourable than that accorded to aliens generally in the same circumstances, as regards the acquisition of movable and immovable property and other rights pertaining thereto, and to leases and other contracts relating to movable and immovable property”. Cf. em: <http://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/StatusOfRefugees.aspx>.

19 “Article 13 - Movable and immovable property

The Contracting States shall accord to a stateless person treatment as favourable as possible and, in any event, not less favourable than that accorded to aliens generally in the same circumstances, as regards the acquisition of movable and immovable property and other rights pertaining thereto, and to leases and other contracts relating to movable and immovable property”. Cf. em: <http://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/StatelessPersons.aspx>.

de todas as formas de discriminação racial, de 1965 (art. V, “d”, v);²⁰ da Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra as mulheres, de 1979 (art. 16, 1, “h”);²¹ da Convenção sobre os direitos da criança, de 1989 (art. 2º, 1);²² da Convenção internacional sobre a proteção dos direitos de todos os trabalhadores migrantes e dos membros das suas famílias, de 1990 (art. 15);²³ entre outros tratados.

Por outro lado, causa espécie a ausência de proteção à propriedade no *Pacto internacional sobre direitos civis e políticos* e no *Pacto internacional sobre direitos econômicos, sociais e culturais*, ambos de 1966. Com base no estudo dos documentos preparatórios, Golay e Cismas (2010, p. 4) explicam que o silêncio decorreu, à época, das visões antagônicas dos blocos ocidental e oriental. Atualmente, a concepção de que a propriedade não é absoluta e sofre restrições pelo Estado teria sido o motivo determinante para a não inclusão posterior.

No que concerne especificamente à propriedade coletiva, há proteção expressa, por exemplo, na *Declaração universal dos direitos humanos* (art. 17);²⁴ na *Convenção*

20 “Article 5

In compliance with the fundamental obligations laid down in article 2 of this Convention, States Parties undertake to prohibit and to eliminate racial discrimination in all its forms and to guarantee the right of everyone, without distinction as to race, colour, or national or ethnic origin, to equality before the law, notably in the enjoyment of the following rights:

[...]

(d) Other civil rights, in particular:

[...]

(v) The right to own property alone as well as in association with others”. Cf. em: <http://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/CERD.aspx>.

21 “Article 16

1. States Parties shall take all appropriate measures to eliminate discrimination against women in all matters relating to marriage and family relations and in particular shall ensure, on a basis of equality of men and women:

[...]

(h) The same rights for both spouses in respect of the *ownership*, acquisition, management, administration, enjoyment and disposition of property, whether free of charge or for a valuable consideration”. Cf. em: <http://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/CEDAW.aspx>.

22 “Article 2

1. States Parties shall respect and ensure the rights set forth in the present Convention to each child within their jurisdiction without discrimination of any kind, irrespective of the child’s or his or her parent’s or legal guardian’s race, colour, sex, language, religion, political or other opinion, national, ethnic or social origin, *property*, disability, birth or other status”. Cf. em: <http://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/CRC.aspx>.

23 “Article 15

No migrant worker or member of his or her family shall be arbitrarily deprived of property, whether owned individually or in association with others. Where, under the legislation in force in the State of employment, the assets of a migrant worker or a member of his or her family are expropriated in whole or in part, the person concerned shall have the right to fair and adequate compensation”. Cf. em: <http://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/CMW.aspx>.

24 “1. Toda a pessoa, individual ou colectiva, tem direito à propriedade.

2. Ninguém pode ser arbitrariamente privado da sua propriedade”. Essa é a tradução oficial para o português feita pelo Centro de Informação das Nações Unidas em Portugal e disponibilizada eletroni-

internacional para a eliminação de todas as formas de discriminação racial (art. V, “d”, v);²⁵ e na *Convenção internacional sobre a proteção dos direitos de todos os trabalhadores migrantes e dos membros das suas famílias*, de 1990 (art. 15).²⁶

O modelo não individual de propriedade é ainda mais evidente nos instrumentos internacionais de proteção dos direitos dos povos indígenas, como a Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho sobre povos indígenas e tribais, de 1989 (art. 4º, 1, e 14),²⁷ e a *Declaração universal dos direitos dos povos indígenas*, de 2007 (art. 11 e 31).²⁸

camente no sítio da Organização das Nações Unidas (cf. <http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Pages/Language.aspx?LangID=por>). A tradução disponibilizada eletronicamente (cf. <http://unesdoc.unesco.org/ima-ge/0013/001394/139423por.pdf>) pela representação da Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (Unesco) no Brasil é distinta (“1. Todo ser humano tem direito à propriedade, só ou em sociedade com outros”), mas mantém a ideia de propriedade não individual como direito humano.

25 “Artigo V - De conformidade com as obrigações fundamentais enunciadas no artigo 2, Os Estados Partes comprometem-se a proibir e a eliminar a discriminação racial em todas as formas e a garantir o direito de cada uma à igualdade perante a lei sem distinção de raça, de cor ou de origem nacional ou étnica, principalmente no gozo dos seguintes direitos:

[...]

d) Outros direitos civis, principalmente,

[...]

v) direito de qualquer pessoa, tanto individualmente como *em conjunto*, à propriedade”. Tradução constante do Decreto nº 65.810, de 8 de dezembro de 1969. Cf. em:

<http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaTextoIntegral.action?id=94836>. Acesso em: 14 jan. 2018.

26 “Artigo 15º

Nenhum trabalhador migrante ou membro da sua família será arbitrariamente privado dos bens de que seja o único titular *ou que possua conjuntamente com outrem*. A expropriação total ou parcial dos bens de um trabalhador migrante ou membro da sua família só pode ser efectuada nos termos da legislação vigente no Estado de emprego mediante o pagamento de uma indemnização justa e adequada”. Cf. tradução disponível em: <https://www.oas.org/dil/port/1990%20Conven%C3%A7%C3%A3o%20Internacional%20sobre%20a%20Protec%C3%A7%C3%A3o%20dos%20Direitos%20de%20Todos%20os%20Trabalhadores%20Migrantes%20e%20suas%20Fam%C3%ADlias,%20a%20resolu%C3%A7%C3%A3o%2045-158%20de%2018%20de%20dezembro%20de%201990.pdf>.

27 “Article 4

1. Special measures shall be adopted as appropriate for safeguarding the persons, institutions, property, labour, cultures and environment of the peoples concerned”.

“Article 14

1. The rights of ownership and possession of the peoples concerned over the lands which they traditionally occupy shall be recognised. In addition, measures shall be taken in appropriate cases to safeguard the right of the peoples concerned to use lands not exclusively occupied by them, but to which they have traditionally had access for their subsistence and traditional activities. Particular attention shall be paid to the situation of nomadic peoples and shifting cultivators in this respect.

2. Governments shall take steps as necessary to identify the lands which the peoples concerned traditionally occupy, and to guarantee effective protection of their rights of ownership and possession.

3. Adequate procedures shall be established within the national legal system to resolve land claims by the peoples concerned”. Cf. em: <http://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/Indigenous.aspx> e http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5051.htm.

28 “Article 11

1. Indigenous peoples have the right to practise and revitalize their cultural traditions and customs. This includes the right to maintain, protect and develop the past, present and future manifestations of their

A concepção de propriedade não individual demonstra que os conflitos que envolvem direitos humanos não se ajustam à simplificação processual que toma como base a ideia de precisa delimitação da lide, terminando por deixar de fora possíveis interessados, ao tempo que cria problemas de efetivação das decisões judiciais. Como garantir, por uma decisão judicial, a proteção de uma propriedade coletiva, especialmente quando associada a outros direitos humanos, como alimentação adequada, moradia etc.?²⁹

Esse tipo de demanda exige um esquema processual distinto do tradicional, que se assegure, a um só tempo, o reconhecimento de direitos não individuais e a sua efetivação, o que não se consegue com uma decisão que apenas declare um direito, constitua, modifique ou extinga uma relação jurídica individual ou condene uma pessoa a uma prestação.

As decisões estruturais

Demonstrado o déficit entre o esquema clássico e a complexidade de certas demandas, é necessário encontrar meios que permitam uma melhor administração das decisões e de seus efeitos sociais.

Aqui, ressalta-se a importância de pensar em decisões que se liguem a problemas estruturais, sendo chamadas de decisões estruturais. O surgimento de tais de-

cultures, such as archaeological and historical sites, artefacts, designs, ceremonies, technologies and visual and performing arts and literature.

2. States shall provide redress through effective mechanisms, which may include restitution, developed in conjunction with indigenous peoples, with respect to their cultural, intellectual, religious and spiritual property taken without their free, prior and informed consent or in violation of their laws, traditions and customs”.

“Article 31

1. Indigenous peoples have the right to maintain, control, protect and develop their cultural heritage, traditional knowledge and traditional cultural expressions, as well as the manifestations of their sciences, technologies and cultures, including human and genetic resources, seeds, medicines, knowledge of the properties of fauna and flora, oral traditions, literatures, designs, sports and traditional games and visual and performing arts. They also have the right to maintain, control, protect and develop their intellectual property over such cultural heritage, traditional knowledge, and traditional cultural expressions.

2. In conjunction with indigenous peoples, States shall take effective measures to recognize and protect the exercise of these rights”. Disponível em: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N06/512/07/PDF/N0651207.pdf?OpenElement>.

29 Nesse sentido, cf. UNITED NATIONS. *Land and Human Rights: Annotated Compilation of Case Law*. 2015. Disponível em: http://www.ohchr.org/Documents/Publications/Land_HR-CaseLaw.pdf. Acesso em: 21 jan. 2017.

cisões vem do sistema norte-americano, sendo lá chamadas de *structural injunction*. (THOMAS, 2007, p. 113)

Percebeu-se que muitas decisões sobre questões complexas exigem soluções que vão além de decisões simples a respeito de relações lineares entre as partes. Exigem respostas difusas, com várias imposições, ou medidas que se imponham gradativamente. São decisões que se orientam para uma perspectiva futura, tendo em conta a mais perfeita resolução da controvérsia como um todo, evitando que a decisão judicial se converta em problema maior do que o litígio que foi examinado.

As questões típicas de litígios estruturais envolvem valores amplos da sociedade, no sentido não apenas de que há vários interesses concorrentes em jogo, mas também de que as esferas jurídicas de vários terceiros podem ser afetadas pela decisão judicial. (DOBBS, 1993, p. 641)

Um dos casos que ajudam a entender o caráter complexo dos litígios estruturais e do perigo de que uma decisão orientada apenas para o caso pode vir a trazer mais problemas do que solução é o caso *Brown v. Board of Education (Brown II)*.³⁰

Nesse caso, tendo em vista uma ação coletiva movida contra o município de Topeka, localizado no Estado Federado de Kansas, alguns pais se insurgiram contra a segregação racial legalizada e admitida nas escolas fundamentais da cidade. Ao decidir, mediante um amplo debate, a Suprema Corte, de forma unânime, concluiu pela inconstitucionalidade da prática impugnada, com base na Décima Quarta Emenda à Constituição dos Estados Unidos da América,³¹ pondo fim da prática e a doutrina dos “separados, mas iguais”.

Essa foi uma decisão que se deu com base no modelo clássico de gestão de demandas, admitindo-se o pleito de um polo com relação ao outro, pondo fim àquele caso específico.

Ocorre que, cerca de um ano mais tarde, surgiram várias queixas de instituições de ensino que narravam a dificuldade de implantar a nova política de não discriminação. Com isso, houve a necessidade de se reexaminar o caso originário, nascendo uma nova decisão chamada de *Brown v. Board of Education II*. As modificações quanto à decisão originária foram significativas.

Na nova decisão, dada a resistência em atender o novo marco de ação estabelecido pela primeira decisão, foi decidido que o cumprimento da ordem de

30 Supreme Court of the United States, 349 U. S. 294 (1955).

31 Supreme Court of the United States, 347 U. S. 483 (1954).

não segregação de crianças negras em escolas ocorreria de maneira progressiva, com a adoção de medidas que paulatinamente acabassem com os óbices criados pela discriminação, sendo a sua implementação dada sob a tutela dos tribunais locais. Tal plano de execução visou levar em conta as peculiaridades de cada local, proporcionando uma decisão mais aderente às circunstâncias específicas de cada localidade.

Ainda que o fim da segregação não se tenha dado pela via judicial, esse caso deixou clara a necessidade de perceber um modelo de decisão que se adapte à realidade da sociedade, e não só das partes, e permitiu a construção das bases para a ideia das *structural injunctions*, como um tipo de decisão mais flexível para a solução das controvérsias e que levaria não só em conta os interesses dos envolvidos diretamente, mas de toda a coletividade.

Decisões estruturais no direito brasileiro

De forma muito incipiente, começam a surgir no Brasil algumas decisões estruturais. É algo que é natural em um modelo judicial de gestão de litígios que se orienta para uma prestação universalista, não se destinando apenas aos casos mais simples, mas também aos mais complexos. Assim, as decisões estruturais não são uma categoria abstrata, sem impactos no campo prático. São, sim, uma resposta necessária para a resolução de litígios complexos em qualquer sistema processual em que se admita, por exemplo, a intervenção do judiciário em questões que envolvam políticas públicas ou grandes intervenções nas relações privadas.

É no campo das políticas públicas, ou ainda, naquele em que se trata dos direitos humanos por meio de efetivação de decisões judiciais que se encontra o campo propício para a tomada de decisões estruturais. Isso se deve ao fato de que as soluções encontradas dificilmente se adequam ao sistema binário da procedência e improcedência, reverberando em cascata em outros setores da sociedade.

Vale frisar que tem sido um movimento que tem ocorrido à revelia de autorização expressamente consagrada em dispositivos normativos, decorrendo de uma interpretação sistêmica de todo o sistema normativo processual, partindo de uma

construção que tem base nas garantias, reconhecidas pela Constituição Federal, do devido processo legal³² e da inafastabilidade do Poder Judiciário.³³

Um exemplo relacionado com a prestação da saúde pública envolve uma decisão que determina o fornecimento de medicamento a um doente necessitado fora do quanto pedido do autor, estabelecendo condições e limites para o fornecimento desse produto.³⁴

Uma das características das decisões estruturais se liga a estabelecer condições para sua implementação paulatina, representando uma decisão condicionada, o que, em uma interpretação primeira, é vedada pelo sistema processual pátrio que exige que a decisão seja sempre certa, ainda que decida sobre relação condicional.³⁵

32 “Art. 5º [...] LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. (BRASIL, 1988)

33 “Art. 5º [...] XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. (BRASIL, 1988)

34 Assim, por exemplo, TRF4, AG 5013541-12.2013.404.0000, 3ª Turma, Rel. Desembargador Federal Fernando Quadros da Silva, D.E. 03/07/2013; TRF4, AG 5008912-92.2013.404.0000, 3ª Turma, Rel. Desembargador Federal Fernando Quadros da Silva, D.E. 19/06/2013; TRF4, AG 5012227-31.2013.404.0000, Quarta Turma, Relatora Vivian Josete Pantaleão Caminha, D.E. 21/06/2013. Aliás, nesse âmbito, paradigmática é a decisão do Superior Tribunal de Justiça ao julgar o Agravo Regimental no Agravo do Recurso Especial nº 85.191/MG, que tem como ementa: “ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO QUE OBJETIVA O FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO/TRATAMENTO MÉDICO. ACÓRDÃO PROFERIDO EM SEDE DE DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO OBRIGATÓRIO, QUE DECIDE PELA APRESENTAÇÃO, MÊS A MÊS, DE PRESCRIÇÃO MÉDICA ATUALIZADA COMO ‘FORMA DE FISCALIZAÇÃO PARA O SISTEMA DE FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS’. INEXISTÊNCIA DE JULGAMENTO EXTRA PETITA. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. 1. O recurso especial que se quer admitido foi interposto contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais que externou o entendimento de que ‘o fato de o acórdão determinar que o embargante apresente receita mensal atualizada como condição de recebimento do medicamento não caracteriza como decisão *extra petita*, e, sim, como forma de fiscalização para o sistema de fornecimento de medicamentos’ (fl. 174). 2. O fato de, em sede de reexame necessário, o Tribunal de Justiça considerar que a apresentação do receituário médico deve-se dar mensalmente, ‘como forma de fiscalização para o sistema de fornecimento de medicamentos’ (fl. 174), não configura supressão de instância nem implica em julgamento *extra petita*, porquanto o duplo grau de jurisdição obrigatório previsto no art. 475 do Código de Processo Civil - CPC não restringe o conhecimento da material devolvida às alegações recursais das partes litigantes. Precedentes: AgRg no REsp 1135605/SC, Rel. MIN. Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 22/03/2011; REsp 935.496/PR, Rel. MIN. José Delgado, Primeira Turma, DJe 24/04/2008; AgRg no REsp 839.405/MG, Rel. MIN. José Delgado, Primeira Turma, DJ 14/09/2006. 3. De outro lado, nada obsta que o Tribunal de origem, em sede de reexame necessário, zele pela administração pública, determinando, por meio do poder geral de cautela, mecanismo que visa tão somente assegurar a impessoalidade, a moralidade e a eficiência na prestação do serviço público de saúde, que se dará de forma excepcional. 4. Não há falar em violação dos artigos 165, 458, 535 do CPC, quando o Tribunal de origem julga a matéria, de forma clara, coerente e fundamentada, pronunciando-se, suficientemente, sobre os pontos que entendeu relevantes para a solução da controvérsia. 5. Agravo regimental não provido”. STJ, 1ª Turma. AgRg no AREsp 85.191/MG. Rel. Min. Benedito Gonçalves. DJe 23.02.12.

35 “Art. 492. É vedado ao juiz proferir decisão de natureza diversa da pedida, bem como condenar a parte em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado. Parágrafo único. A decisão deve ser certa, ainda que resolva relação jurídica condicional”. (BRASIL, CPC, 2015)

(BRASIL, art. 492, CPC, 2015) Aqui, porém, é necessário adequar a decisão às peculiaridades do caso analisado, pois seria inviável garantir o fornecimento da medicação de forma indefinida ou incumbir à parte ré a demonstração da desnecessidade da medicação fármaco, fazendo cessar a eficácia da decisão. Visto desse ângulo, não há como reprovar a condição estabelecida na decisão para a continuidade do fornecimento pleiteado pela parte autora.

Enfim, a amplitude das medidas determinadas e a variação do conteúdo da decisão ao longo do tempo – em razão da modificação das condições da causa – demonstram claramente que outro tipo de provimento não seria adequado ao caso, razão pela qual a técnica estrutural seria a única viável na situação.

Fica clara, então, a lógica que domina a construção de decisões estruturais: permitir uma adequada solução do litígio, mirando a efetivação da decisão, ainda que, para isso, seja necessário criar medidas continuadas para sua efetivação.

Conclusões

Após tudo o quanto exposto, temos que:

- a. A teoria geral do processo, a ciência processual e o direito processual civil nasceram e se desenvolveram em um ambiente centralizado em torno da visualização dos direitos individuais e de sua possível identificação em torno de sujeitos específicos.
- b. Ainda que se trate de uma simplificação da complexa tessitura social, é uma visão que se mostra adequada e eficaz para a imensa maioria dos conflitos ligados ao direito privado.
- c. É com base nesse mesmo tipo de escolhas que se limita a construção subjetiva da decisão, criando-se a ideia de adstrição da sentença aos limites feitos no pedido, por exemplo.
- d. Fica claro que, diante de demandas mais complexas, é insuficiente o repertório processual clássico, devendo-se buscar novos vetores para atividade judicial que permitam um melhor tratamento de tais questões complexas.
- e. É necessário oferecer aos órgãos decisórios novos padrões de atuação e maior capacidade de gerir a eficácia das decisões judiciais com parâmetros

mais flexíveis do que aqueles construídos sob a ideia de adstrição do deferido ao quanto pedido.

- f. A fórmula processual baseada em litígios individuais revela sua insuficiência especialmente quando se trata de demandas que envolvem direitos humanos, inclusive naquelas em que se trata de questões relacionadas à propriedade.
- g. É possível definir o direito de propriedade a partir do viés dos direitos humanos – a nível internacional, regional ou nacional –, o que exige dos Estados o cumprimento de diversas obrigações, especialmente quando se trata de direitos a alimentação, a habitação adequada e a segurança.
- h. Fato é que, enquanto direito humano, a propriedade é diretamente protegida em diversos tratados internacionais, a exemplo da *Declaração universal dos direitos humanos*, de 1948 (art. 17); da *Convenção sobre o estatuto dos refugiados*, de 1951 (art. 13); da *Convenção sobre o estatuto dos apátridas*, de 1954 (art. 13); da *Convenção americana de direitos humanos* (art. 21); da *Convenção internacional sobre a eliminação de todas as formas de discriminação racial*, de 1965 (art. V, “d”, v); da *Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra as mulheres*, de 1979 (art. 16, 1, “h”); da *Convenção sobre os direitos da criança*, de 1989 (art. 2º, 1); da *Convenção internacional sobre a proteção dos direitos de todos os trabalhadores migrantes e dos membros das suas famílias*, de 1990 (art. 15); entre outros tratados.
- i. No que concerne especificamente à propriedade coletiva, há proteção expressa, por exemplo, na *Declaração universal dos direitos humanos* (art. 17); na *Convenção internacional para a eliminação de todas as formas de discriminação racial* (art. V, “d”, v); e na *Convenção internacional sobre a proteção dos direitos de todos os trabalhadores migrantes e dos membros das suas famílias*, de 1990 (art. 15).
- j. A concepção de propriedade não individual demonstra que os conflitos que envolvem direitos humanos não se ajustam à simplificação processual que toma como base a ideia de precisa delimitação da lide, terminando por deixar de fora possíveis interessados, ao tempo que cria problemas de efetivação das decisões judiciais.

- k. Esse tipo de demanda exige um esquema processual distinto do tradicional, que se assegure, a um só tempo, o reconhecimento de direitos não individuais e a sua efetivação, o que não se consegue com uma decisão que apenas declare um direito, constitua, modifique ou extinga uma relação jurídica individual ou condene uma pessoa a uma prestação.
- l. Ressalta-se a importância de pensar em decisões que se liguem a problemas estruturais, sendo chamadas de decisões estruturais.
- m. Percebeu-se que muitas decisões sobre questões complexas exigem soluções que vão além de decisões simples a respeito de relações lineares entre as partes. Exigem respostas difusas, com várias imposições ou medidas que se imponham gradativamente. São decisões que se orientam para uma perspectiva futura, tendo em conta a mais perfeita resolução da controvérsia como um todo, evitando que a decisão judicial se converta em problema maior do que o litígio que foi examinado.
- n. De forma muito incipiente, começam a surgir no Brasil algumas decisões estruturais. É algo que é natural em um modelo judicial de gestão de litígios que se orienta para uma prestação universalista, não se destinando apenas aos casos mais simples, mas também aos mais complexos. Assim, as decisões estruturais não são uma categoria abstrata, sem impactos no campo prático.
- o. São, sim, uma resposta necessária para a resolução de litígios complexos em qualquer sistema processual em que se admita, por exemplo, a intervenção do judiciário em questões que envolvam políticas públicas ou grandes intervenções nas relações privadas.
- p. Vale frisar que tem sido um movimento que tem ocorrido à revelia de autorização expressamente consagrada em dispositivos normativos, decorrendo de uma interpretação sistêmica de todo o sistema normativo processual, partindo de uma construção que tem base nas garantias, reconhecidas pela Constituição Federal, do devido processo legal e da inafastabilidade do Poder Judiciário.
- q. Enfim, a amplitude das medidas determinadas e a variação do conteúdo da decisão ao longo do tempo – em razão da modificação das condições da causa – demonstram claramente que outro tipo de provimento não seria

adequado ao caso, razão pela qual a técnica estrutural seria a única viável na situação.

- r. Fica clara, então, a lógica que domina a construção de decisões estruturais: permitir uma adequada solução do litígio, mirando a efetivação da decisão, ainda que, para isso, seja necessário criar medidas continuadas para sua efetivação.

Referências

- ALVIM, Thereza. *O direito processual de estar em juízo*. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 1996.
- ALVIM, José Eduardo Carreira. *Elementos de teoria geral do processo*. Rio de Janeiro: Forense, 1995.
- ARENHART, Sérgio Cruz. Decisões estruturais no processual civil brasileiro. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 225, p. 391, nov. 2013. Disponível em: www.academia.edu. Acesso em: 18 set. 2016.
- BEVILÁQUA, Clovis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*. v. 2. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1932.
- BRASIL. Lei nº 8.245, de outubro de 1991. Dispõe sobre as locações dos imóveis urbanos e os procedimentos a elas pertinentes. Brasília, art. 59, § 2º, 1991. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8245.htm. Acesso em: 14 jan. 2018.
- BRASIL. [Constituição Federal [da] República (1988)], 05 de outubro de 1988. Instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional. Brasília. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 14 jan. 2018.
- BUENO, Cássio Scarpinella Bueno. *Partes e terceiros no processo civil brasileiro*. 2. ed. rev., atual. aum. São Paulo: Saraiva, 2006.

CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de derecho procesal civil*. Traducción. Niceto Alcalá-Zamora y Castillo e Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Uthea, 1944. Tomo I.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Campinas: Bookseller, 2002.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno*. v. 1. São Paulo: Malheiros, 2000.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. v. 2. São Paulo: Malheiros, 2004.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Intervenção de Terceiros*. São Paulo: Malheiros, 1997.

DOBBS, Dan B. *Law of remedies: damages, equity, restitution*. 2. ed. St. Paul: Thomson: West Group, 1993. (Hornbook Series).

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

FISS, Owen. The forms of justice. *Harvard Law Review*, Estados Unidos, v. 93, n. 1, p. 18-19, nov. 1979.

GOLAY, Christophe; CISMAS, Ioana. *Legal Opinion: The Right to Property from a Human Rights Perspective*. Digital Repository SSRN, Rochester, NY, 2010. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1635359>. Acesso em: 10 fev. 2017.

GROSSI, Paolo. A propriedade e as propriedades na oficina do historiador. In: GROSSI, Paolo. *História da propriedade e outros ensaios*. Tradução de: Luiz Ernani Fritoli, Ricardo Marcelo Fonseca. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

HELPER, Laurence R. Human Rights and Intellectual Property: Conflict or Coexistence? *Minnesota Journal of Law, Science & Technology*, United States, v. 5, p. 47, 2003. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.459120>. Acesso em: 10 fev. 2017.

HELPER, Laurence R. Toward a Human Rights Framework for Intellectual Property. *U.C. Davis Law Review*, United States, v. 40, p. 971, 2007.

HELPER, Laurence R. The New Innovation Frontier? Intellectual Property and the European Court of Human Rights. *Harvard International Law Journal*, Cambridge,

United States, v. 49, p. 1, 2008. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=976485>. Acesso em: 10 fev. 2017.

JOBIM, Marco Félix. *Medidas estruturantes: da Suprema Corte estadunidense ao Supremo Tribunal Federal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. (Temas de Direito Processual Civil, 5).

KENT, Michael B.; MCMILLIAN, Lance. *The world of Deadwood: property rights and the search for human identity*. *Interdisciplinary Law Journal*, Southern California, v. 20, n. 489, mar. 2011. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1567749>. Acesso em: 10 fev. 2017.

LIEBMAM, Enrico Túlio. *Manual de direito processual civil*. 3. ed. Tradução Cândido Rangel Dinamarco. São Paulo: Malheiros, 2005.

MARINONI, Luis Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento: a tutela jurisdicional através do processo de conhecimento*. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2011.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Ainda e sempre a coisa julgada. In: MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Direito processual civil: ensaios e pareceres*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1974.

THOMAS, Tracy A. The continued vitality of prophylactic relief. *The review of litigation*, Institutional Repository of Akron University in Akron, Ohio, USA, v. 27, n. 117, out. 2007.

VIOLIN, Jordão. *Protagonismo judiciário e processo coletivo estrutural*. Salvador: JusPodium, 2013.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. *O dogma da coisa julgada*. São Paulo: RT, 2003.

YU, Peter K. Reconceptualizing Intellectual Property Interests in a Human Rights Framework. *U.C. Davis Law Review*, Michigan, United States, v. 40, p. 1039-1149, 2007a. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=927335>. Acesso em: 10 fev. 2017.

YU, Peter K. Ten Common Questions About Intellectual Property and Human Rights. *Georgia State University Law Review*, United States, v. 23, p. 709-753, 2007b. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=1090241>. Acesso em: 10 fev. 2017.

YU, Peter K. Intellectual Property and Human Rights in the Nonmultilateral Era (September 12, 2011). *Florida Law Review*, Florida, v. 64, p. 1045-1100, 2012. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=1926102>. Acesso em: 10 fev. 2017.

POVOS E COMUNIDADES TRADICIONAIS NA BACIA DO RIO SÃO FRANCISCO NA BAHIA – DESAFIOS PARA SUPERAÇÃO DA INJUSTIÇA AMBIENTAL

*Luciana Espinheira da Costa Khoury
Julio Cesar de Sá da Rocha*

Introdução

A Bacia do São Francisco é formada por uma sociodiversidade de povos e comunidades tradicionais que lhe confere identidade em sua extensão de 2.700 quilômetros. Na Bahia, estão presentes diversas comunidades que possuem uma relação visceral com o Velho Chico e são alimentadas por esse rio e também o alimentam.

Traduzindo essa relação, frei Luiz Cappio sempre afirmava “Rio sem povo não é Rio e povo sem Rio não é Povo”. (MOREIRA, 2008)

Ocorre que, da forma como vem ocorrendo o modelo de desenvolvimento na Bacia na Bahia, as prioridades e os olhares estão voltados para a utilização exploratória à exaustão dos elementos da natureza e estão sendo impactados ou violentados em seus direitos humanos os seus povos e suas comunidades tradicionais.

Os grandes empreendimentos, que demandam água e outros recursos naturais em grandes dimensões e servem para exportação, estão sendo implantados sem respeito à legislação ambiental. A consequência é a grave crise hídrica-ambiental

vivenciada no São Francisco e os impactos mais acentuados sobre os seus povos e suas comunidades tradicionais em verdadeira caracterização de injustiça ambiental.

Grandes empreendimentos e conflitos socioambientais na Bacia do São Francisco

O modelo de desenvolvimento adotado na Bacia do São Francisco, já há bastante tempo, vem sendo caracterizado pela acumulação de terra, território e água para os grandes empreendimentos, sendo assim demandador em grandes proporções de recursos naturais.

Essa é a conclusão a que se chega a partir do diagnóstico realizado pelo Programa da Fiscalização Preventiva Integrada (FPI) na Bacia do São Francisco na Bahia. Esse programa continuado e permanente visa especialmente preservar os recursos naturais e melhorar a qualidade de vida do povo da Bacia Hidrográfica do Rio São Francisco, identificando os danos ambientais e adotando de imediato as sanções administrativas para o respectivo dano detectado. Além disso, as informações são registradas em relatório conjunto e servem de base para a responsabilização civil e criminal dos infratores ambientais, ao serem remetidos os autos e relatórios aos Ministérios Públicos para essa finalidade.

É importante registrar que a FPI congrega o olhar interdisciplinar dos diversos órgãos. Atualmente, conta com 30 órgãos, integrando o Ministério Público da Bahia, Ministério Público Federal, Ministério Público do Trabalho, órgãos ambientais, de saúde, de patrimônio cultural, polícias, além de colaboradores especialistas e o Comitê da Bacia do São Francisco, buscando compreender a complexidade dos problemas detectados. Parte-se da premissa de que a Bacia Hidrográfica do São Francisco vem sofrendo degradação por diversas causas, e a sua proteção somente poderá ocorrer com o enfrentamento das mesmas, bem como protegendo o seu patrimônio natural, cultural e os seus povos.

A FPI teve início em 2002, na Bahia, sob a coordenação geral do Ministério Público, e já esteve com suas equipes presentes nos 116 municípios integrantes da Bacia do São Francisco no estado da Bahia, totalizando 39 etapas já realizadas. Inspirados no projeto da Bahia, os Ministérios Públicos Estaduais de Sergipe e de Alagoas e Ministério Público Federal resolveram implantar o projeto FPI em seus

estados. A primeira FPI de Sergipe ocorreu no final de 2011. Em 2014, o estado de Alagoas também aderiu ao projeto, implantando uma FPI e, hoje, já está na sexta etapa. Estão também em fase de estruturação do programa o estado de Minas Gerais e de Pernambuco.

Na Bahia, foi feita a compilação dos dados diagnosticados pelos órgãos públicos e que detêm fé pública através da publicação *Velho Chico: a experiência da fiscalização preventiva integrada na Bacia na Bahia*, que deixou clara a existência de diversas não conformidades e danos ambientais produzidos pelos empreendimentos existentes. (KHOURY, 2015)

Grande parte dos empreendimentos situados na Bacia na Bahia é destinada ao agronegócio, em especial na região oeste da Bahia, em que são destinados à exportação de *commodities* através da monocultura de milho, soja, algodão, dentre outros produtos, com o uso intensivo de agrotóxico e grande utilização de água, através das tecnologias de pivôs centrais ou grandes poços artesianos que utilizam água do Aquífero Urucuia, sem controle por parte do estado. A demanda para o agronegócio da Bacia representa cerca de 75% da demanda por água dos múltiplos usos, destacando-se a região oeste da Bahia, conforme *Plano de Recursos Hídricos da Bacia – período 2016-2025*. (CBHSF, 2015b)

Destaca-se, ainda, a ocorrência dos grandes perímetros irrigados do Salitre, do Baixio de Irecê, Projeto Formosa, tendo contrastes dos grandes canais que passam pelas comunidades tradicionais enquanto, na grande maioria das vezes, não conseguem acesso à água. Esses locais também têm sido palco de uso intensivo de agrotóxicos, além das grandes fazendas.

No que se refere ao uso intensivo de agrotóxico, ficam evidentes os diversos problemas ambientais, como a mortandade de abelhas e de outros animais, contaminação de água e solo e, ainda, os diversos danos à saúde dos trabalhadores e da população daí advindos, conforme devidamente explicitado. (KHOURY, 2015)

Muitas fazendas no oeste da Bahia, principalmente, vêm se dedicando à produção de carvão, estimulando o desmatamento de áreas de recarga, somando-se às outras causas para a situação de crise hídrica vivenciada pelo São Francisco.

Outros empreendimentos que são significativos na Bacia na porção baiana são aqueles relacionados à geração de energia elétrica. Nesse setor, podem ser citadas as grandes usinas hidrelétricas de Sobradinho e de Itaparica e as hidrelétricas existentes em Paulo Afonso, na Bahia. Essas usinas provocaram grandes passivos

socioambientais que são sofridos até os dias atuais pela Bacia. Foram ocasionados significativos impactos ao ambiente natural, a exemplo dos impactos na flora, na fauna, em especial na ictiofauna, e no curso da água, tendo desaparecido cachoeiras, além dos diversos danos sociais, como o desaparecimento de cidades inteiras, que foram alagadas, e povos tradicionais que tiveram o seu território impactado.

Ressalta-se que muitos desses territórios nunca foram regularizados e muitas famílias, a exemplo daquelas 198 que perderam suas terras em Itaparica, permanecem até hoje sem o seu reassentamento.

E isso ocorreu não apenas com as grandes usinas hidrelétricas, mas também com as Pequenas Centrais Hidrelétricas (PCH), que possuem uma geração menor de energia e também uma área alagada de menor proporção, mas que estão sendo propostas em larga escala para a Bacia, considerando apenas o potencial energético da área, e não os seus potenciais impactos socioambientais.

Ainda para a geração de energia, está sendo bastante frequente a implantação de parques eólicos na Bacia. Em princípio, trariam uma alternativa para a utilização da matriz hídrica. Entretanto, da forma como estão sendo implantadas, estão proporcionando diversos impactos ao ambiente e aos povos do São Francisco. Desde o processo de licenciamento ambiental, que passou a ser de forma simplificada, muitos empreendimentos na região de Guanambi, Jacobina e outros estão sendo fragmentados como se não se tratassem de um só empreendimento. Com isso, o licenciamento ambiental dos mesmos não observa os efeitos cumulativos e sinérgicos, além de estarem impactando sobremaneira povos e comunidades tradicionais.

A atividade de mineração na Bacia, na Bahia, tem ocorrido de forma geral de maneira desordenada, sem respeitar as normas de regularização junto ao Departamento Nacional de Produção Mineral (DNPM) e ainda ao órgão ambiental pertinente. Grandes empreendimentos minerários, como ocorrem na região de Jacobina e em Jaguarari, vêm há muitos anos produzindo impactos ao ambiente natural e às comunidades tradicionais do seu entorno. Esses empreendimentos possuem passivos ambientais e funcionaram durante muitos anos sem possuir licença ambiental, além de possuírem grande área de rejeito a ser reparada.

Por sua vez, os empreendimentos de extração de minérios, como argila, areia e brita, na sua grande maioria, realizam as suas atividades de maneira ilegal. Durante as etapas do Programa FPI, foram constatados diversos empreendimentos irregulares. (KHOURY, 2015, p. 325) Com relação ao município de Orolândia,

por exemplo, onde a grande geração de renda é a exploração do mármore bege bahia para exportação, foram detectados todos os empreendimentos sem licença ambiental e sem regularização, sejam os de extração ou de beneficiamento do produto. Os impactos são diretos ao Rio Salitre, que é um importante afluente do São Francisco e que vem sofrendo significativos impactos. (KHOURY, 2015, p. 329)

De igual maneira, as indústrias cerâmicas na região que não possuem regularização ambiental consomem material lenhoso nativo, devastando a caatinga e o cerrado e a argila muitas vezes clandestina.

Na região de Juazeiro e Paulo Afonso, desponta como atividade econômica relevante para a região a atividade de piscicultura, sem que tenha sido implantada em observância a regularização ambiental, que é complexa porque precisa ocorrer em relação a diversos órgãos. Na sua grande maioria, as atividades estão irregulares, a exemplo de que 100% dos empreendimentos visitados estavam sem regularização perante a Secretaria de Patrimônio da União (SPU), Agência Nacional de Água (ANA) e, à época, Ministério da Pesca, bem como 97,7% não possuíam licença ambiental e, muitas vezes, se encontravam em conflitos com os pescadores artesanais. (KHOURY, 2015, p. 227)

Ressalta-se que grande parte dos empreendimentos, após a Lei Complementar nº 140/2011, passou a ser licenciada pelos municípios, porém, quando são verificadas as condições de estrutura dos sistemas municipais de meio ambiente, constata-se que muitas licenças foram concedidas sem o devido processo, sem submeter-se ao Conselho Municipal de Meio Ambiente e sem equipe técnica. Percebe-se que o licenciamento não observou os aspectos formais e materiais.

Esses são alguns exemplos de como estão funcionando as atividades produtivas na Bacia do São Francisco na Bahia, provocando diversos impactos ambientais e gerando conflitos com as comunidades do São Francisco, seja por território ou por água.

Muitos conflitos sobre a utilização das águas estão ocorrendo em função do desequilíbrio entre a demanda e a disponibilidade. Para maior compreensão do campo desses conflitos, Acsehrad (2004, p. 18) conceitua:

[...] aqueles envolvendo grupos sociais com modos diferenciados de apropriação, uso e significação do território, tendo origem quando pelo menos um dos grupos tem a continuidade das formas sociais de apropriação do meio que desenvolvem ameaças por impactos não desejáveis – transmitidos pelo solo, água, ar ou sistemas vivos – decorrentes do exercício das práticas de outros grupos.

Nesse contexto, são frequentes e têm se acirrado os conflitos por território e água, pois são insumos indispensáveis à produção e, portanto, instrumentos de poder. O Comitê de Bacia do São Francisco e de Seus Afluentes é um órgão colegiado legalmente habilitado para ser árbitro dos conflitos e, muito antes, já na definição das prioridades de usos para a Bacia. Para tanto, faz-se necessário que sejam criados os espaços concretos para discussão e criadas as condições para a materialização dessa participação, democratizando as decisões e os riscos.

A tomada de decisão quanto aos conflitos e as medidas a serem adotadas para uma nova prática na Bacia do São Francisco, que tenham repercussão no modelo de desenvolvimento e na sua forma de interagir com o rio e com o seu povo, enseja a reflexão dentro de um paradigma de governança pública que tenha como princípios: a água como um direito fundamental, a democratização da gestão das águas, o respeito pelo poder público às instâncias legalmente constituídas, que são os Comitês de Bacia, e às especificidades das relações dos seus povos e comunidades tradicionais com a água e demais elementos da natureza, pois com ela interagem e dependem umbilicalmente.

Sobre esses novos sujeitos coletivos, que transcendem a concepção do cidadão individual a parir das revoluções burguesas, sugere-se a criação de novos sistemas jurídicos que possam dar conta da pluriculturalidade e multietnicidade. (ROCHA, 2015)

Se, por um lado, os problemas ambientais e a crise hídrica não possuem fronteiras, é certo afirmar que os seus efeitos são sentidos de modo mais significativo pelos grupos mais vulneráveis. A esse respeito, Pacheco (2008, p. 13) ressalta que:

Talvez sejam as grandes obras de infraestrutura, como a construção de hidrelétricas e mudanças de curso dos rios, assim como os megaprojetos da monocultura, que causam danos irreversíveis à vida de povos indígenas, de remanescentes de quilombos e de populações tradicionais. Na ocupação desordenada e gananciosa do território, a invasão da monocultura leva não só a expulsão sumária de alguns desses povos como a diminuição das reservas já existentes e a um confinamento que impede a manutenção de suas tradições, dos seus meios de vida e da sua própria subsistência.

Revela-se, desse modo, que os grandes empreendimentos disputam água e território com as comunidades tradicionais, muitas vezes invisíveis. Não é difícil perce-

ber que são muitos os resultados desastrosos para as comunidades nessa correlação de forças desiguais. Para Rocha (2008, p. 38):

Os indicadores sobre os grupos étnicos, e sociais trazem dados em relação aos seus direitos violados no acesso ou impactados pela escassez e dificuldade de acesso aos bens ambientais, através de disputa e limitação de uso das áreas comunais, como os babaçuais, os manguezais, os gerais, os rios, os reservatórios etc., marginalizando socialmente grupos vulneráveis.

Visibilizando os povos e comunidades do Velho Chico

Somente se conseguirá avançar na proteção dos povos e comunidades tradicionais quando forem os mesmos visibilizados, quando toda a sociedade tiver clareza de quem são, como vivem e quais os seus direitos.

Políticas para povos e comunidades tradicionais

Importa esclarecer que sob a denominação “populações tradicionais” não estão inseridos grupos homogêneos no que concerne à sua relação histórica com o meio, comunidades envolventes, sistemas produtivos, assim como no que se refere às suas formas próprias de organização social, política, econômica e cultural, ou ainda quanto ao tratamento jurídico e situação fundiária na qual estão inseridas, dada a definição de políticas públicas que lhes é destinada, de forma que se dividem esses grupos em índios, quilombolas, pescadores, ribeirinhos, dentre outros.

O Decreto nº 6.040, de 7 de fevereiro de 2007, que instituiu a Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais, esclareceu o significado desses conceitos em seu artigo 3º:

I - Povos e Comunidades Tradicionais: grupos culturalmente diferenciados e que se reconhecem como tais, que possuem formas próprias de organização social, que ocupam e usam territórios e recursos naturais como condição para sua reprodução cultural, social, religiosa, ancestral e econômica, utilizando conhecimentos, inovações e práticas gerados e transmitidos pela tradição. (BRASIL, 2007, p. 1)

Cumpra lembrar os objetivos específicos demonstrados no artigo 3º, do anexo do referido Decreto nº 6.040/2007: “Art. 3º São objetivos específicos da PNPCT: I - garantir aos povos e comunidades tradicionais seus territórios, e o acesso aos recursos naturais que tradicionalmente utilizam para sua reprodução física, cultural e econômica”. (BRASIL, 2007, p. 1)

Esses povos relacionam-se de maneira tão visceral com o ambiente e com os ecossistemas que interferem na dinâmica da vida de todos os povos.

Graças a íntima ligação com o meio ambiente no qual vivem, esses grupos sociais mantêm seus territórios em condição tal que conservam dinamicamente a sua biodiversidade, suas águas, e contribuem, quando se somam e se multiplicam, para a manutenção do microclima e de maneira mais ampla, como freio às mudanças climáticas. (LEROY, 2016, p. 5)

Cabe destacar que esses povos e comunidades tradicionais, conforme bem reconheceu o Decreto nº 6.040/2007, possuem diferentes formas de se relacionar com o ambiente natural, e em muitos casos esse ambiente passa a ter um universo simbólico inimaginável, até mesmo sagrado, como no caso dos rios e matas, por exemplo, para os índios, que não são importantes apenas pela sua vital condição de provedor de alimento e de vida, mas também pela sua condição de abrigar os Encantados, que são os parentes dos índios que já se foram. Esse universo simbólico para as comunidades e povos tradicionais é de extrema relevância e riqueza cultural, formadora da nossa identidade, mas muito pouco conhecida e muito impactada pelo desenvolvimento a qualquer custo. Na Constituição Federal, em seu artigo 231, já estão previstas as medidas a serem adotadas pelo Estado brasileiro para assegurar os direitos dos territórios e demais direitos a esses povos.

No que se refere às comunidades quilombolas, possuem proteção prevista no artigo 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), bem como no Decreto nº 4.887/2003, que trata especificamente desses povos. Esse decreto tem sido alvo de diversos ataques para alteração de modo a piorar a situação das comunidades, que ainda estão distantes de chegar à materialização dos seus direitos constitucionais previstos e assegurados. (BRASIL, 2003)

Quanto às comunidades de fundo e fecho de pasto, tão relevantes para a Baía do São Francisco na Bahia, a Constituição Estadual (CE) as reconheceu em seu artigo 178, vindo posteriormente a Lei nº 12.910/2013 a regulamentar a CE. (BAHIA,

2013) Os movimentos sociais ligados à defesa desses povos trouxeram sérias críticas à forma da lei, a exemplo de prazo limite até 2018 para que fossem identificados os grupos através de busca ativa, sendo essa previsão inconstitucional. Outra crítica apresentada pelos movimentos é a existência do contrato de cessão de uso e não a dominialidade do território. Muitas audiências estão sendo realizadas envolvendo a Procuradoria Geral do Estado (PGE), Coordenação de Desenvolvimento Agrário (CDA) e Articulação Estadual de Fundo e Fecho de Pastos, além de movimentos sociais com a participação do Ministério Público Estadual para definir os próximos passos rumo à garantia de direitos desses povos.

Há outras comunidades que não possuem lei ou regra específica, mas que podem ser protegidas conforme decreto anteriormente citado. A Política de Povos e Comunidades Tradicionais possui uma comissão que faz o mapeamento e a identificação dessas comunidades para torná-las visíveis, sendo a sua coordenação exercida pelo Ministério do Meio Ambiente. Enquanto isso, esses povos e comunidades passam a ser impactados diariamente – pelos diversos empreendimentos que vêm encontrando na Bacia condições para se instalar – e vêm sendo expropriados dos seus territórios.

Pode-se afirmar que a omissão do poder público na implementação dessa política de assegurar a visibilidade a esses povos tem resultado na negação do território e dos diversos outros direitos, inclusive a sua identidade, pois não são poucas as vezes que as comunidades têm sido dizimadas.

Situação dos povos na Bacia diagnosticados pelo Programa FPI

Na Bacia do São Francisco na Bahia, são muitos e variados os grupos étnicos assim denominados: povos indígenas, comunidades quilombolas, pescadores, comunidades de fundo e fecho de pasto e de solta dos gerais, brejeiros, agricultores familiares, ciganos, dentre outros. (KHOURY; ARAUJO, 2015) Essas comunidades possuem diversos conflitos relacionados a território e água com grandes empreendimentos, seja com as hidrelétricas antigas e as novas propostas, com a monocultura no oeste da Bahia, responsável pela captação de mais de 70% da água na Bacia do São Francisco, pelas atividades de mineração, dentre outros.

No início, o programa atuava com enfrentamento das denúncias que esses povos e comunidades faziam a respeito de danos praticados por empreendimentos,

que os afetavam. Posteriormente, viu-se a possibilidade de que, durante a própria atuação em campo do programa, existisse uma equipe chamando os órgãos com responsabilidades para garantia de direitos dos povos e comunidades, para que fosse uma oportunidade de reunir os diversos atores com atribuições e responsabilidades sobre a implementação de políticas públicas de atendimento a esses povos. Isso passou a ser implementado e foi bastante bem recebido por esses atores sociais tão importantes para a Bacia do São Francisco.

De acordo com os resultados advindos das visitas de campo durante as etapas do Programa FPI na Bahia, que tiveram equipe específica voltada para povos e comunidades da Bacia, os povos sanfranciscanos ainda estão distantes de serem visualizados enquanto tais e, conseqüentemente, longe estão de terem assegurados o seu território, os direitos a sua identidade e a sua dignidade e todos os demais direitos.

Essa afirmação pode ser sustentada pelas constatações feitas na 36ª etapa, ocorrida em novembro de 2015, na região de Bom Jesus da Lapa, em que foram visitadas 19 comunidades tradicionais, com maior enfoque para as comunidades quilombolas. A grande maioria ainda se encontrava com conflitos envolvendo disputa pelo seu território. Muitas dessas comunidades não obtiveram a sua demarcação de terras, e muitas sofrem com precariedade de acesso a serviços básicos, como abastecimento com água tratada e acesso à energia elétrica.

De igual maneira são os resultados da 39ª etapa ocorrida na região de Paulo Afonso, em novembro de 2016, contando com os órgãos Comitê do São Francisco, Secretaria de Promoção da Igualdade Racial (Sepromi), CDA, Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária (Incra), SPU, Fundação Nacional do Índio (Funai), Articulação de Povos e Comunidades de Fundo e Fecho de Pasto, Ministério Público, Companhia Independente de Polícia de Proteção Ambiental (Cippa), Fundação Nacional de Saúde (Funasa) e Superintendência de Proteção e Defesa Civil (Sudec), quando foram visitadas 26 comunidades tradicionais da Bacia na região, envolvendo os municípios de Abaré, Chorrochó, Glória, Jeremoabo, Macururé, Rodelas e Paulo Afonso; dentre elas, 14 aldeias indígenas, 3 comunidades quilombolas, 1 projeto de assentamento com agricultores familiares e 8 comunidades de fundo de pasto.

De uma maneira geral, essas comunidades não possuíam assegurado o seu território. Muitas não estavam certificadas pelo órgão respectivo e apresentavam precariedades no atendimento aos seus serviços básicos, como saneamento básico.

Destacou-se nessa visita a situação do povo indígena kariri xocó, oriundo de uma parte de Alagoas, que tinha se estruturado em uma área pública, bem em frente à única cachoeira que restou após a construção complexo hidrelétrico, e lá já estavam redescobrendo os seus Encantados, haviam plantado e já estavam nascendo os frutos plantados em sua horta. No entanto, havia ocorrido uma audiência de justificação, perante a Vara Federal de Paulo Afonso – Bahia, em uma Ação de Reintegração de Posse de nº 0006517-70.2016.4.01.3306, proposta pela empresa UZI Engenharia Ltda., afirmando que ocupava essa área e, na audiência, foi concedida liminar para que a empresa fosse imitada na posse.

Ocorre que, em seguida, com a chegada do Programa FPI com os seus diversos órgãos integrantes e com a presença da SPU, foi possível identificar que a área requerida pela empresa era uma área pública do Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes (DNIT), que desde 2014 demonstrou não ter interesse. De igual maneira, foi possível colher provas de que a empresa nunca ocupou a área anteriormente. Dessa forma, foi elaborado relatório de visita técnica e apresentado pelo procurador federal e pelo Ministério Público Federal ao Meritíssimo Juízo, que decidiu não se retratar da decisão anterior. Com isso, houve Agravo de Instrumento das partes e o de nº 0074056-77.4.01.0000/BA junto ao TRF e, no dia 29 de março de 2017, véspera do cumprimento da liminar para retirada da comunidade, houve decisão do desembargador federal Kassio Nunes Marques suspendendo a liminar por 45 dias e mantendo os índios na área. No entanto, todo o aparato estatal estava pronto para cumprimento da decisão. Porém, posteriormente, houve nova decisão do mesmo desembargador permitindo o cumprimento da liminar e os índios foram retirados da área e ficaram abrigados em uma escola em situações de precariedade, em frente a esse espaço sagrado para os mesmos.

Houve posteriormente audiência de instrução e julgamento e ficou comprovado, através de diversas testemunhas, tudo que foi alegado pelo povo kariri xocó, ou seja, a empresa UZI nunca esteve de posse daquela área. Não poderia ser diferente: em 12 de setembro de 2019, houve sentença julgando improcedentes os pedidos da empresa e condenando a mesma aos danos decorrentes da liminar ter sido cumprida. A empresa, quando teve por período autorizado pela Justiça na área, único período importante que se registre, demoliu prédios da União, do patrimônio público, degradou patrimônio dos índios como benfeitorias, destruiu a oca sagrada, símbolo de toda a cultura e religiosidade desse povo, e praticou profundo desassossego a

essa comunidade. Para que seja revertida em definitivo essa situação, será necessário que a União proceda a cessão da área para a Funai para que haja a destinação do imóvel para o povo indígena kariri xocó.

Resistências e trilhas

As dificuldades para superar a omissão do poder público em assegurar a visibilidade e a garantia dos seus direitos, em especial a garantia do território, chamado por Leroy (2016, p. 6) de bem comum “pelo sentido de práticas e das relações sociais na sua constituição, bem como seu compartilhamento de maneira justa e sustentável”, têm demandado muitas e constantes formas de luta e resistência.

Muitos desses povos têm feito as resistências e, na Bacia do São Francisco na Bahia, não tem sido diferente. Muitos fechos de pasto no oeste, pescadores no norte, fundo de pasto no norte e quilombolas e índios no norte têm lutado e resistido. Não se pode olvidar que o que está em disputa é o acesso a um bem público ambiental.

Recente episódio ocorreu com a comunidade quilombola Fazenda Grande, situada no município de Muquém do São Francisco, tendo a mesma já se autorreconhecido, estando certificada pela Fundação Cultural Palmares e foi recentemente vítima de Ação de Reintegração de Posse nº 8000037-45.2015.8.05.0099, ajuizada por fazendeiro que dizia ser o proprietário da área. Em audiência de justificação, os representantes da comunidade, sem estarem acompanhados de advogados, afirmaram ao juiz de Ibotirama que já existia processo de regularização territorial perante o Incra. Ocorre que o magistrado, ao invés de oficiar o Incra, preferiu atuar com nítido racismo ambiental e concedeu a reintegração de posse ao fazendeiro. Ocorre que o Incra, a SPU, a União, o Ministério Público Federal e Estadual, todos foram uníssonos em juntar aos autos petições e documentos comprovando que se tratava de imóvel da União e que estava em fase regularização perante os mesmos – portanto, a competência para apreciar tal pleito era da Justiça Federal. O juiz de Ibotirama reconheceu, enfim, a sua incompetência para decidir o feito, mas não sem antes ter determinado que a polícia militar cumprisse a ordem de reintegração, sujeitando toda a comunidade à situação de pânico e desespero, mas

ela resistiu. E, posteriormente, o magistrado reconheceu o seu equívoco. Agora, o Quilombo Fazenda Grande terá o seu território demarcado.

São inúmeros casos de resistência que têm ocorrido na Bacia do São Francisco. Alguns deles estão relatados na revista publicada *No Rastro da Grilagem – Formas Jurídicas da Grilagem Contemporânea*, dando conta de que a grilagem tem ocorrido em terras que seriam terras devolutas ou mesmo terras originárias dos povos e comunidades tradicionais. Relata-se a ocorrência de diversas formas, desde a falsificação no cartório, a ampliação da área sem chamar as partes interessadas e as comunidades invisibilizadas, até os acordos que estão sendo feitos pelo estado da Bahia, quando realizam a discriminatória e identificam a terra devoluta e que deve ter prioridade para as comunidades tradicionais e fazem o acordo com o fazendeiro para que o restante da área permaneça sob sua posse, legitimando a “grilagem”, tal como relatado com a comunidade de Baixões em Barra. Caso semelhante a esse houve com a comunidade de Couro de Porco, em Correntina, na Ação Discriminatória nº 0000121-88.2009.805.0069, envolvendo conflito com uma fazenda em que o estado reconheceu a área da comunidade como devoluta e propôs manter o restante da área para a fazenda, tendo o Ministério Público manifestado parecer em sentido contrário e o processo ainda se encontra em andamento.

A resistência das comunidades tradicionais tem chegado a situações de violência e de ameaça contra as mesmas para a defesa do seu território. Tal situação evidencia uma total violação de direitos humanos, exigindo a pronta atuação, sendo responsabilidades do estado ações afirmativas para assegurar esses direitos.

Um importante caminho é dialogar com esses povos tradicionais e suas representações sobre o processo de regularização dos seus territórios, estabelecendo uma ordem de prioridades.

Uma outra ação necessária é que, nas áreas em que já estão com indício de devolutividade, seja informado o órgão ambiental para que seja suspensa qualquer Autorização de Supressão de Vegetação (ASV) nas áreas, pois tem sido frequente a concessão de ASV em áreas reivindicadas pelas comunidades.

Uma outra trilha relevante a ser seguida é a utilização dos instrumentos como a Cartografia Social, proposta por Alfredo Wagner, e outros mecanismos, como o Programa FPI e outras ações que sejam feitas em parceria com os povos e comunidades para que sejam visibilizadas, acolhidas e respeitadas em seus direitos.

Considerações finais

Diante da crise ambiental pela qual passa o São Francisco, todas as populações são impactadas, mas é certo que são os povos e comunidades tradicionais que sofrem as consequências de maneira mais violenta, pois são os primeiros a sentir os seus reflexos, visto que se relacionam com esse ambiente além da sua materialidade, em universo simbólico, e, na maioria das vezes, são os que sofrem cortes de acesso a esses bens ambientais, caracterizando-se como caso de injustiça ambiental.

Os territórios dos povos e comunidades tradicionais são disputados, pois são os mesmos cobiçados pelos grandes empreendimentos, e não é por acaso que nunca foram assegurados os seus direitos a esses territórios e que, atualmente, muitas propostas legislativas querem reduzir tais direitos em nítida proposta de retrocesso ambiental.

A superação da crise ambiental passa pela necessária compreensão de que o desenvolvimento está condicionado à sustentabilidade e que esta só pode ser alcançada com o empoderamento dos povos e comunidades tradicionais, pois são os verdadeiros cuidadores do ecossistema e do São Francisco, sendo indispensáveis ações afirmativas de garantia de território, dignidade e demais direitos. Para tanto, é fundamental o enfrentamento da questão das terras públicas e devolutas griladas na Bacia do São Francisco e que pertencem efetivamente aos seus povos e suas comunidades tradicionais.

Referências

ALIER, John Martinez. *O ecologismo dos pobres contexto ambiental e linguagens de valoração*. São Paulo: Contexto, 2007.

ACSELRAD, Henri. As práticas espaciais e o campo dos conflitos ambientais. In: ACSELRAD, Henri (org.). *Conflitos Ambientais no Brasil*. Rio de Janeiro: Relume/Dumará: Fundação Henrique Boll, 2004.

ASSOCIAÇÃO DE ADVOGADOS DE TRABALHADORES RURAIS (AATR). Formas jurídicas da grilagem contemporânea: casos típicos de falsificação na Bahia. *No Rastro da Grilagem*, Salvador, ano 1, n. 1, 2017.

BAHIA. *Lei nº 12.910, de 11 de outubro de 2013*. Dispõe sobre a regularização fundiária de terras públicas estaduais, rurais e devolutas, ocupadas tradicionalmente por Comunidades Remanescentes de Quilombos e por Fundos de Pastos ou Fechos de Pastos e dá outras providências. Bahia, 2013. Disponível em: <http://www.sepromi.ba.gov.br/arquivos/File/LeiDispoe.pdf>. Acesso em: 14 jan. 2018.

BRASIL. *Decreto nº 6.040, de 7 de fevereiro de 2007*. Institui a Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais. Brasília, 2007. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/decreto/d6040.htm. Acesso em: 14 jan. 2018.

BRASIL. *Decreto nº 4.887, de 20 de novembro de 2003*. Regulamenta o procedimento para identificação, reconhecimento, delimitação, demarcação e titulação das terras ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombos de que trata o art. 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Brasília, 2003. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2003/d4887.htm. Acesso em: 14 jan. 2018.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (org.). *Direito constitucional ambiental brasileiro*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

COMITÊ DA BACIA HIDROGRÁFICA DO RIO SÃO FRANCISCO (CBHSF). *Agonia do Velho Chico Aumenta com vazão ainda menor*. Salvador: CBHSF, 2015a. Disponível em: www.cbhsaofrancisco.org.br. Acesso em: 9 jan. 2016.

COMITÊ DA BACIA HIDROGRÁFICA DO RIO SÃO FRANCISCO (CBHSF). *Plano de Recursos Hídricos da Bacia (2016-2025): plano de trabalho*. Salvador: CBHSF, 2015b.

COUBET, Christian Guy. *A água, a lei, a política... E o meio ambiente?* Curitiba: Jurua, 2004.

KHOURY, Luciana E. C.; ARAUJO, Priscila (org.). *Velho Chico: a experiência da fiscalização preventiva integrada na Bahia*. Salvador: CDLJ, 2015.

LEITE, José Rubens Morato Leite (org.). *Dano ambiental na sociedade de risco*. São Paulo: Saraiva, 2012.

LEFF, Enrique. *Discursos sustentáveis*. São Paulo: Cortez, 2010.

- LEROY, Jean Pierre. *Mercado ou bens comuns? O papel dos povos indígenas, comunidades tradicionais e setores do campesinato diante da crise ambiental*. 1. ed. Rio de Janeiro: FASE, 2016.
- MOREIRA, Gilvander Luis (org.). *Dom Cappio: rio e povo*. Rio Grande do Sul: Com Texto, 2008.
- PACHECO, Tânia. Racismo Ambiental: expropriação do território e negação da cidadania. In: SUPERINTENDÊNCIA DE RECURSOS HÍDRICOS (org.). *Justiça pelas águas: enfrentamento ao racismo ambiental*. Salvador: Superintendência de Recursos Hídricos, 2008. (Série Textos Água e Ambiente, 2). p. 11-24.
- PORFÍRIO JÚNIOR, Nelson de Freitas. *Responsabilidade do Estado em face do dano ambiental*. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.
- RIBEIRO, Wagner Costa (org.). *Governança da água no Brasil: uma visão interdisciplinar*. 1. ed. São Paulo: ANABLUME: FAPESP, 2009.
- ROCHA, Julio Cesar de Sá; SERRA, Ordep (org.). *Direito ambiental, conflitos socioambientais e comunidades tradicionais*. Salvador: EDUFBA, 2015.
- ROCHA, Julio Cesar de Sá; SANTANA FILHO, Diosmar Marcelino. Justiça Ambiental das Águas e Racismo Ambiental. In: SUPERINTENDÊNCIA DE RECURSOS HÍDRICOS (org.). *Justiça pelas águas: enfrentamento ao racismo ambiental*. Salvador: Superintendência de Recursos Hídricos, 2008. (Série Textos Água e Ambiente, 2). p. 33-42.
- SOARES, Inês Virgínia Prado (org.). *Bens culturais e direitos humanos*. São Paulo: Sesc, 2015. (Edições Sesc).

PARTE III
DIREITOS HUMANOS
E SISTEMA PENAL

MULHERES E DIREITO PENAL

reflexos do patriarcado no controle punitivo
exercido pelo Estado

Camila Ribeiro Hernandes
Débora Moreno de Moura Oliveira

Introdução

Vivemos em uma sociedade cujo modelo econômico é o capitalista. Atrelado a isso, temos o patriarcado, que, embora existisse antes mesmo do capitalismo, foi apropriado por este e se fortalece cada vez mais como um mecanismo de controle e exploração-dominação¹ das mulheres. Como efeito da naturalização das práticas patriarcais, às mulheres são direcionados os mais diversos tratamentos degradantes, notoriamente violadores dos direitos humanos, sem que, contudo, nos posicionemos enquanto sociedade contra tal fato.

O patriarcado opera por todo o corpo social. Essa organização social de gênero perpassa pelos diversos setores e grupos, como as religiões e o Judiciário, por exemplo. A vida das mulheres, portanto, necessariamente, sofre as consequências dessa forma de organização da sociedade, de dominação, controle e medo.

1 Termo cunhado por Saffioti (2015).

Se, de um lado, o controle a que estão submetidas as mulheres na família, escola, trabalho, meios de comunicação não é propriamente jurídico, por outro, o sistema penal cumpre também uma função disciplinadora para manter a subordinação feminina. (MENDES, 2014, p. 165) Nesse diapasão, é de se pensar que o patriarcado exerça influência, também, nas formas de controle da vida das mulheres no âmbito do direito penal e das políticas criminais, compreendendo-se aqui o sistema penal enquanto mecanismo de controle social inserido na lógica macro que nos regula enquanto sociedade. (ANDRADE, 2012, p. 133)

Dessa forma, o objetivo da presente exposição é analisar as diferentes formas utilizadas pelo direito penal, pela política criminal e pelos atores e sistemas que os circundam em sua atuação nas situações que envolvem mulheres. Será observado como esses sistemas tutelam a vida das mulheres a partir de crimes cometidos por elas ou contra elas e quanto o patriarcado e o machismo exercem influência nas práticas penais.

A metodologia adotada é a do materialismo histórico dialético, que possibilita a análise da realidade a partir do contexto no qual está inserida, nos elementos estruturantes da sociedade, sem se afastar das particularidades das situações. O procedimento adotado foi o de levantamento bibliográfico e de dados, analisados na ótica da criminologia crítica e sua vertente feminista.

Para alcançar os objetivos propostos, inicialmente, o texto se dedica ao estudo da tutela da vida das mulheres quando da prática de abortos, especialmente os considerados ilegais, no âmbito criminal. São analisados os diferentes posicionamentos do Estado frente à questão e as práticas que vão de encontro com os direitos sexuais e reprodutivos das mulheres.

Em seguida, há uma análise da situação das mulheres encarceradas no Brasil, que cresceu vertiginosamente nos últimos anos. São estudadas as condições a que estão submetidas as presas no país, compreendendo no cárcere um local de estreitamento das vulnerabilidades sociais, buscando entender como os mecanismos de exploração-dominação do patriarcado operam nesse contexto sobre a mulher criminosa.

Por fim, há uma análise da forma como a política criminal se posiciona no tocante às mulheres em situação de violência doméstica e de gênero, em uma tentativa de compreender como a influência do patriarcado opera em uma situação de criminalização de práticas exercidas especificamente contra as mulheres.

Aborto

o papel do Estado no cerceamento dos direitos sexuais e reprodutivos das mulheres

No campo penal, tópico recorrente e polêmico do debate feminista sobre os direitos das mulheres está relacionado ao direito de decidir sobre a maternidade. Em virtude, sobretudo, da pressão exercida por este movimento, o tema do aborto inseguro e o seu impacto na saúde e na vida das mulheres vem sendo objeto de análise enquanto pauta associada à proteção dos direitos humanos.

Com efeito, é no contexto do movimento feminista organizado da década de 1970 que se coloca com intensidade a luta para descriminalizar o aborto, colocando a escolha de ter ou não filhos e o livre exercício da sexualidade como requisitos básicos e necessários de justiça social e para a consolidação das democracias. (PIMENTEL; VILLELA, 2012, p. 20) Outrossim, conquanto o direito à maternidade voluntária como direito à autodeterminação da mulher sobre o próprio corpo seja, ao mesmo tempo, fundamental e exclusivo das mulheres (FERRAJOLI, 2010, p. 86), a proibição ao aborto se mantém como mais um mecanismo de controle do patriarcado sobre seus corpos, cerceadas quanto a seus direitos sexuais e reprodutivos.

No Brasil, a interrupção da gravidez por ação humana constitui, em regra, crime, sendo punido na forma dos artigos 124 a 126 do Código Penal.¹ Nada obstante, se na teoria o procedimento é proibido, a prática revela que milhares de mulheres abortam todos os anos no país. Segundo a última Pesquisa Nacional de Aborto (DINIZ; MEDEIROS; MADEIRO, 2016), até os 40 anos de idade, cerca de uma a cada cinco mulheres já praticou aborto ao menos uma vez ao longo da vida, sendo que, apenas em 2015, o número de mulheres que interromperam voluntariamente a gestação seria de aproximadamente 503 mil. Considerando a criminalização da conduta em nosso ordenamento, estima-se que haja um grande número de casos não notificados na pesquisa.

1 O artigo 128 do Código Penal, por sua vez, torna impunível o aborto praticado por médico em situações de gravidez decorrente de estupro, desde que precedido do consentimento da gestante ou de seu representante legal, e quando não houver outro meio de salvar a vida da gestante. Ainda, no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 54, o Supremo Tribunal Federal (STF) julgou procedente a ação para declarar a inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual a interrupção da gravidez de feto anencéfalo é conduta tipificada como crime de aborto, conforme adiante será mais bem desenvolvido.

Contrariando os estereótipos socialmente criados sobre quais seriam as mulheres que recorrem a práticas abortivas, o mesmo estudo observa que o aborto no Brasil ocorre com frequência entre mulheres de todas as idades; casadas ou não; de todas as religiões, inclusive as sem religião; de todos os níveis educacionais; de todas as classes sociais; de todos os grupos raciais; de todas as regiões do país. Por sua vez, de acordo com pesquisa realizada pelo Instituto Guttmacher e pela Organização Mundial da Saúde (OMS), as taxas de aborto caíram significativamente na maior parte das regiões mais desenvolvidas do mundo entre 1990 e 2014, mas, durante o mesmo período, permaneceram praticamente inalteradas nas regiões em desenvolvimento, onde as leis de aborto tendem a ser mais restritas e as mulheres têm menos acesso a métodos contraceptivos e políticas de planejamento familiar eficazes. (ABORTION..., 2016) Especificamente na América Latina e no Caribe, a proporção de gravidez encerrada em aborto aumentou de 23% para 32%.

A criminalização do aborto, pois, não reduziu a sua incidência, mas tem contribuído para aumentar que a prática ocorra em condições de risco com impactos graves para a saúde e a vida das mulheres, o que, dentro de uma sociedade marcada pela desigualdade social e discriminação racial, afeta de forma expressiva especialmente as mulheres negras, de baixa renda, com reduzida escolaridade e pouco acesso a serviços de saúde de qualidade.

A região Nordeste é a que mais registra casos de abortos provocados (39,2%), sendo seguida de perto pela região Sudeste (38,5%). (AGUIAR, 2017) Quinta causa de mortalidade materna no país, estudo realizado na Bahia “confirma o caráter perverso da criminalização do aborto como fator de sustentação e ampliação das injustiças sociais, alimentadas pela associação estreita entre as discriminações e desigualdades de raça e de gênero”. (A REALIDADE..., 2008) Em Salvador, município com 82% da população feminina formada por negras, o abortamento inseguro foi a principal causa de mortalidade materna durante toda a década de 1990, destoando das demais capitais brasileiras, cuja primeira causa era a hipertensão.

É importante salientar, ademais, que, a despeito da criminalização do aborto, poucos são os casos de efetiva punição para essa prática, o que torna a legislação obsoleta no que se propõe, expondo desnecessariamente as mulheres à realização de procedimentos arriscados realizados na clandestinidade. Mais uma vez, observa-se que os poucos episódios que efetivamente culminam em processo na seara penal recaem sobre mulheres historicamente mais vulneráveis, com nítido

recorte de classe e raça, expostas à execução pública das camadas mais conservadoras da sociedade.

Por outro lado, as experiências registradas nos países onde o aborto foi legalizado revelam, na maioria das vezes, que a existência de políticas públicas de planejamento reprodutivo e o oferecimento de métodos seguros de interrupção da gravidez, junto à educação sexual e informação, promovem significativa redução das taxas de abortamento, além de, evidentemente, contribuir para a redução de riscos à saúde da mulher.

Em 2012, o então presidente do Uruguai José Mujica aprovou lei descriminalizando o aborto no país e determinando que, antes do procedimento, a mulher seja submetida a consultas com uma equipe multidisciplinar formada por psicólogos, assistentes sociais e ginecologistas. Segundo dados divulgados, no primeiro ano de vigência da lei, foram realizados 6.676 procedimentos e nenhuma mulher morreu, enquanto em apenas 50 casos (0,007%) houve complicações leves. (ENTENDA..., 2016)

Em decisão bastante emblemática, a Organização das Nações Unidas (ONU) condenou o Estado do Peru a pagar indenização a uma mulher que, em 2001, foi impedida de interromper a gravidez por um hospital peruano após ter descoberto, às 14 semanas de gestação, que o feto sofria de uma má-formação fatal. A decisão adotada, embora não faça menção expressa ao direito à autodeterminação da mulher, foi bastante representativa no sentido de que, pela primeira vez, um comitê dedicado aos direitos humanos da ONU responsabilizou um governo por ter falhado em garantir o acesso a procedimentos legais de aborto, considerando violados, entre outros, o direito à vida privada, a proibição da tortura e de tratamento desumano, cruel e degradante, bem como o direito das minorias a medidas de proteção. (PERU..., 2016)

No caso brasileiro, ainda que a legalização do aborto seja uma reivindicação histórica do movimento feminista, tendo contemplado alguns avanços, o tema encontra forte oposição do crescente setor conservador e religioso da sociedade, de grande influência no Poder Legislativo.

Em 2013, a então presidente da república, Dilma Rousseff, promulgou a Lei de Atendimento às Vítimas de Violência Sexual (Lei nº 12.845/13), que versava sobre o atendimento obrigatório e integral de pessoas em situação de violência sexual pelo Sistema Único de Saúde (SUS), representando um posicionamento avançado a respeito do assunto. O acesso aos serviços de atendimento, entretanto, segue

extremamente precário. No país, para todo o território, contamos com apenas 197 hospitais considerados de referência para assistência integral às vítimas de estupro e abuso sexual, sendo que muitos deles sequer realizam o procedimento de aborto, a exemplo de 68 hospitais de referência estudados em pesquisa realizada entre os anos de 2013 e 2015, dos quais apenas 37 de fato realizavam a intervenção. (MADEIRO; DINIZ, 2016)

Ainda em 2013, a despeito dos avanços da Lei nº 12.845, foi proposto o Projeto de Lei (PL) nº 5.069/2013, de autoria do deputado federal Eduardo Cunha, do Partido do Movimento Democrático Brasileiro do Rio de Janeiro (PMDB-RJ), que se propõe a restringir drasticamente o acesso a serviços de saúde para vítimas de violência sexual. O projeto abre a possibilidade, ainda, de criminalizar a distribuição de contraceptivo de emergência – as chamadas “pílulas do dia seguinte”.

Embora o PL represente uma evidente violação aos direitos das mulheres, em outubro de 2015, foi aprovado na Comissão de Constituição e Justiça (CCJ) da Câmara dos Deputados. A facilidade com que o supracitado projeto foi aprovado na CCJ é reflexo do quanto o conservadorismo tem ganhado força e se enredado nos distintos “braços” do Estado. Os desdobramentos disso são o aumento do controle e tutela dos corpos das mulheres, com o aumento das violações aos seus direitos sexuais e reprodutivos.

Em que pese diversos ataques venham ocorrendo contra as mulheres, em alguns momentos, o Judiciário apresentou pequenos avanços quanto à descriminalização e legalização do aborto. Esses posicionamentos, contudo, celebrados como conquistas pelos movimentos de mulheres, merecem um olhar apurado, tendo em vista que ainda não enfrentaram a pauta sob a ótica do direito da mulher ao próprio corpo.

Em 2012, no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 54, o Supremo Tribunal Federal (STF) entendeu que grávidas de fetos anencéfalos têm direito à interrupção da gestação com assistência médica, considerando a prática como não tipificada pelo Código Penal. Em agosto de 2016, discussão próxima à da ADPF nº 54 ganhou espaço na Suprema Corte com a propositura da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 5581, que busca permissão para a interrupção da gravidez nos casos de mulheres infectadas pelo vírus Zika.

Em ambos os casos, observa-se que os posicionamentos favoráveis à possibilidade do aborto foram fundados eminentemente em uma visão eugênica, não enfrentando a questão na perspectiva do direito da mulher de dispor do seu próprio corpo.² Desse modo, ainda que se celebrem as possibilidades de aborto legal que vêm sendo construídas no nosso Judiciário como conquistas, é necessário enfrentar as formas como tais alterações têm ocorrido, para que não sejam fortalecidas novas formas de tutelar os corpos das mulheres sem lhes assegurar autonomia.

Decisão paradigmática, por outro lado, foi adotada pela Primeira Turma do STF em novembro de 2016, ao entender que a criminalização do aborto até o terceiro mês de gestação fere os direitos fundamentais da mulher. A posição foi fechada, por maioria, a partir do voto apresentado pelo ministro Luís Roberto Barroso no *Habeas Corpus* nº 124.306, quando estava em discussão pedido de liberdade de cinco pessoas presas em flagrante realizando o procedimento, e foi bastante comemorada, porque, pela primeira vez, uma corte superior manifestou-se expressamente sobre a incompatibilidade entre criminalização do aborto e os direitos sexuais e reprodutivos da mulher, bem como sua autonomia e integridade física e psíquica. O voto, ademais, fez referência ao impacto do atual tratamento dado pela lei penal sobre as mulheres negras e pobres, que não têm acesso a médicos e clínicas privadas e, como visto, são comumente vítimas de lesões corporais e mortes decorrentes do procedimento abortivo.³

Após a decisão, em março de 2017, o Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) e o Instituto Anis ingressaram com a ADPF nº 442, a qual requer que o STF, dando interpretação conforme a Constituição de 1988 aos tipos penais relativos ao aborto, deixe de considerar crime a interrupção voluntária da gestação realizada até as 12 primeiras semanas, independentemente do motivo que leve a mulher a realizar o procedimento. Ainda em fase inicial, a iniciativa já provocou diversas manifestações de outros partidos políticos contrários à descriminalização, sendo noticiado que também o posicionamento da Advocacia-Geral da União (AGU) girará no sentido de que “a vida do nascituro deve prevalecer sobre os desejos das gestantes”. (POLLO, 2017)

2 Reforçando essa impressão, Sena (2015, p. 564) chama o aborto para interromper a gravidez no caso de feto portador de grave anomalia física ou mental, resultante de fatores genéticos, a exemplo da anencefalia, de “aborto eugênico ou eugenésico”.

3 A íntegra do voto está disponível em: <https://jota.info/docs/leia-integra-voto-de-barroso-sobre-aborto-ate-30-mes-29112016>. Acesso em: 4 abr. 2017.

Como ressalta Pitch (2003, p. 262), o direito, embora não seja masculino por estrutura ou vocação, é historicamente construído por homens e para homens, sendo concebido de dois modos: “segundo um modelo masculino e um feminino, este último originado nas percepções masculinas acerca de como são as mulheres ou como deveriam ser”. Portanto, a criminalização do aborto, em conjunto com as pífias políticas públicas de prevenção e educação sexual, é também fruto do exercício da misoginia como instrumento de controle social sobre a mulher, sendo fundamental retirar o tema da esfera penal, ampliando o debate sobre a necessária mudança da lei sobre o aborto, livre de interferência de dogmas religiosos.

Encarceramento feminino um olhar sobre o aumento da punição de mulheres por transgredirem seu papel social de gênero

Nos últimos anos, a população carcerária brasileira teve um aumento expressivo. De acordo com dados do último Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (Infopen) realizado em 2014, o país passou a ter a quarta maior população carcerária do mundo, contando com 622 mil pessoas presas. Dentro dessa realidade de encarceramento em massa, chama atenção a situação das mulheres. (MOURA; RIBEIRO, 2014)

Conforme dados do Infopen Mulheres, entre os anos de 2010 e 2014, a população carcerária feminina teve um aumento vertiginoso de 567%, ao passo que a masculina, nesse mesmo período, aumentou 220,2%. A notoriedade desse aumento significativo, contudo, não culminou em estudos, práticas e construção de políticas públicas que dessem conta da realidade das mulheres em situação de cárcere. (MOURA; RIBEIRO, 2014)

É sabido que os cárceres brasileiros designam às pessoas custodiadas tratamentos desumanos, sendo locais representativos de uma série de violações de direitos. Ao falarmos das mulheres, em um sistema prisional que foi criado, pensado e é administrado por homens e para homens, as violações aos direitos humanos das mulheres se intensificam.

Os problemas enfrentados pelo público feminino vão da ausência de fardamento próprio à falta de tratamento médico para mulheres e materiais de higiene

pessoal, a exemplo das cadeias da região de Ribeirão Preto, São Paulo, nas quais as presas estavam sendo obrigadas a improvisar absorventes higiênicos com miolo de pão, porque o Estado não estava fornecendo, dentre outras coisas, esse material de higiene pessoal, o que se repete em outras unidades do país. (BONATO, 2013)

Dentre os estabelecimentos prisionais no Brasil, apenas 7% são voltados especificamente para o público feminino, 17% são mistos e os demais são exclusivos para o público masculino. Nos estabelecimentos exclusivos, apenas 34% possuem dormitório para gestantes, enquanto, nos mistos, apenas 6% têm esses espaços. (MOURA; RIBEIRO, 2014)

A ausência de local apropriado para custodiar mulheres gestantes, bem como a falta de acompanhamento adequado da gravidez e do parto, representam violações dos seus direitos sexuais e reprodutivos, bem como do direito constitucional à saúde. Há, ainda, a violação dos direitos da criança, previstos pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), que contemplam o momento anterior ao nascimento. Isso ganha ainda mais relevância se levarmos em consideração que as mulheres encarceradas são majoritariamente jovens, em idade fértil e reprodutiva.

Apenas em 2016 o governo se pronunciou, através do Decreto nº 8.858, vedando o uso de algemas para mulheres em trabalho de parto e pós-parto, no período em que se encontram hospitalizadas. Antes disso, inúmeras mulheres encarceradas que entravam em trabalho de parto eram submetidas a circunstâncias degradantes, dentre elas o uso de algemas durante o nascimento de seus filhos. (BRASIL, 2015) Sem falar das que sequer conseguem chegar a alguma unidade de saúde ao longo do trabalho de parto, parindo nas celas em que se encontram.

A despeito da gravidade das violações enfrentadas pelas mulheres no cárcere, pouco se fala e se produz a respeito dessa realidade. Em verdade, há uma forte invisibilização desses processos de violência, “autorizada” pela naturalização das práticas violadoras de direitos das mulheres. A realidade enfrentada pelas encarceradas não está descolada da situação fora do cárcere. Desse modo, o fato de vivermos em uma sociedade de classes, que conta com o patriarcado como um de seus elementos estruturantes, necessariamente tem repercussões em todas as instâncias de vivência das mulheres.

Os homens, dentro desse modelo patriarcal, estão investidos de poder, estando “autorizados a discriminar categorias sociais, marginalizando-as do convívio social

comum, só lhes permitindo uma integração subordinada, seja na sociedade como um todo”. (SAFFIOTI, 2015, p. 131)

Sendo assim, se as mulheres já estão inseridas em um forte contexto de exploração-dominação, que necessariamente as submete a situações de maior vulnerabilidade social, nas prisões, elas encontram um espaço de perpetuação desses mecanismos de violência. E a considerada “mulher transgressora”, “mulher criminosa”, encontra uma reprovabilidade social ainda maior, que autoriza o emprego de tratamentos extremamente desumanos contra elas.

A mulher que comete um ato considerado ilícito representaria uma quebra do controle do patriarcado sobre o papel social que para ela está reservado. Passaria, então, a demandar ainda mais controle do seu corpo e de suas ações, bem como ensejaria um tratamento duro, severo, compatível com o alto nível de reprovabilidade que o patriarcado confere à sua conduta. Em pesquisa produzida por Chesky (2014), foi possível concluir que punições mais severas são reservadas às mulheres por, supostamente, infringirem o papel social que lhes é imposto. Nas primeiras pesquisas realizadas com mulheres encarceradas no Brasil, já era possível constatar a marcante presença de concepções eivadas de moralismo e compreensões machistas e patriarcais acerca das mulheres encarceradas, como a de que as “criminosas” seriam monstros. (LEMGRUBER, 1999)

Uma vez presas, as mulheres passam a ser submetidas às mais diversas formas de violências. Muitas passam por uma situação de abandono afetivo, em que nem seus companheiros ou outros familiares lhes fazem visitas no cárcere. (MACHADO, 2014)

Outra violação por elas experimentada diz respeito às relações familiares com seus filhos, sejam aqueles que nascem no cárcere, sejam os filhos que estão do lado de fora. Quanto aos nascidos na prisão, a legislação recomenda que permaneçam, no mínimo, por seis meses com suas mães, mas o período que deveria ser o mínimo se estabeleceu, na prática, como tempo máximo de permanência dos bebês com suas genitoras. Quanto aos filhos do lado de fora do cárcere, muitas vezes, as mulheres presas são chefes de famílias monoparentais, de sorte que seus filhos, quando do encarceramento, permanecem sem amparo econômico de subsistência, além do afetivo. Algumas crianças acabam sendo institucionalizadas, fazendo com que essas mães experimentem um acréscimo às suas penas, qual seja o da perda do poder familiar.

O cerceamento do exercício da maternidade é mais uma das violações perpetradas contra as mulheres encarceradas. Essa violência ultrapassa a pessoa da mulher, atingindo fortemente também seus filhos, que perdem o núcleo familiar. Em um mundo não machista e não patriarcal, tal consequência para os filhos não seria tão brutal, mas, no contexto em que vivemos, no qual os trabalhos domésticos e de reprodução são designados às mulheres, a situação ainda se apresenta como um grande problema ocasionado pelo encarceramento feminino.

Agravando ainda mais o pacote de vulnerabilidades em que estão inseridas as mulheres presas, há que se observar os substratos de que são retiradas as selecionadas para o cárcere. O retrato da população carcerária feminina é essencialmente de mulheres negras (67%), jovens, de baixa renda e escolaridade. (MOURA; RIBEIRO, 2014) Esse panorama tem forte relação com a principal causa do aumento expressivo no número de mulheres presas, a guerra às drogas, que representa 68% dos motivos de suas prisões.

Desde a década de 1970, o Brasil tem se alinhado com políticas internacionais que tratam da questão das drogas a partir de uma perspectiva de guerra. A Lei de Drogas de 1976 já apresentava um endurecimento no trato do traficante. A Constituição Federal de 1988 equiparou o tráfico aos crimes hediondos. No Programa de Ação Nacional Antidrogas (Panad), lançado em 1996, e na segunda Cúpula das Américas, o Brasil se comprometeu “na responsabilidade pelo ‘combate sem tréguas ao mal’” (CARVALHO, 2010, p. 54) representado pelas drogas.

Com avanços também no campo do antiproibicionismo, a Lei nº 11.343/2006 apresentou algumas características de tratamento mais brando, como a cominação, no preceito secundário, de penas restritivas para o crime de porte de drogas para uso próprio. Entretanto, o tratamento conferido à prática de tráfico tornou-se mais duro, com o aumento dos limites da pena, por exemplo. Na nova lei, não há diferenciação entre grandes e pequenos vendedores de drogas, ou distinção entre os que ocupam funções mais subalternas na organização, a exemplo das “mulas”.⁴

A política criminal passa a ser a do “direito penal do inimigo”, mantendo-se nos contornos da “lei e ordem, da ideologia de defesa social e da ideologia da segurança nacional”. Essa nova política formula renovado discurso defensivista, ainda

4 “Mula” é o termo utilizado vulgarmente para descrever pessoas que, conscientemente ou não, transportam drogas do tráfico ilícito consigo dos locais onde são produzidas para os de venda. Em algumas situações, levam em seu corpo, em orifícios, ou mesmo por meio da ingestão da droga, encapsulada ou em forma de pacotes.

pautado na lógica beligerante. O direito penal do inimigo cria uma diferenciação entre cidadãos comuns e aqueles que devem ser considerados inimigos, devendo ser alvo de uma despersonalização, com perda de seus direitos políticos. A guerra às drogas, o combate ao tráfico e ao crime organizado, tendo o traficante como o inimigo, dentro dessa perspectiva, mantêm-nos neste eterno Estado de exceção, o que faz com que o direito e o processo penal deixem de funcionar como controladores das políticas de segurança pública e suas formas de utilizar a violência legitimada do Estado.

A construção repressiva da política de drogas não foi exitosa, não solucionou os problemas do tráfico, sequer diminuiu a prática de crimes. Ao contrário, ao longo dos anos, só aumenta o número de pessoas encarceradas, sem retornos concretos na redução da dita criminalidade. (LOURENÇO, 2015) O que se tem é uma política racista, de extermínio do povo negro, de segregação social e reforço das explorações classistas, conforme se vê do retrato do encarceramento geral, similar ao das mulheres, em que as pessoas encarceradas são majoritariamente negras, jovens, de baixa renda e escolaridade. (MOURA; RIBEIRO, 2014)

Como dito anteriormente, as mulheres que cometem algum tipo de crime sofrem um grau maior de reprovabilidade por destoarem do papel social que lhes é direcionado. No âmbito da política de drogas, o resultado de tal processo pode ser ainda pior, tendo em vista o rótulo de inimigo designado à pessoa considerada traficante no paradigma da guerra às substâncias entorpecentes ilícitas. Assim, a mulher condenada por tráfico não só seria uma criminosa, portanto defeituosa, “monstro”, como também uma inimiga da sociedade, por ser traficante.

O trato designado às mulheres no contexto de tráfico ignora, também, uma série de fatores acerca da participação da mulher na atividade. Em verdade, a maior parte das mulheres exerce funções subalternas nas organizações criminosas – isso quando chegam a fazer parte da organização –, subsidiária à dos homens, como reflexo, inclusive, do local reservado às mulheres na sociedade. De modo geral, as funções por elas exercidas são de embalo das drogas ou de mulas, transportando a droga, por vezes, em orifícios do seu próprio corpo.

Essas formas de participação, contudo, não costumam ser observadas no momento do sentenciamento das mulheres, mesmo porque a própria Lei de Drogas não traz amparo suficiente para delimitar a punição conforme a real participação da pessoa no processo de tráfico. Muitas mulheres acabam sendo condenadas

como traficantes pelo transporte de quantidades muito pequenas de substâncias ilícitas, por exemplo.

Apenas em junho de 2016, o STF, no julgamento do *Habeas Corpus* nº 118.552, posicionou-se entendendo que tráfico privilegiado (artigo 33, parágrafo 4º, da Lei nº 11.343/2006) não deve ser considerado como crime de natureza hedionda. Tal decisão afeta diretamente as mulheres, vez que a maioria das condutas por elas cometidas figura como tráfico privilegiado, porquanto usualmente são primárias, de bons antecedentes, não se dedicam às atividades criminosas nem integram organização criminosa.

A decisão tem caráter positivo, entretanto requer atenção diante da força do aparato punitivista brasileiro. Outras decisões e mudanças de caráter mais brando que outrora passaram a fazer parte do sistema penal brasileiro, reiteradas vezes, foram cooptadas para uso punitivo, radicalmente oposto à motivação de sua criação. Exemplo são as penas restritivas de direito, que foram pensadas como alternativas ao cárcere, mas que acabam sendo utilizadas como alternativas a situações de liberdade, não tendo diminuído as taxas de encarceramento. Ademais, a decisão possui caráter incidental, não vinculando obrigatoriamente outras instâncias do judiciário.

Há que se falar, ainda, das diferentes motivações da aproximação das mulheres na atividade de tráfico. Uma delas pode estar relacionada a questões econômicas – como uma alternativa de sobrevivência –, por exemplo, tendo em vista que as mulheres acusadas desses crimes também estão, em regra, inseridas nos grupos marginalizados dos quais saem os pré-selecionados do direito penal, sendo, inclusive, a base desses grupos. O tráfico de drogas pode representar uma saída de suas condições de miserabilidade, provendo-lhes o mínimo para subsistência, seja para contribuir na renda familiar, seja por serem as chefes da família, com filhos para criar que necessitam dos recursos trazidos à casa. (RITA, 2007, p. 46)

Existem, ademais, situações em que as mulheres se envolvem com a atividade de tráfico em razão de relações afetuosas com homens. Nesses casos, geralmente, há algum nível de dependência, seja ela emocional, psicológica, econômica ou outra, com o homem que exerce a atividade do tráfico, e a mulher acaba participando de algumas ações do processo de comércio ilícito. De todo modo, o que se percebe é que essas motivações para a aproximação da atividade de tráfico também não cos-

tumam ser observadas no sentenciamento de mulheres e nos momentos anteriores e posteriores à sentença, como na execução da pena.

Essa situação que culminou com o grande aumento do número de encarceradas nos últimos períodos e as diversas violações contra elas empregadas trouxeram à tona a necessidade de uma atenção específica para atender às demandas e particularidades das mulheres presas. Nesse sentido foi que a ONU, em 2010, adotou as Regras das Nações Unidas para o tratamento de mulheres presas e medidas não privativas de liberdade para mulheres infratoras, conhecida como Regras de Bangkok, (REGRAS..., 2012) em conformidade com as já adotadas Regras Mínimas para o Tratamento dos Reclusos e as Regras de Tóquio.

Um dos propósitos visados pelas Regras de Bangkok é o respeito ao princípio de não discriminação, presente nas Regras Mínimas para o Tratamento de Reclusos. Atender às peculiaridades das mulheres, em uma tentativa de superar desigualdades oriundas das relações de gênero e patriarcado, é uma forma de enfrentar a discriminação. Em verdade, é essa identificação que pode assegurar uma aproximação de tratamento igualitário entre homens e mulheres.

Muitas das medidas apontadas pelas Regras de Bangkok ainda não foram adotadas pela maior parte das penitenciárias femininas do Brasil, inclusive a de Salvador. Compreendendo a necessidade de avançar nos debates e questões ligadas às mulheres encarceradas em consonância com as recomendações das Regras de Bangkok, no ano de 2011, aconteceu no país o Primeiro Encontro Nacional do Encarceramento Feminino, que, ao final, resultou na elaboração da *Carta de Brasília*, exigindo a implementação da citada normativa. As regras, contudo, só foram traduzidas oficialmente no Brasil no dia 8 de março de 2016. (NAÇÕES UNIDAS, 2016)

Em 2012, foi criada pelo Departamento Penitenciário Nacional (Depen) a Comissão de Efetivação dos Direitos das Mulheres no Sistema Penal. Uma preliminar da política a ser adotada para as mulheres foi apresentada no II Encontro Nacional do Encarceramento Feminino, que aconteceu no ano de 2013.

Embora o Brasil tenha participado ativamente da elaboração das Regras de Bangkok e tenha apresentado a construção de algumas políticas voltadas à situação específica das mulheres encarceradas, ainda enfrentamos um quadro de violações brutais aos direitos humanos das mulheres presas. A maior parte dos dados de violações apresentadas ao longo deste capítulo é recente e segue em curso por todo o país.

Ainda que mudanças normativas e legislativas tragam alguns avanços à prática, a presença do machismo e do patriarcado dita o tratar das mulheres consideradas criminosas, desde o momento pré-processual ao momento do cumprimento da pena. As violências contra as mulheres acabam por ser empregadas pelos mais diversos atores do sistema, quando não estão institucionalizadas.

É necessário, entretanto, atenção quanto às medidas relativas às mulheres encarceradas que ganham corpo por supostamente atenderem a demandas e especificidades deste público, mas que representam, em verdade, a perpetuação de práticas machistas e patriarcais, como ocorre no oferecimento de cursos profissionalizantes ligados estritamente a atividades domésticas e de cuidados. Em uma unidade prisional em Victoria, na Austrália, por exemplo, foram iniciadas ações direcionadas especificamente às mulheres encarceradas, denominadas de *GenderResponsive*. Em pesquisa realizada na unidade (RUSSEL, 2013), foi possível observar que essas práticas de *GenderResponsive* reforçavam e fortaleciam o patriarcado e o racismo na vida das mulheres envolvidas. Não se observavam as particularidades dos diferentes grupos étnicos da prisão, e os cursos oferecidos não davam mecanismos para as mulheres saírem da condição de exploração-dominação, mas, ao revés, contribuíam para que permanecessem na situação, através de atividades profissionalizantes específicas.

A violência doméstica privada e sua continuação nos espaços públicos análise da postura do Estado na proteção de mulheres em situação de violência

Em vigor desde o dia 22 de setembro de 2006, a Lei nº 11.340/2006, popularmente conhecida como Lei Maria da Penha, dá cumprimento à *Convenção para Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher* (Cedaw), da ONU, ratificada pelo Brasil em 1984, e à *Convenção para Prevenir, Punir, e Erradicar a Violência contra a Mulher*, da Organização dos Estados Americanos (OEA), em vigor no país desde 1995. A conhecida *Convenção de Belém do Pará* complementa a Cedaw e reconhece que a violência contra a mulher constitui uma violação aos direitos humanos e às

liberdades fundamentais, de forma a limitar total ou parcialmente o reconhecimento, gozo e exercício de tais direitos e liberdades.

Com efeito, o texto promulgado através do Decreto nº 1.973/1996 assinala que “a violência contra a mulher é uma ofensa à dignidade humana e uma manifestação de relações de poder historicamente desiguais entre mulheres e homens”, para então concluir que a adoção de um diploma internacional destinado a prevenir, punir e erradicar todas as formas de violência contra a mulher, no âmbito da OEA, constitui “positiva contribuição no sentido de proteger direitos da mulher e eliminar as situações de violência contra ela”.

O caso Maria da Penha Maia Fernandes chegou à Comissão Interamericana de Direitos Humanos da OEA no ano de 1998. Em 2001, o Estado brasileiro foi condenado por negligência, omissão e tolerância em relação à violência doméstica contra as mulheres, tendo sido recomendadas, entre outros pontos: a finalização do processo penal do agressor de Maria da Penha (que ocorreria no ano de 2002, quase 20 anos após as severas agressões perpetradas por seu ex-marido, o colombiano Marco Antonio Heredia Viveros); a realização de investigações sobre as irregularidades e atrasos no processo; a reparação simbólica e material da vítima pelas violações imputadas ao Estado; e a adoção de políticas públicas destinadas a evitar a tolerância estatal e o tratamento discriminatório a respeito da violência doméstica contra as mulheres. (COMISIÓN INTERMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 2001)

O governo brasileiro, então, viu-se obrigado a criar um novo dispositivo legal que trouxesse maior eficácia na prevenção e punição da violência doméstica no país. O texto foi resultado de um longo processo de discussão a partir de proposta elaborada por um conjunto de Organizações Não Governamentais (ONG) e, depois de discutido e reformulado por um grupo de trabalho interministerial, coordenado pela Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres (SPM) da Presidência da República, a atual Lei nº 11.340/2006 restou aprovada por unanimidade pelo Congresso Nacional.

Se a utilização do direito penal como instrumento de controle sobre o corpo e a liberdade das mulheres, explicitada nos tópicos anteriores, encontra pouca objeção social, a previsão normativa da Lei Maria da Penha e, sobretudo, a consolidação de estruturas específicas, mediante as quais o aparelho policial e/ou jurídico pode ser mobilizado para proteger as vítimas de violência e punir os

agressores, suscitou, ao revés, contundentes críticas acerca de uma suposta afronta ao princípio da igualdade, consagrado no texto constitucional (artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal de 1988).

Com efeito, desde a sua promulgação, a Lei nº 11.340/2006 despertou inúmeras alegações de inconstitucionalidade fundadas no argumento de que fora elaborada com o intuito de beneficiar exclusivamente a mulher, ofendendo o princípio da isonomia.⁵ Ao redor do país, juízos de primeiro e segundo grau declararam, de forma incidental, a alegada contrariedade constitucional de legislação protetiva à mulher (OLIVEIRA, 2016) ou concederam à lei interpretação extensiva, no sentido de que deveria ser aplicada para coibir toda e qualquer violência decorrente de relação doméstica e familiar, independente do gênero da vítima.

A questão foi enfrentada, no âmbito do STF, somente no ano de 2012, quando do julgamento da Ação Direta de Constitucionalidade (ADC) nº 19 e da ADI nº 4424. O relator dos processos, ministro Marco Aurélio de Mello, votou pela procedência da ADC nº 19 a fim de declarar a constitucionalidade do artigo 1º da Lei nº 11.340/2006,⁶ entendendo que a Lei Maria da Penha mitiga realidade de discriminação social e cultural “que, enquanto existente no país, legitima a adoção de legislação compensatória a promover a igualdade material sem restringir de maneira desarrazoada o direito das pessoas pertencentes ao gênero masculino”, e que, ademais, o ordenamento jurídico brasileiro prevê tratamento distinto e proteção especial a outros sujeitos de direito em situação de hipossuficiência, como é o caso do idoso, da criança e do adolescente.⁷

A conclusão alcançada pela Corte Suprema brasileira é, de fato e lamentavelmente, corroborada pelos dados divulgados em pesquisas acerca da violência baseada em gênero. De acordo com o Mapa da Violência de 2015 (WAISELFISZ, 2015), o Brasil, num grupo de 83 países com dados homogêneos, fornecidos pela OMS, ocupa a quinta posição em números de homicídios de mulheres, eviden-

5 A título de exemplo, ver: Freitas e Mendes (2007).

6 “Art. 1. Esta Lei cria mecanismos para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Violência contra a Mulher, da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher e de outros tratados internacionais ratificados pela República Federativa do Brasil; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; e estabelece medidas de assistência e proteção às mulheres em situação de violência doméstica e familiar”. (BRASIL, 2006)

7 O andamento do processo pode ser consultado em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=19&classe=ADC&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acesso em: 5 abr. 2017.

ciando que os índices locais excedem em muito os encontrados na maior parte dos países do mundo.

Com poucas exceções geográficas, a população negra é vítima prioritária da violência homicida no país. As taxas de homicídio da população branca tendem, historicamente, a cair, enquanto aumentam as taxas de mortalidade entre os negros. De acordo com o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), o número de homicídios de brancas apresentou uma queda de 9,8% no período de 2003 a 2013, ao passo que os homicídios de mulheres negras aumentaram inacreditáveis 54,2% no mesmo lapso temporal.

O Sistema de Informação de Agravos de Notificação (Sinan), do Ministério da Saúde, que registra os atendimentos do SUS no campo das violências, relatou que, a cada dia de 2014, 405 mulheres precisaram de atenção médica por violências domésticas, sexuais e/ou outras. Por sua vez, os dados do Anuário Brasileiro de Segurança Pública (FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA, 2016) registram 45.460 casos de estupro em 2015, o que representa a ocorrência de 125 estupros por dia, sendo 89% das vítimas do sexo feminino.⁸ (BAHIA, 2016)

De acordo com matéria divulgada pela Rede Bahia, apenas nos meses de janeiro a março de 2016, a Secretaria de Segurança Pública do Estado (SSP-BA) e a Delegacia Especializada no Atendimento à Mulher (Deam) registraram quase 10 mil casos de violência contra a mulher na Bahia, levando em conta os dados relativos a homicídios, tentativas de homicídios, lesão corporal, estupro e ameaças.

Nada obstante, a perpetuação da ideia de controle do comportamento e do corpo das mulheres faz com que a naturalização da violência de gênero permaneça como obstáculo para a sociedade atual. A aderência a um discurso socialmente construído, que culpabiliza as vítimas pela violência que sofreram, se expressa, por exemplo, no resultado da pesquisa realizada em 2016, em 217 municípios, pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública em parceria com o Datafolha, que revelou que, no Brasil, 42% dos homens concordam com a afirmação de que “Mulheres que se dão ao respeito não são estupradas”. (#APOLÍCIA..., 2016)

Abordando o tema da violência doméstica, Saffioti (2015, p. 84) afirma que esta, como uma espécie de violência de gênero, ocorre numa relação afetiva, cuja ruptura demanda, não raro, intervenção externa, sobretudo diante da situação de

8 Os números são ainda mais alarmantes se levarmos em conta a elevada subnotificação, provocada, entre outros fatores, pela frequente culpabilização das vítimas de estupro e pelas respostas negativas das autoridades.

dependência (emocional, financeira, psicológica) vivenciada por muitas mulheres em face de seus agressores. A mesma autora, mais adiante, aponta a complacência da sociedade para com a violência doméstica, a qual se reflete, também, na desídia e desinteresse das autoridades (policiais, Ministério Público, Judiciário) incumbidas da investigação e processamento dos casos. (SAFFIOTI, 2015, p. 93-94)

De fato, a despeito de a Lei nº 11.340/2006 trazer a previsão de que a assistência à mulher em situação de violência doméstica será integrada por um “conjunto articulado de ações da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios e de ações não-governamentais” (artigo 8º), incluindo a implementação de atendimento policial especializado para as mulheres e a criação de Juizados Especializados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, resta inegável que, mais de dez anos após a entrada em vigor da lei, inúmeras dificuldades ainda são enfrentadas pelas vítimas que buscam amparo nas instituições.

Utilizando como exemplo a Bahia, vê-se que, em todo o Estado, existem apenas cinco Varas de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, sendo duas na capital e as demais nas cidades de Feira de Santana, Juazeiro e Vitória da Conquista.⁹ Outrossim, dos 417 municípios existentes na Bahia, somente 14 contam com Delegacias Especializadas de Atendimento à Mulher, o que inequivocamente se revela insuficiente para atender a vasta demanda das mulheres que necessitam de proteção.

Excelente artigo redigido a partir de estudos feitos nas duas Deam da cidade de Salvador, na Bahia, registra a precária infraestrutura das unidades policiais e o despreparo de muitos agentes que atuam diretamente no registro de casos de violência doméstica contra a mulher, resultando em “atendimentos muitas vezes preconceituosos e desumanizados”. (SILVA; LACERDA; TAVARES, 2016, p. 195) Dentre as queixas mais comuns, estão a falta de privacidade no atendimento, a existência de inúmeros agentes do sexo masculino, a dificuldade de acesso às unidades especializadas e o excesso de burocracia para o registro de ocorrências, problemas que se repetem em outros estados brasileiros. (BUROCRACIA..., 2012)

Ademais, a Resolução nº 47/2012, do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, em evidente afronta ao próprio texto da Lei Maria da Penha,¹⁰ expressamente ex-

9 Dados extraídos do site do Tribunal de Justiça da Bahia.

10 “Art. 14. Os Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, órgãos da Justiça Ordinária com competência cível e criminal, poderão ser criados pela União, no Distrito Federal e nos Territórios, e pelos

cluiu do âmbito de competência das varas especializadas de violência doméstica a apreciação de questões cíveis como divórcio, pensão, guarda dos filhos, entre outras, o que muitas vezes dificulta a já tormentosa cessação do vínculo entre a vítima e seu agressor.

De todo o exposto, a contradição no pensamento da sociedade em geral resta evidente: ao passo em que constantemente recorre ao direito penal e suas instituições enquanto instâncias de controle da liberdade feminina, o mesmo não se verifica quando esses instrumentos são destinados à proteção da mulher e/ou para o enfrentamento à cultura de naturalização da violência doméstica e familiar, quanto então o uso do aparato preventivo e punitivo é comumente criticado e desestimulado.

Malgrado essas articulistas não defendam o sistema penal como instrumento eficaz de redução da criminalidade, o cerne da questão está, como trazido por Mendes (2014, p. 177), “em encontrar uma resposta que, de um lado, não seja meramente legitimadora do poder punitivo, mas que também não seja, por outro lado, a manutenção do déficit de proteção do qual as mulheres historicamente são vítimas”. Assim, embora a Lei nº 11.340/2006 represente uma conquista no combate à violência contra a mulher, não se podem ignorar os desafios para a sua efetivação, que devem ser superados não em prol de uma punição a qualquer custo dos acusados, o que certamente não soluciona o problema, mas para que a estrutura criada pelo legislador não se preste a reforçar as opressões sofridas pelas mulheres na sociedade.

Conclusões

Enquanto ciência historicamente pensada por homens e para homens, o direito não se revela desconectado das práticas sexistas reproduzidas na sociedade, o que se constata a partir dos exemplos expostos ao longo deste trabalho sobre como o direito penal pode ser utilizado enquanto instrumento de controle dos corpos e da liberdade de mulheres e, portanto, de perpetuação do patriarcado.

Estados, para o processo, o julgamento e a execução das causas decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a mulher”. (BRASIL, 2006)

A partir das considerações realizadas, observa-se que a descriminalização do aborto ainda é tema que encontra grande resistência na sociedade e, em especial, dentro do Poder Legislativo brasileiro, formado majoritariamente por homens brancos, com forte influência religiosa. Considerando que a maior parte dos abortos realizados no Brasil é ilegal e, portanto, feito fora das condições plenas de atenção à saúde, o país segue ostentando números expressivos em mortes maternas resultantes do abortamento inseguro e atendimentos realizados pelo SUS por complicações derivadas de procedimentos para interrupção da gravidez. O Estado, porém, é negligente a esse respeito, não adotando medidas eficazes para o enfrentamento do problema, que conta apenas com decisões pontuais do Judiciário no sentido da descriminalização do aborto em hipóteses específicas.

No tema do encarceramento feminino, a guerra às drogas figura como principal vetor do vertiginoso crescimento do número de mulheres presas no Brasil, atingindo de forma marcante, notadamente, as mulheres negras, de baixa renda e com reduzido grau de escolaridade. Consideradas como violadoras do papel social que lhes foi destinado, as mulheres em situação de cárcere enfrentam múltiplas opressões dentro do sistema, face à omissão do Estado no sentido de considerar as inúmeras peculiaridades do aprisionamento feminino e criar políticas públicas especificamente voltadas ao seu amparo.

Por fim, a violência contra a mulher, embora não seja um fenômeno recente, apenas nas últimas décadas passou a receber a atenção dos organismos de defesa dos direitos humanos, com a conseqüente criação de instrumentos destinados a sua prevenção e eliminação. No Brasil, a mesma sociedade e as instituições que, em geral, posicionam-se no sentido de manter o controle sobre as mulheres em temas como o aborto e o encarceramento terminam, de outro lado, questionando o aparato criado para a proteção da mulher. Este, por sua vez, encontra diversas dificuldades para sua plena efetivação, novamente como fruto do desinteresse estatal.

É possível concluir, portanto, que o direito penal alcança um dos fins não declarados a que se propõe, qual seja o de controle dos corpos e manutenção do *status quo*. Dessa forma, o sistema penal reproduz mecanismos do patriarcado e do capitalismo (ANDRADE, 2012, p. 145), de tal forma que, como observado ao longo deste trabalho, termina por exacerbar vulnerabilidades a que as mulheres são submetidas, ao mesmo tempo em que funciona deslegitimando ou limitando ferramentas e mecanismos que foram criados para sua proteção.

Referências

ABORTION rates declined significantly in the developed world between 1990 and 2014. *News Release*, [s. l.], 11 May 2016. Disponível em: <https://www.guttmacher.org/news-release/2016/abortion-rates-declined-significantly-developed-world-between-1990-and-2014>. Acesso em: 3 abr. 2017.

AGUIAR, Ione. Veja onde se faz mais aborto no Brasil, de acordo com o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). *The Huffington Post Brasil*, [s. l.], 27 jan. 2017. Disponível em: http://www.huffpostbrasil.com/2015/08/21/veja-onde-se-faz-mais-aborto-no-brasil-de-acordo-com-o-ibge_a_21694557/. Acesso em: 3 abr. 2017.

ANDRADE, Vera Regina P. de. *Pelas mãos da criminologia: o controle penal para além da (des)ilusão*. Florianópolis: Instituto Carioca de Criminologia, 2012.

BAHIA registra quase 10 mil casos de violência contra a mulher em 3 meses. *G1 Bahia*, 16 maio 2016. Disponível em: <http://g1.globo.com/bahia/noticia/2016/05/bahia-registra-quase-10-mil-casos-de-violencia-contra-mulher-em-3-meses.html>. Acesso em: 5 abr. 2017.

BEAUVOIR, Simone. *O segundo sexo I. Fatos e Mitos*. 4. ed. São Paulo: Difusão Europeia do Livro, 1970.

BEAUVOIR, Simone. *A experiência vivida*. 2. ed. São Paulo: Difusão Europeia do Livro, 1967.

BRASIL. Poder Legislativo. *Lei n. 11.340, de 7 de agosto de 2006*. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm. Acesso em: 3 abr. 2017.

BRASIL. Ministério da Justiça. Secretaria de Assuntos Legislativos. *Dar à luz na sombra: condições atuais e possibilidades futuras para o exercício da maternidade por mulheres em situação de prisão*. Brasília, DF: Ministério da Justiça: IPEA,

2015. (Pensando o Direito, 51) Disponível em: <https://www.justica.gov.br/noticias/201clugar-de-crianca-nao-e-na-prisao-nem-longe-de-sua-mae201d-diz-pesquisa/pesquisa-dar-a-luz-na-sombra-1.pdf>. Acesso em: 3 abr. 2017.

BUROCRACIA dificulta combate à violência contra mulher no Rio, constata CPI. *Senado Notícias*, nov. 2012. Disponível em: <http://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2012/11/06/burocracia-dificulta-combate-a-violencia-contramulher-no-rio-constata-cpi>. Acesso em: 5 abr. 2017.

CARVALHO, Salo de. *A política criminal de drogas no Brasil* (Estudo Criminológico e Dogmático da Lei 11.343/06). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

CHESKYS, Débora. *Mulheres invisíveis: uma análise da influência dos estereótipos de gênero na vida de mulheres encarceradas*. 2014. Disponível em: http://www.dbd.puc-rio.br/pergamum/tesesabertas/1211301_2014_completo.pdf. Acesso em: 5 abr. 2017.

COMISIÓN INTERMERICANA DE DERECHOS MUMANOS. Caso 12.051: Maria da Penha Fernandes vs. Brasil. *Informe n° 54/01*. 16 abr. 2001. Disponível em: <http://www.cidh.oas.org/women/Brasil12.051.htm>. Acesso em: 4 abr. 2017.

DINIZ, Debora; MEDEIROS, Marcelo; MADEIRO, Alberto. Pesquisa Nacional de Aborto 2016. *Ciência e saúde coletiva*, Rio de Janeiro, v. 22, n. 2, p. 653-660, 2017. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/csc/v22n2/1413-8123-csc-22-02-0653.pdf>. Acesso em: 3 abr. 2017.

ENTENDA como funciona o aborto no Brasil e no mundo. *Revista Galileu*, 2 jun. 2016. Disponível em: <http://revistagalileu.globo.com/Sociedade/noticia/2016/06/entenda-como-funciona-o-aborto-no-brasil-e-no-mundo.html>. Acesso em: 4 abr. 2017.

FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías: la ley del más débil*. Madrid: Trotta, 2010.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. Anuário Brasileiro de Segurança Pública 2016. São Paulo, 2016. Disponível em: <https://documentos.mpsc.mp.br/portal/manager/resourcesDB.aspx?path=2229>. Acesso em: 5 abr. 2017.

FREITAS, Aldilene Vieira; MENDES, Patrícia de Gouveia. A inconstitucionalidade da Lei Maria da Penha sob o prisma da igualdade constitucional. *Revista Direito e Liberdade*, Mossoró, v. 5, n. 1, p. 63-78, mar. 2007. Disponível em: <http://www.esmarn.tjrj.jus>.

br/revistas/index.php/revista_direito_e_liberdade/article/viewFile/159/169. Acesso em: 4 abr. 2017.

LEMGRUBER, Julita. *Cemitério dos vivos: análise sociológica de uma prisão de mulheres*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

LOURENÇO, Luiz Claudio. Prisão e dinâmicas de criminalidade: notas e possíveis efeitos das estratégias de Segurança Pública na Bahia (2005-2012). *O público e o privado*. Revista do PPG em Sociologia da Universidade Estadual do Ceará, Fortaleza, n. 26, p. 53-67, jul./dez. 2015.

MADEIRO, Alberto Pereira; DINIZ, Debora. Serviços de aborto legal no Brasil – um estudo nacional. *Ciência & Saúde*, Rio de Janeiro, v. 21, n. 2, p. 563-571, 2016. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/csc/v21n2/1413-8123-csc-21-02-0563.pdf>. Acesso em: 5 abr. 2017.

MENDES, Soraia da Rosa. *Criminologia feminista: novos paradigmas*. São Paulo: Saraiva, 2014.

MOURA, Tatiana Whately de; RIBEIRO, Natália Caruso Theodoro. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – INFOPEN*. – 2014. Brasília, DF: Ministério da Justiça e Segurança Pública: Departamento Penitenciário Nacional, 2014. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/noticias/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf>. Acesso em: 4 abr. 2017.

NAÇÕES UNIDAS. Conselho Nacional de Justiça publica versão em português de regras da ONU sobre detenção de mulheres. 13 mar. 2016. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/conselho-nacional-de-justica-publica-versao-em-portugues-de-regras-da-onu-sobre-detencao-de-mulheres/>. Acesso em: 5 abr. 2017.

OLIVEIRA, Débora Moreno de Moura; PRADO, Alessandra Rapassi Mascarenhas. A punição de mulheres traficantes. *Revista Jurídica*, [s. l.], v. 2, n. 43, 2016.

OLIVEIRA, Euclides de. Lei Maria da Penha: inconstitucionalidade pela ofensa ao princípio da igualdade, para Turma Criminal do TJ/MS. *Família e Sucessões*, 28 set. 2007. A partir de notícia tirada de Migalhas, edição 1.748, de 27 set. 2007. Disponível em: <http://www.familiaesuccessoes.com.br/?p=374>. Acesso em: 4 abr. 2017.

PERU acata decisão histórica da ONU e vai pagar compensação a jovem que teve direito ao aborto negado. Nações Unidas no Brasil. 20 jan. 2016. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/peru-acata-decisao-historica-da-onu-e-vai-pagar-compensacao-a-jovem-que-teve-direito-ao-aborto-negado/>. Acesso em: 4 abr. 2017.

PIMENTEL, Silvia; VILLELA, Wilza. Um pouco da história da luta feminista pela descriminalização do aborto no Brasil. *Revista Ciência e Cultura*, São Paulo, v. 64, n. 2, p. 20-21, abr./jun. 2012. Disponível em: <http://cienciaecultura.bvs.br/pdf/cic/v64n2/a10v64n2.pdf>. Acesso em: 5 abr. 2017.

PITCH, Tamar. *Um derecho para dos: la construcción jurídica de género, sexo y sexualidad*. Madrid: Trotta, 2003.

#APOLÍCIAPrecisaFalarSobreEstupro: percepção sobre violência sexual e atendimento a mulheres vítimas nas instituições policiais. Fórum Brasileiro de Segurança Pública; Instituto de Pesquisas Datafolha, set. 2016. Disponível em: <http://docplayer.com.br/25947665-Apoliciaprecisafalarsobrestupro-percepcao-sobre-violencia-sexual-e-atendimento-a-mulheres-vitimas-nas-instituicoes-policiais.html>. Acesso em: 5 abr. 2017.

POLLO, Luiza. Exclusivo: Governo informa à AGU posição contra aborto. *Jornal Estadão*, abr. 2017. Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/blogs/coluna-do-estadao/exclusivo-governo-informa-a-agu-posicao-contraborto/>Acesso em: 4 abr. 2017.

A REALIDADE do aborto inseguro na Bahia: a ilegalidade da prática e seus efeitos na saúde das mulheres em Salvador e Feira de Santana. [Salvador], 2012. Disponível em: <http://www.observatoriodegenero.gov.br/menu/publicacoes/outros-artigos-e-publicacoes/a-realidade-do-aborto-inseguro-na-bahia/view>. Acesso em: 3 abr. 2017.

RITA, Rosângela Peixoto Santa. *Mães e crianças atrás das grades: em questão o princípio da dignidade da pessoa humana*. Brasília, DF, 2007. Disponível em: <http://repositorio.unb.br/handle/10482/6377>. Acesso em: 6 abr. 2017.

REGRAS das Nações Unidas para o tratamento de mulheres presas e medidas não privativas de liberdade para mulheres infratoras (Regras de Bangkok). Pastoral Carcerária, 11 abr. 2012. Tradução não oficial das Regras de Bangkok. Disponível em: <https://carceraria.org.br/wp-content/uploads/2012/09/Tradu%C3%A7%C3%A3o-n%C3%A3o-oficial-das-Regras-de-Bangkok-em-11-04-2012.pdf>. Acesso em: 5 abr. 2017.

SAFFIOTI, Heleieth. *Gênero, patriarcado, violência*. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2015.

SENA, Humberto Bernardino. Parte especial: dos crimes contra a pessoa – art. 121 a 129. In: CARNEIRO JUNIOR et al. *Código Penal comentado e sua interpretação pelos tribunais*. 2. ed. Campo Grande: Contemplar, 2015.

SILVA, Ermildes Lima da Silva; LACERDA, Simone Oliveira de; TAVARES, Márcia Santana. A Lei Maria da Penha e sua aplicação nas DEAMs de Salvador: reflexões sobre o que pensam e dizem as mulheres em situação de violência. In: SARDENBERG, Cecília Maria Bacellar; TAVARES, Márcia Santana (org.). *Violência de gênero contra mulheres: suas diferentes faces e estratégias de enfrentamento e monitoramento*. Salvador: EDUFBA, 2016.

A RUPTURA DOS DIREITOS HUMANOS E A FALÊNCIA DO SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO

uma análise das causas da crise penitenciária brasileira

Daniel Angeli de Almeida

Introdução

O discurso dos direitos humanos teve sua origem com as revoluções burguesas, inicialmente albergando apenas algumas espécies de direitos, sobretudo individuais, e evoluiu fortemente nos séculos seguintes, passando a acolher uma ampla variedade de posições jurídicas. Apesar de todo o seu desenvolvimento teórico, é lamentável perceber que esse discurso nunca realmente “saiu do papel”, pois vem sendo sistematicamente desrespeitado em todo o mundo. A positivação dos direitos humanos, que ocorreu através da inserção de suas ideias nas cartas políticas dos países ocidentais, mostrou-se inócua. Sendo assim, esse suposto avanço não passou de um mero discurso, pois, na prática, as experiências democráticas não conseguiram concretizar as disposições que elas reconheceram como fundamentais para o convívio num Estado democrático de direito.

Uma nítida expressão da falência do discurso dos direitos humanos revela-se no tratamento dos detentos dentro das penitenciárias brasileiras. Apesar de também abrangido pelo âmbito de proteção das normas mais fundamentais da Constitui-

ção cidadã, nunca foi conferida a atenção prometida pelas normas de proteção à dignidade da pessoa humana, o que culminou, no plano jurídico, na declaração do “Estado de coisas inconstitucional” pelo Supremo Tribunal Federal (STF), através do julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 347, bem como, posteriormente, no plano fático, na eclosão de rebeliões comandadas por organizações criminosas articuladas e coordenadas em vários estados do Brasil, resultando na cruel mortandade de centenas de detentos.

A problemática crise do sistema penitenciário brasileiro vai além de uma simples questão de superlotação de presídios ou de um necessário combate às organizações criminosas que agem nas penitenciárias nacionais. O presente trabalho visa analisar o desenvolvimento de um movimento globalizado de desarticulação do discurso dos direitos humanos como fator responsável pelo colapso do viés jurídico de proteção à dignidade da pessoa humana, ocasionado, sobretudo, pelo advento da sociedade de risco, que gerou a expansão demasiada do espectro de atuação do direito penal, junto com suas malévolas consequências fáticas.

Origem, desenvolvimento e crise dos direitos humanos

Em harmonia com a proposta temática do presente trabalho, é necessário propor uma intersecção entre a ruptura dos direitos humanos e a falência do sistema penitenciário nacional. Para realizar esse intento, é fundamental entender a origem e desenvolvimento histórico dos direitos humanos, para que ao fim seja possível entender a entrada no processo de descrédito e intensificação da crise generalizada.

Breve história social dos direitos humanos

A gênese dos direitos humanos pode ser remontada em diversos períodos da história da humanidade, a depender de qual campo do conhecimento o intérprete pretenda aludir. Da forma exposta por José Damiano de Lima Trindade (2011), os direitos humanos foram gerados, na ótica da filosofia, com o estoicismo grego, ainda antes de Cristo, ou mesmo com Cícero e Diógenes, na Roma Antiga. Sob a ótica religiosa, já seria possível falar em direitos humanos a partir do Sermão da Montanha, presente no Antigo Testamento. Uma reconstrução política, por sua

vez, não poderia deixar de aludir à Magna Carta do Rei João Sem Terra, ainda em 1215. Contudo, para uma história social dos direitos humanos, isto é, para se elaborar uma reconstrução que analisa a efetividade do discurso dos direitos humanos nas sociedades, o ponto de partida se revela muito mais nítido, tratando-se, na verdade, de uma integração de todas as outras abordagens acerca dos direitos humanos – econômicas, políticas, filosóficas, religiosas etc. – que culminaram nas chamadas Revoluções Liberais, no fim do século XVIII.

Por que somente no fim do século XVIII, sobretudo com o advento da Revolução Francesa, que os efeitos sociais do discurso dos direitos humanos foram sentidos? Por que tão grande atraso em relação às outras formas de percepção acerca dos direitos humanos?

Não faltaram filósofos, profetas ou dirigentes legítimos e capazes de operar a transformação social tão aguardada pelos direitos humanos. Faltava, porém, a reunião das condições sociais para que o discurso dos direitos humanos pudesse reverberar nas residências e nos locais de trabalho da população, fazendo com que a mobilização tivesse proporções adequadas para se manejar uma real modificação da estrutura social de dominação. Essas condições só foram reunidas no ideário popular no final do século XVIII, inspirando e favorecendo a virada do pensamento social, sobretudo na França, quando então se pode falar na gênese de uma acepção social dos direitos humanos.

Dentre as condições sociais vigentes que culminaram no aparecimento da acepção social dos direitos humanos, visualizam-se três como principais: a queda do feudalismo, a ascensão da burguesia e a secularização.

Com efeito, o modo de produção feudal, então vigente na Europa Ocidental, baseava-se na exploração da mão de obra camponesa por parte dos senhores feudais. Havia uma rígida estratificação social que obstava qualquer tipo de ascensão ou declínio de posição social, ou seja, o camponês jamais ascenderia socialmente para ocupar o lugar de um senhor de terras. Essas amarras sociais também garantiam a dominação política, jurídica e ideológica, em que a Igreja assumia um importante papel de conformação da população aos ideais cristãos, condenando a acumulação de capital e, ao lado do Estado, obrigando ao pagamento de valores (dízimo, impostos e taxas) que inviabilizavam qualquer tipo de investimento por parte dos explorados.

Ao traçar as linhas gerais do modelo social que antecedeu o nascedouro dos direitos humanos, é importante vislumbrar que a burguesia exerceu protagonismo indiscutível na passagem de um modelo de dominação para um modelo baseado, ao menos em tese, na isonomia entre os atores sociais.

O apogeu de todo e qualquer modelo social é também o marco inicial do seu próprio declínio. Com o feudalismo, não foi diferente. No auge do modelo feudal de produção e organização social, era possível perceber intensas trocas de mercadorias entre os camponeses. O excedente produtivo era comercializado nas estradas com outros camponeses que produziam artigos diversos. A intensa troca permitiu o surgimento dos primeiros interpostos comerciais, locais habitualmente utilizados para a mercancia entre camponeses que foram, paulatinamente, ganhando estrutura de cidades, denominados burgos. Nesses locais, as transações geraram a necessidade de oferecer serviços que até então eram desnecessários e, portanto, desconhecidos na sociedade feudal estamental. Calculistas, contadores, carregadores, cobradores, escribas, mercadores, advogados e despachantes são apenas alguns exemplos de novas profissões que surgiam nos novos centros urbanos. Para Crosby, estava ganhando corpo “uma meritocracia mais alfabetizada e mais perita em números do que a maior parte do clero e da nobreza europeus”. (CROSBY, 1999)

Os habitantes dos burgos eram pessoas que não mais estavam sob a égide de uma relação de suserania e vassalagem. Eram camponeses libertados, mercadores que abandonaram os campos feudais, autônomos e com economia própria, por vezes proprietários de pequenas porções de terras produtivas. Para esse novo agrupamento social, os pesados impostos e taxas cobrados pelo Estado e o dízimo da Igreja não traziam benefícios tangíveis, mas apenas representavam um óbice aos seus interesses. A religiosidade que condenava a acumulação de capital não era mais praticada nos centros populacionais, a sociedade estava em ponto de ebulição e uma grande modificação estrutural estava por vir.

O abandono da Igreja também pode ser aferido como um fator importante de mudança do pensamento social à época. Esse afastamento da fé religiosa da vida das pessoas foi denominado de secularização:

O termo secularização é utilizado para definir o processo de ruptura da cultura eclesíastica com as doutrinas filosóficas e as instituições jurídico-políticas, que ocorreu gradualmente a partir do século XV, objetivando expurgar da esfera civil o domínio da religião, sobretudo a colonização de ideias realizada pela Igreja Católica. (SALO, 2015, p. 142)

A secularização afastou não apenas as pessoas da religião – com o êxodo dos templos religiosos –, mas também distanciou a religião da ciência, duas “instituições” que eram intimamente interligadas. Antes do processo de secularização das estruturas sociais, ou seja, sob a égide do denominado “modelo venerável” (CROSBY, 1999, p. 43-57),¹ a explicação para os fenômenos naturais era sempre encontrada na intervenção divina. Sendo assim, algumas coisas eram explicáveis (quando Deus escolhia grandezas apreensíveis pela mente humana) e outras inexplicáveis (apenas provenientes de Deus e inalcançáveis pela inteligência humana). Na vigência do modelo venerável, os ocidentais não tinham o hábito de quantificar os fenômenos da vida. Dessa forma, até mesmo as horas e os dias do calendário não eram marcados com precisão, sendo muito comum a utilização das “sete horas canônicas” – as badaladas do sino da Igreja – para marcar a duração do dia, e também a menção a acontecimentos relevantes para marcar a duração do ano, tais como o Dilúvio, a Encarnação, a fundação da cidade de Roma ou o início do reinado de um imperador.

Para Crosby (1999), eles se preocupavam tanto com o tempo quanto nós, só que seu modo era muito diferente do nosso. Eles conferiam pouco valor à precisão das medidas e preocupavam-se mais com os valores simbólicos. Eles eram tão poéticos com os números quanto com as palavras. Deus e a vontade divina estavam sempre por trás das descobertas matemáticas. Os números não eram utilizados com o fim de controlar a realidade material, mas sim objetivando encontrar pistas sobre o que havia além da cortina da realidade.

A ascensão de um novo modelo de pensamento ocidental – modelo quantificador da realidade – permitiu o questionamento das explicações divinas acerca dos fenômenos naturais. As ideias de Copérnico, Galileu e Descartes contestaram frontalmente as convicções teocêntricas e abriram margens para o desenvolvimento de uma filosofia iluminista, capitaneada por Rousseau, Locke, Montesquieu, entre outros. As navegações intercontinentais, a descoberta do Novo Mundo, os avanços da mecânica, do conhecimento científico e da tecnologia, a Reforma e Contrarre-

1 O “modelo venerável” é uma expressão entabulada por Alfred Crosby que define os hábitos de pensamento ocidentais que vigoraram desde a Idade Média até o Renascimento, caracterizados pela forma não sistematizada de encarar os fenômenos naturais. Esse modelo representava a dominação da ciência pela religião, que buscava explicações divinas para os diversos fenômenos da vida, tais como a passagem do tempo (badaladas do sino), a aferição de distâncias (terra plana e abismo além do horizonte), a subutilização da matemática, entre outros. O modelo venerável foi suplantado pelo que Crosby denomina de “modelo quantificador da realidade”, quando se passou a aferir o tempo, as distâncias, as quantidades e demais fenômenos da vida com base em grandezas fixas e desvinculadas de qualquer acontecimento natural, tais como as horas, os metros, o dinheiro, a matemática etc.

forma anunciavam a saída de cena de uma religiosidade já incapaz de servir como mecanismo de pacificação social.

Traçadas as bases do nascedouro de uma aceção social dos direitos humanos, passamos agora a analisar a forma como esses direitos foram incorporados na vida das populações humanas.

O constitucionalismo e o surgimento das “gerações” de direitos humanos

Como dito, a crise do feudalismo, a ascensão da burguesia e a secularização das estruturas sociais – esta última ligada, sobretudo, ao afastamento da Igreja das estruturas de dominação política, jurídica e social – representaram o declínio do Antigo Regime, gerando um campo aberto para a criação e reprodução de novas ideias, dessa vez mais ligadas ao respeito à dignidade da pessoa humana, à liberdade, à igualdade material, entre outros princípios que nortearam o surgimento do discurso dos direitos humanos.

Esse cenário de rompimento com a realidade vigente, maximizado por crises das estruturas sociais, tornou-se profícuo para a emergência de porta-vozes da burguesia revolucionária. Dentre eles, deve ser dada especial atenção para os escritos do abade Emmanuel Sieyès, propulsor do movimento constitucionalista, pregando abertamente a ruptura com a monarquia absolutista, chefiada pelo denominado Terceiro Estado, que era composto, basicamente, pela burguesia. Na sua obra *O que é o Terceiro Estado?*, o autor anuncia:

O Plano deste trabalho é muito simples. Devemos responder a três perguntas: 1ª) O que é o Terceiro Estado? – Tudo. 2ª) O que tem sido ele, até agora, na ordem política? – Nada. 3ª) O que é que ele pede? – Ser alguma coisa [...] O que é preciso para que uma nação subsista e prospere? Trabalhos particulares e funções públicas. [...] Estes são os trabalhos que sustentam a sociedade. E sobre quem recaem? Sobre o Terceiro Estado. [...] As funções públicas também podem, no estado atual, ser reunidas sob quatro denominações conhecidas: a Espada, a toga, a Igreja e a Administração. Seria supérfluo percorrê-las detalhadamente para mostrar que o Terceiro Estado integra os dezenove vigésimos delas, com a diferença de que se ocupa de tudo o que é verdadeiramente penoso [...]. Somente os postos lucrativos e honoríficos são ocupados pelos membros da ordem privilegiada. (SIEYÈE, 1988, p. 63-69)

A obra do abade Sieyès (1988) é, na verdade, uma grande convocação para que o Terceiro Estado reúna suas forças e, conjuntamente, ocupe os espaços de poder do Estado. Com a tomada do poder, o próximo passo seria a formulação de uma assembleia constituinte, com o objetivo de editar uma constituição que previsse os anseios da classe ascendente.

A instituição da Assembleia Geral Constituinte e, como consequência direta, a *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão*, em 1789, incorporada no bojo da Constituição Francesa de 1791, inspirada pela então recente Constituição Americana, delimitam o nascimento do constitucionalismo francês. Esse movimento genuinamente ocidental teve o trunfo de positivizar nas cartas políticas nacionais os tão almejados direitos humanos, tornando obrigatória a sua observância. A fonte da lei passou a ser o homem, e não mais o comando de Deus ou os costumes. (LAFER, 1988) As Revoluções Liberais – sobretudo a francesa e a americana – objetivaram a estabilização dos direitos conquistados pelo povo, de forma que a sua constitucionalização impedia supressões oportunistas.

Contudo, o processo de positivação não desempenhou essa função estabilizadora, como previne Celso Lafer (1988), pois o elenco dos direitos humanos foi se alterando, desde o seu nascedouro até os dias atuais, conforme foram ocorrendo transformações nas condições históricas. Essa relatividade do rol de direitos humanos é manifestada em um atributo típico denominado de historicidade, revelando que tais demandas não são em verdade eternas, senão apenas conquistas históricas, expressão das necessidades de uma dada época.

É importante observar, nesse primeiro momento, que os direitos humanos surgem como posições jurídicas das quais eram beneficiários os indivíduos em face do soberano, representando, justamente, a vitória da doutrina liberal nas revoluções burguesas. Nesse sentido, inspirados no individualismo, os direitos humanos de primeira geração são consubstanciados nas liberdades públicas e na demarcação cristalina entre o que é Estado e o que é privado. Essencialmente, são considerados como deveres de abstenção do Estado para com os particulares, isto é, tais direitos são zonas particulares que o Estado não pode transpor.

Ocorre que a primeira geração de direitos humanos não conseguiu, com o passar das décadas, atender aos anseios dos cidadãos da urbe. A igualdade meramente formal, cristalizada em lei, funcionava como uma “faca de dois gumes”, pois, pelo fato de exigir tratamento igual para todos, acabava por tratar igualmente aqueles

que estavam em condições desiguais. A igualdade formal gerou a desigualdade material, que deveria ser corrigida pelo mesmo poder instituidor da primeira “geração” de direitos. As reivindicações tornaram-se constantes e, já em meados do século XIX, o rol de direitos de primeira geração viu-se acrescentado pelos imperativos do *welfare state* (estado do bem-estar social) materializados pelos direitos ao trabalho, à saúde, à educação, ao lazer, entre outros, que não passam de demandas individuais, mas que só podem ser exercidas coletivamente. Ao contrário dos direitos de primeira geração, esses novos direitos exigem um agir estatal, ou seja, reclamam prestações a serem adimplidas pelo Estado, e não mais abstenções. Tais direitos se incorporaram aos primeiros já conquistados previamente, revelando um verdadeiro acúmulo de gerações, e não uma sucessão propriamente dita, daí porque seria melhor falar-se em dimensões, e não gerações de direitos humanos.

Nos anos que sucederam essas grandes conquistas, foram surgindo novas necessidades populacionais, dessa vez marcadas pelo caráter coletivo, e não mais individualista. Sendo assim, no processo de asserção histórica dos direitos humanos, foram cristalizados o que contemporaneamente denomina-se de direitos de terceira, quarta ou até quinta geração, de titularidade coletiva e caráter difuso, isto é, os seus beneficiários estão ligados por situações de fato, e não de direito. Como exemplos, pode-se citar o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, à autodeterminação dos povos, à paz, à proteção do mercado de consumo, dentre outros direitos debatidos e positivados em âmbito internacional.

É justamente no bojo dos direitos humanos de terceira e posteriores gerações que se projeta no seio social uma demanda coletiva pela segurança pública, tendo em vista tratar-se de um direito de todos os indivíduos, mas que a ninguém pertence individualmente. É o típico direito difuso, que deve ser efetivado pelo poder público, haja vista o premente interesse público na sua prestação. Não é outra a constatação de Valter Foletto Santin (2004), ao afirmar que o direito à segurança pública tem característica predominante de direito difuso, por ser de natureza transindividual, indivisível, de titularidade dispersa entre pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato, devendo ser fornecido pelo Estado visando a manutenção da ordem pública e da incolumidade física das pessoas.

A efetivação do direito à segurança pública, contudo, não foi alvo de muita atenção por parte do Estado brasileiro. Aliás, na história da efetivação dos direitos humanos no Brasil, pouca relevância foi dada para a maior parte dos interesses coletivos, de forma que a segurança pública não foi uma exceção. Com efeito,

para remediar o problema das altas taxas de criminalidade, tem sido adotada uma política pública fundada na carcerização, isto é, através da maximização do direito penal, tenta-se reparar toda e qualquer violação à ordem jurídica, o que ocasiona um aprisionamento massivo da população, deixando de lado os reais fatores de instabilidade social que geram o crime. Outros direitos fundamentais, tais como o trabalho, a educação, a moradia e o lazer, caso fossem aplicados com mais empenho, seriam mais eficazes na diminuição das taxas de criminalidade, aliviando o já sobrecarregado direito penal e a ineficaz segurança pública.

É justamente sobre esse tema que trataremos na seção “O advento da sociedade de risco e as transformações do direito penal”, em que será analisado o tratamento inadequado dado pelo Estado brasileiro às questões relacionadas à segurança pública e outros interesses coletivos, resultando numa expansão do direito penal e conseqüente sobrecarga do sistema penitenciário, o que gerou graves revoltas prisionais com grande número de vítimas. Porém, antes de passar ao estudo focado no sistema prisional brasileiro, é preciso entender como esse processo de desenvolvimento dos direitos humanos entrou em declínio, ocasionando o que se denomina de ruptura.

A ruptura com os direitos humanos

O advento do século XX trouxe grandes esperanças de melhoria da qualidade de vida para as populações urbanas. Descobertas tecnológicas proporcionadas pelos avanços das ciências exatas, a forte atuação do Estado na economia, evitando descontroles e aplicando fundos nos setores mais necessitados, o alto desenvolvimento industrial, possibilitando o abastecimento populacional, foram algumas das promessas de início de século. Tudo levava a crer que, finalmente, o discurso dos direitos humanos se alinharia com o desenvolvimento social para atender às demandas populacionais.

Contudo, o início do século XX foi marcado, isto sim, pela eclosão da Primeira Grande Guerra, trazendo consigo as mais graves violações de direitos humanos. A Primeira Guerra contribuiu diretamente para o surgimento de algo novo no plano das relações internacionais, e esse novo quadro foi se agravando com o passar dos anos e teve o seu ápice com o advento da Segunda Guerra Mundial.

Trata-se, aqui, especificamente, da problemática da nacionalidade. A Primeira Guerra gerou uma divisão bem demarcada dos territórios em conflito. As conquistas territoriais serviam para delimitar o espectro de atuação de determinado governo e instituir a cobrança impostos dos residentes nos locais sob sua administração, bem como fixar o dever de proteção dos bens e pessoas intramuros. Ocorre que essa bem demarcada limitação territorial gerou uma grande desordem no sistema das nacionalidades, pois passaram a coexistir no mesmo território político povos de diferentes culturas, que cultuavam diversas religiões, todos sob a mesma administração. Por conta dessa miscigenação, foram celebrados, como lembra Celso Lafer (1988), acordos internacionais que visavam a proteção dos grupos minoritários residentes em territórios “estrangeiros”. Um bom exemplo dessa preocupação internacional foi a criação dos Comitês das Minorias no âmbito da Sociedade das Nações.

Contudo, essa situação não perduraria longo tempo, afinal, enquanto coletividades com identidades próprias, “elas colocavam no território estatal o problema da tensão entre Estado e nação” (LAFER, 1988, p. 142), estando claro que, mais cedo ou mais tarde, as minorias teriam que ser ou assimiladas ou eliminadas. À medida que os interesses políticos iam se intensificando, novas medidas eram adotadas pelas nações, tais como as desnacionalizações maciças, promovidas, sobretudo, pela União Soviética e pelos nazifascistas em relação aos nacionais que viviam no estrangeiro sem passaporte ou que tinham abandonado o país depois da ascensão ao poder dos regimes totalitários.

Situações como a da apatridia coletiva foram frequentes no contexto do primeiro pós-guerra, tendo gerado esforços por parte dos órgãos internacionais para solucionar o *status* jurídico dessas populações deslocadas. Para Celso Lafer (1988, p. 144), “estes esforços internacionais tiveram pouco êxito e o seu insucesso teve implicações que acabaram escapando à lógica do razoável em matéria de direitos humanos”. Sendo assim, os apátridas tornaram-se grupos de pessoas rejeitadas pelo seu país de origem e não acolhidas por nenhuma outra nação, estando impossibilitadas até mesmo de recorrerem aos direitos humanos. Foi essa situação que deu origem ao processo de ruptura.

O apátrida não detinha direito à residência ou ao trabalho, vivendo de forma permanente à margem da lei. A única maneira de estabelecer um vínculo jurídico com o Estado era através da prática de um delito, que, paradoxalmente, o inseria de volta no contexto de igualdade humana com os demais detentos. Era frequen-

tando o Código Penal que o apátrida se tornava uma pessoa, um sujeito dotado de direitos e obrigações, recuperando a sua condição humana. (LAFER, 1988, p. 147)

Indesejados no meio social, os apátridas passaram a ser um problema de polícia. Quanto maior o influxo de refugiados, maior a autonomia da polícia no combate a esse “problema social”. A organização estatal conferiu grande autonomia para as instituições policiais, inclusive para se inter-relacionar com polícias de outros Estados, formando um inter-relacionamento transnacional de polícias, conduzindo a uma forte autonomia dessas instituições.

Deixados de lado pela sociedade e tratados como um problema de polícia, a solução para a situação dos apátridas foi separá-los do agrupamento social, pois não havia isonomia de tratamento entre cidadãos e as *displaced persons*. Os campos de concentração foram os locais ideais para a separação entre essas duas “classes” de pessoas, cidadãos e indesejados. Dentro dos campos de concentração, ocorreram as mais graves violações de direitos humanos já documentadas na história. Desde experimentações científicas com pessoas vivas, provocando dor até o limite suportável pelo corpo humano, até execuções coletivas em câmaras de gás, com o objetivo claro de dizimar populações inteiras – crime de genocídio.

Todo esse movimento de tombamento dos direitos humanos ocorreu no bojo de uma transformação social que deu origem à chamada “sociedade de risco”, trazendo novos delineamentos para as estruturas sociais e que, por consequência, modificou também as estruturas do direito penal, dando lugar a mudanças nos seus conceitos mais básicos.

O advento da sociedade de risco e as transformações do direito penal

O avanço do capitalismo trouxe novos contornos às relações sociais, que paulatinamente foram provocando mudanças nos conceitos das mais diversas ciências sociais. O Direito Penal não passa inerte por esse processo, tendo sido profundamente transformado a partir do avanço da denominada sociedade de risco. A presente seção visa entender esse processo de transformação social e de que forma isto influencia nas estruturas garantistas do Direito Penal.

O advento da pós-modernidade e a sociedade de risco

A humanidade atravessou vários séculos sob a égide do paradigma da racionalidade científica, período em que se produziram tecnologias que revolucionaram os mais variados campos do conhecimento, abrangendo tanto as ciências exatas como as ciências sociais. A sociedade que hoje se desenha possui uma estrutura distinta da sociedade industrial. A modernidade vai abandonando os contornos do paradigma industrial para estabelecer um novo modelo, chamado por Ulrich Beck (2011, p. 12) de sociedade de risco:

[...] assim como no século XIX a modernização dissolveu a esclerosada sociedade agrária estamental e, ao depurá-la, extraiu a imagem estrutural da sociedade industrial, hoje a modernização dissolve os contornos da sociedade industrial e, na continuidade da modernidade, surge uma outra configuração social.

As características da nova sociedade são uma decorrência do avançado estado de industrialização provocado pelo paradigma da racionalidade científica. María José Jiménez Díaz (2014) esclarece que os contornos da nova dinâmica social caracterizam-se fundamentalmente por sua complexidade, transnacionalidade, dinamicidade econômica, multiplicidade de interconexões causais e existência de uma forte intervenção de coletivos. Trata-se de uma sociedade em que os avanços científicos e tecnológicos, assim como o fenômeno da globalização, favorecem a aparição de novos perigos ante os quais o cidadão médio se sente ameaçado, como aqueles derivados do uso da energia nuclear.

O próprio processo de modernização produz efeitos colaterais latentes, denominados riscos. Para Beck (2014, p. 23), “na modernidade tardia, a produção social de riqueza é acompanhada sistematicamente pela produção social de riscos”. A grande tônica do processo de modernização deixa de ser a legitimação da acumulação desigual de riquezas, típica da sociedade industrial, e passa a ser a legitimação do progresso através do isolamento dos riscos produzidos no próprio processo de modernização.

Nesse aspecto, Zygmund Bauman (2001, p. 40) concorda, ao afirmar que “a sociedade que entra no século XXI não é menos ‘moderna’ que a que entrou no século XX; o máximo que se pode dizer é que ela é moderna de um modo diferente”. A sede irrefreável pela modernização não encontra obstáculos intransponíveis; muito pelo contrário, cada novo obstáculo deve ser sempre superado para que se

viabilize a continuidade da modernização, ainda que essa superação faça surgirem efeitos colaterais. A produção de riscos, por ser um efeito colateral inerente ao processo de modernização, deve ser sistematicamente justificada e isolada, de modo a não impedir a continuidade do procedimento.

Ocorre que o acúmulo de riscos pode gerar consequências sociais desastrosas, com alcance assustadoramente maior do que os riscos tradicionalmente enfrentados pelo processo de modernização. Nesse sentido, María José Jiménez (2014) afirma que os riscos apresentam grandes dimensões, o que significa que ameaçam um número indeterminado e potencialmente enorme de pessoas, inclusive a própria existência da humanidade como tal.

O direito penal não passa incólume pela mudança estrutural da sociedade. A percepção de que a sociedade industrial começa a produzir efeitos colaterais danosos, capazes de afetar a humanidade em escala global, exige que as ciências jurídicas adaptem seus institutos e teorias para a nova realidade. Para Ulrich Beck (2011, p. 62), “o direito ajusta suas velas – de modo algum voluntariamente, e sim com o vigoroso apoio das ruas e da política – na direção em que sopra o vento”. Assim, são sentidas também na seara jurídico-penal as mudanças nas estruturas sociais.

O direito penal da pós-modernidade e o surgimento de um novo viés punitivo

A passagem para uma sociedade caracterizada pela insegurança generalizada faz com que os cidadãos reclamem do Estado uma postura de combate à insegurança e exijam o fornecimento de mecanismos de prevenção frente aos riscos. Cresce progressivamente a necessidade de novos instrumentos para combater os riscos. O direito penal é chamado para entrar em campo em meio à instabilidade das relações de uma sociedade insegura. Para Silva Sánchez (2002, p. 41), “em uma sociedade que carece de consenso sobre valores positivos, parece que corresponde ao Direito Penal malgré lui a missão fundamental de gerar consenso e reforçar a comunidade”. O direito penal, tradicionalmente caracterizado por ser o soldado de reserva, a última *ratio* de proteção dos bens jurídicos, passa a ser o principal instrumento de combate aos riscos criados pela sociedade pós-moderna. Novos mecanismos penais são criados para facilitar a busca dos responsáveis pelas condutas danosas, o que gera, de logo, uma maior amplitude de atuação do direito penal,

fortalecendo a política de carcerização, a superlotação penitenciária, a violação sistemática de direitos humanos, o fortalecimento do crime organizado e uma série de consequências danosas relacionadas ao fortalecimento de uma política voltada para a punição.

Os novos riscos têm a característica marcante de afetar a coletividade como um todo. Eles ameaçam a própria existência da humanidade. Esse caráter supraindividual dos novos riscos demanda proteção através da criação de novos bens jurídicos, também de caráter supraindividual. A essência patrimonial e individualista do direito penal clássico já não é capaz de responder às novas ameaças produzidas. É necessário um novo catálogo de bens jurídicos, baseados, sobretudo, na supraindividualidade das ameaças. A primeira grande transformação jurídico-penal proporcionada pela sociedade de risco é a criação de novos tipos penais que protegem bens jurídicos supraindividuais. Nesse contexto, é possível observar a proliferação de legislações protetivas do meio ambiente, do sistema econômico-financeiro, da saúde pública, do mercado de consumo, da paz pública, dentre outras. São microsistemas penais voltados para a proteção dos direitos humanos de terceira, quarta e quinta gerações, difusos por essência e de titularidade transindividual.

O aparecimento de novos bens jurídicos tem o fito de dar uma resposta à deficiente segurança pública, assolada pela extrema dificuldade de combater o novo modelo de criminalidade surgido com o aparecimento da sociedade de risco. Trata-se de uma expansão quantitativa do direito penal, consubstanciada no aparecimento de novos crimes e de novas legislações criminais. Paralelamente, também se opera uma expansão qualitativa do direito penal, com o aparecimento de legislações penais e processuais penais específicas voltadas para a punição, muitas vezes com disposições que violam o tradicional princípio do devido processo legal, da legalidade, da paridade de armas, do contraditório e da ampla defesa. Todas essas mudanças vêm acompanhadas de um referendo das Cortes Superiores, que vão, paulatinamente, adaptando os seus entendimentos para validar as novas normas penais e processuais penais.

Além da supraindividualidade dos novos bens jurídicos penalmente protegidos, também se afigura presente uma característica importante dos novos conteúdos tutelados: a artificialidade. Os novos modelos de relações travados na pós-modernidade, sobretudo a comunicação virtual, demandam instrumentos totalmente novos para sua proteção. A tônica da sociedade de risco adere a um modelo fundado

na ubiquidade, no qual o indivíduo pode estar presente em qualquer lugar do mundo através da internet, e, por isso, o elenco de bens jurídicos vai se alterando. A nova criminalidade também acompanha as revoluções tecnológicas, dentre as quais se pode citar a ciberdelinquência, que é, seguramente, o maior exemplo de tal evolução.

Com efeito, pode-se observar o surgimento de novos tipos penais, tais como o delito previsto no artigo 154-A do Código Penal, que tipifica a conduta de invadir dispositivo informático alheio, assim como os novos artigos 313-A e 313-B do Código Penal, denominados pelos manuais de peculato eletrônico (CUNHA, 2016), que punem o agente que, em linhas gerais, insere dados falsos ou modifica o funcionamento do sistema de informações da Administração Pública. São inéditos os bens jurídicos tutelados por esses delitos, pois buscam proteger os dados componentes de um sistema eletrônico ou mesmo o próprio sistema de informações ou programa de informática.

Entretanto, esse fenômeno não se resume ao surgimento de novos bens jurídicos. Até mesmo os tradicionais bens jurídicos vão sofrendo uma transformação para adquirir uma nova roupagem. As velhas modalidades delituosas agora são praticadas por intermédio de novos instrumentos disponibilizados pelo avanço tecnológico. O patrimônio, por exemplo, tradicional bem jurídico protegido pelo direito penal, ganha novos meios de ser vulnerado, máxime pela crescente possibilidade de efetuar operações bancárias por meio da internet. Uma rápida análise nos crimes elencados no Código Penal brasileiro e na legislação penal extravagante já permite identificar um catálogo substancialmente renovado de bens jurídico-penais protegidos.

Nesse sentido, os crimes contra a honra (calúnia e difamação), por exemplo, ganham especial poder de disseminação quando executados por intermédio da rede mundial de computadores. Da mesma forma, a apologia ao crime, os delitos de preconceito, a pedofilia, a divulgação de material confidencial, entre outros, são delitos que, se cometidos pelos novos sistemas de comunicação, ganham uma notável amplitude em relação ao alcance e à potencialidade lesiva ao bem jurídico tutelado.

Além da atualização da lista de tipos penais, a supraindividualidade e a artificialidade dos novos bens jurídicos fazem com que seja extremamente dificultosa a imputação de responsabilidade aos causadores dos danos. A própria lesão provocada pela prática do delito não é mais perceptível. Dada a artificialidade do bem jurídico

protegido, a lesão provocada certamente será do mesmo modo artificial, presumida. Como estabelecer a culpabilidade do agente em condutas que não ocasionam um resultado material? Para responder a essa nova formulação de bens jurídicos, tornou-se necessária a opção do legislador pela criação dos chamados delitos de perigo, que diferem dos crimes de dano porque dispensam uma lesão efetiva ao bem jurídico tutelado. A mera probabilidade de lesão, criada pela prática de uma conduta abstratamente arriscada, já é suficiente para a consumação do injusto penal.

Aliado à proliferação dos tipos penais de perigo, o legislador vem optando pela criação de delitos formais e de mera conduta, em detrimento da criação de delitos materiais. Explica-se: os delitos formais não exigem a ocorrência de um resultado material para a sua consumação, apesar de previsto na norma. A eventual ocorrência do resultado previsto nos tipos formais é considerada mero exaurimento do crime. Já os delitos de mera conduta sequer preveem no seu tipo objetivo a ocorrência de um resultado naturalístico. A superveniência de um resultado lesivo nos tipos de mera conduta é irrelevante, pois nem ao menos foi previsto no tipo legal do crime.

A opção legislativa pela criação dos modelos de tipos penais acima apresentados tem uma clara consequência prática: a criminalização de atos preparatórios ao invés de atos executivos. O excessivo número de novos tipos penais de perigo abstrato e de mera conduta demonstra a intenção do legislador de antecipação da intervenção penal para o momento anterior à efetiva prática do delito, a fim de conferir proteção eficiente aos bens jurídicos. Doravante, afasta-se substancialmente o clássico princípio da ofensividade, que exige o efetivo dano ao bem jurídico tutelado, em nome do (sub) princípio da vedação à proteção insuficiente, extraído do princípio (postulado) da proporcionalidade. Essa opção legislativa, na visão de Paulo Silva Fernandes (2001) na ânsia por dotar o direito penal de respostas aos novos desafios da sociedade de risco, acaba por antecipar a tutela penal dos bens jurídicos, flexibilizando categorias tais como as da imputabilidade, da culpa, do dolo etc.

Os novos rumos da jurisprudência na sociedade de risco

A readaptação do direito penal e processual penal para encarar os novos desafios colocados pela sociedade de risco também afetou a jurisprudência pátria. A tradicional inércia da jurisdição foi desafiada pela ineficiência das estruturas gover-

namentais no combate à nova criminalidade, impondo uma postura mais ativa do Poder Judiciário.

É controversa a possibilidade de o Poder Judiciário atuar ativamente na busca de soluções para os problemas de segurança pública. A Constituição da República parece destinar aos órgãos do Poder Executivo (polícias), nos artigos 144 e seguintes, a competência para gerir esse tipo de política. Ademais, é tradicional a lição de que cabem aos órgãos do Poder Executivo a elaboração e execução das políticas públicas, aí incluídas as políticas voltadas para a segurança pública e defesa social.

Entretanto, o Poder Judiciário deixou de ser mero coadjuvante e tem protagonizado iniciativas relevantes no tocante à efetivação de políticas públicas, sobretudo aquelas que a Constituição da República trata como um direito e responsabilidade de todos, tal qual a segurança pública. Valter Foleto Santin (2004, p. 221-228) afirma que o controle judicial da segurança pública é suplementar aos controles políticos e administrativos. Estes seriam os preponderantes, mas de forma nenhuma excluem a atividade judiciária voltada para a implementação das políticas públicas, uma vez que o “controle judicial dos atos administrativos sobre a eficiência dos serviços de segurança pública é benéfico à população, em prol da cidadania, porque se destina a exigir melhor prestação de serviço estatal”. Sendo assim, para o referido autor, o Judiciário tem a obrigação de assumir papel relevante na resolução dos problemas sociais, sobretudo aqueles relacionados com interesses difusos e coletivos.

É possível visualizar, pelo menos nas duas últimas décadas, uma transformação lenta e gradual no posicionamento jurisprudencial, passando a acatar teses inéditas e um tanto controversas, buscando facilitar a atividade dos órgãos de segurança pública. Essas recentes mudanças jurisprudenciais contribuem para a efetivação de um novo tipo de política; contudo, acabam agravando a crise penitenciária nacional, facilitando o encarceramento massivo da população.

Consubstanciando uma mudança no entendimento jurisprudencial, o STF passou a considerar lícita a entrada forçada em domicílio sem mandado judicial, ainda que em período noturno, quando amparada em fundadas razões, devidamente justificadas *a posteriori*, que indiquem que, dentro da casa, ocorre situação de flagrante delito. Nota-se que, ao tratar como lícitas as invasões domiciliares por policiais sem mandados judiciais, o Judiciário deu azo à possibilidade de, uma vez não encontradas evidências de delitos sendo cometidos no interior dos domicílios invadidos, sejam “plantadas” provas para evitar uma posterior responsabilização disciplinar,

civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade dos atos praticados. Para o STF, no julgamento do Recurso Extraordinário (RE) nº 603.616, Rondônia (RO), de relatoria do ministro Gilmar Mendes, seria necessário fortalecer o controle *a posteriori*, exigindo dos policiais a demonstração de que a medida fora adotada mediante justa causa, ou seja, que haveria elementos para caracterizar a suspeita de que estaria presente uma situação a autorizar o ingresso forçado em domicílio.

Esse entendimento jurisprudencial revela-se preocupante quando cotejado com o crime de tráfico de drogas, em que o objeto delituoso geralmente é escondido em residências, o que dificulta a atuação policial. Com a salvaguarda judicial às invasões domiciliares, os agentes policiais passam a ter mais tranquilidade para adentrar domicílios alheios, aumentando o número de prisões em flagrante (inclusive arbitrárias) e contribuindo com a superlotação carcerária, às custas da higidez da intervenção policial.

Por outro lado, acertou o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) ao regulamentar as chamadas audiências de custódia, denominação utilizada para a obrigatoriedade de apresentação de toda pessoa presa à autoridade judicial no prazo de 24 horas. A regulamentação da audiência de custódia é uma demanda antiga que visa a proteção de direitos humanos, presente na *Convenção Interamericana sobre Direitos Humanos* (Pacto de São José da Costa Rica), bem como no *Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos*. O STF, levando em conta a relevância e premente necessidade do instituto, julgou parcialmente procedente a medida cautelar na ADPF nº 347, para determinar que os juízes e tribunais, no prazo de 90 dias, realizem as audiências de custódia. Nesse diapasão, o CNJ editou a Resolução nº 213/2015, regulamentando as referidas audiências, o que pode ser considerado um grande passo jurisprudencial na conservação dos direitos humanos dos presos.

Por outro lado, o mesmo STF, no julgamento das Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADC) nº 43 e 44, entendeu pela possibilidade de execução provisória da pena privativa de liberdade, ainda que pendentes de julgamento os recursos extraordinários. O Plenário do STF não vislumbrou violação ao princípio da não culpabilidade ou presunção de inocência quando o tribunal de segunda instância emite um decreto condenatório, tendo em vista que os fatos analisados no processo não poderão ser objeto de nova análise nas instâncias superiores. Esse entendimento revela-se preocupante quando encaradas as repercussões práticas de sua implementação. O abarrotado sistema penitenciário passará a receber

agora apenados sem sentença condenatória transitada em julgado, intensificando a superlotação carcerária e todos os problemas dela advindos.

Existem outros entendimentos jurisprudenciais que caminham de mãos dadas com a política de carcerização adotada a partir do advento da sociedade de risco. Contudo, a sua exposição pormenorizada ultrapassaria a proposta do presente trabalho. As já comentadas decisões ilustram de forma satisfatória os novos rumos tomados pela organização judiciária pátria em relação ao tema da segurança pública.

Percebe-se que a crise penitenciária brasileira não é fruto de uma causa exclusiva, não é uma consequência isolada de uma política malsucedida, mas é, antes, o reflexo de um grave problema estrutural por que passa a nossa sociedade. A imersão na pós-modernidade trouxe o problema da insegurança generalizada, a fortificação do direito penal, a busca pelo equilíbrio e estabilidade através da inocuidade dos riscos e a ampliação da atuação do Judiciário para tentar resolver os problemas de segurança pública. Todos esses mecanismos de defesa da sociedade tiveram consequências que não podem ser resumidas em superlotação carcerária ou combate às organizações criminosas – estas são apenas um sintoma interligado dessa grande doença que passa a sociedade pós-moderna.

Conclusões

A reconstrução da história dos direitos humanos possibilita a visualização de como chegamos ao estágio em que hoje nos encontramos. Somente através de um estudo das causas que levaram à crise penitenciária nacional será possível estabelecer mecanismos de combate. O escopo do presente trabalho não é o de buscar soluções para o grave problema apresentado, mas sim o de encontrar as causas do problema, as origens históricas do desencadeamento dessa crise de grandes proporções, para que se facilite a busca das soluções.

A análise dos antecedentes históricos demonstra que o discurso dos direitos humanos vinha obtendo grandes avanços desde que o seu surgimento pôde ser sentido nas estruturas sociais, isto é, desde o advento das Revoluções Liberais. O processo de posituação dessas conquistas, chamado de constitucionalismo, inaugurou a tão desejada estabilização dos direitos humanos. Contudo, o que sucedeu a esse período não foi exatamente como os seus idealizadores iluministas pensaram.

Com efeito, as duas Grandes Guerras Mundiais enfraqueceram demasiadamente o discurso de proteção aos direitos humanos. O período pós-guerra assentou as bases para o surgimento de uma sociedade pós-moderna, baseada na distribuição de riscos, e não mais de riquezas. Essa dita sociedade de riscos acaba por reproduzir a insegurança generalizada, criando necessidades de proteção por parte da população, que, muitas vezes, somente podem ser satisfeitas através da forte atuação do direito penal, que é chamado para dar conta de um número amplo de situações que antes não exigiam sua resposta.

Essa mudança estrutural na sociedade acabou por intensificar a crise de um sistema penitenciário já falido, abarrotando as prisões e diminuindo os investimentos necessários para sua manutenção, o que gera e reproduz as mais diversas violações de direitos humanos em seu interior. Não à toa, o STF declarou que o sistema penitenciário brasileiro vive o que se chama de “estado de coisas inconstitucional”, instituto importado da Suprema Corte Colombiana que denota a grave e sistemática violação dos direitos básicos dos apenados por parte das diversas autoridades competentes para a sua proteção e manutenção.

Vislumbra-se que não estamos diante de um problema pontual e isolado, mas sim de mais uma das inúmeras consequências geradas pelo advento da sociedade de risco e do expansionismo do direito penal. Percebe-se que, enquanto o direito penal continuar a ser buscado para a resolução dos problemas de distribuição dos riscos, a já grave crise penitenciária tende a se agravar ainda mais, ocasionando a morte de mais centenas de pessoas.

Referências

BAUMAN, Zygmund. *Modernidade líquida*. Tradução Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. Tradução Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2011.

CARVALHO, Salo de. *Antimanual de criminologia*. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2015.

CROSBY, Alfred. *A mensuração da realidade: a quantificação e a sociedade ocidental 1250-1600*. Tradução Vera Ribeiro. São Paulo: Editora UNESP, 1999.

CUNHA, Rogério Sanches. *Manual de direito penal: parte especial (arts. 121 ao 361)*. 8. ed. Salvador: JusPODIVM, 2016.

DÍAZ, María José Jiménez. Sociedad del riesgo e intervención penal. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, Granada, n. 16-08, p. 08:1-08:25, 2014. Disponível em: <http://criminet.ugr.es/recpc/16/recpc16-08.pdf>. Acesso em: 8 abr. 2017.

FERNANDES, Paulo Silva. *Globalização, “Sociedade de risco” e o futuro do Direito Penal*. Coimbra: Livraria Almedina, 2001.

LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. *A expansão do direito penal*. Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. Tradução Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SANTIN, Valter Foletto. *Controle judicial da segurança pública: eficiência do serviço na prevenção e repressão ao crime*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

SIEYÈS, Emmanuel Joseph. *A constituinte burguesa: o que é o Terceiro Estado?* Rio de Janeiro: Editora Liber Juris, 1988.

TRINDADE, José Damiano de Lima. *História social dos direitos humanos*. São Paulo: Peirópolis, 2011.

POR UMA DOGMÁTICA DE COMBATE À SUPERLOTAÇÃO CARCERÁRIA

Daniel Nicory do Prado

Introdução

Os motins carcerários ocorridos no Norte e no Nordeste do Brasil em janeiro de 2017, que deixaram mais de uma centena de mortos, exigem o reexame, do ponto de vista dogmático, de um problema há muito conhecido: a falência do sistema prisional.

O presente trabalho não tem o objetivo de historiar as causas dessa falência, havendo produção científica, tanto na dogmática jurídica como na sociologia, suficientemente abrangente – merecendo destaque as obras *Em busca das penas perdidas*, de Eugenio Raul Zaffaroni (1991), e *Vigiar e punir*, de Michel Foucault (1999) –, nem tampouco de apontar o impacto diferencial de um sistema penal falido sobre os mais vulneráveis, a conhecida seletividade penal – para o qual as obras *The New Jim Crow: mass incarceration in the age of colorblindness*, de Michelle Alexander (2010), e *Criminologia crítica e crítica do direito penal*, de Alessandro Baratta (2002), servem como guias.

Tais questões, falência e seletividade do sistema são pressupostos do presente trabalho. Nele, pretende-se examinar, sob o ponto de vista dogmático e, sobretudo, com a análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF) brasileiro, da Suprema Corte estadunidense e da Corte Constitucional colombiana, como o

sistema judicial percebe e procura enfrentar a crise do sistema prisional; porque, apesar desse reconhecimento, novos episódios de violação sistemática de direitos humanos no cárcere seguem se repetindo; e se é possível construir uma solução eficiente e dogmaticamente admissível para a causa primária das violações: a superlotação carcerária.

A falência nas cortes e a falência das cortes

É impossível esgotar a jurisprudência do STF a respeito das violações de direitos humanos ocorridas no sistema prisional brasileiro. Por isso, o escopo do presente trabalho é a análise dos casos em que a corte foi defrontada com pedidos referentes à falência sistêmica das prisões no país.

A principal ação dessa natureza é a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 347, que tem o objetivo de obter o reconhecimento do sistema prisional como “estado de coisas inconstitucional”. Também merecem destaque os Recursos Extraordinários (RE) nº 580.252, que trata da indenização dos presos abrigados em condições degradantes; nº 592.581, que discute a legitimidade do Poder Judiciário para ordenar a construção ou reforma de unidades prisionais; e nº 641.320, que discute a possibilidade de autorização de cumprimento de pena em regime menos gravoso, em face da ausência de vagas.

Tais demandas serão comparadas à Sentença T-153, de 1998, da Corte Constitucional colombiana, e ao caso “Brown vs Plata”, julgado pela Suprema Corte estadunidense em 2011, que, naqueles países, igualmente trataram da crise do sistema prisional. Tem-se, com isso, um triplo objetivo: 1. verificar a extensão do reconhecimento do problema pelas cortes; 2. analisar as medidas determinadas; e 3. verificar a sua efetivação.

A extensão do reconhecimento das violações constitucionais

Embora ainda não tenha enfrentado o mérito da questão, o STF concedeu medida liminar na ADPF nº 347 com o seguinte fundamento:

SISTEMA PENITENCIÁRIO NACIONAL - SUPERLOTAÇÃO CARCERÁRIA - CONDIÇÕES DESUMANAS DE CUSTÓDIA - VIOLAÇÃO MASSIVA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS - FALHAS ESTRUTURAIS - ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL - CONFIGURAÇÃO. Presente quadro de violação massiva e persistente de direitos fundamentais, decorrente de falhas estruturais e falência de políticas públicas e cuja modificação depende de medidas abrangentes de natureza normativa, administrativa e orçamentária, deve o sistema penitenciário nacional ser caracterizado como 'estado de coisas inconstitucional'. (BRASIL, 2016a, p. 3)

O controverso conceito de estado de coisas inconstitucional, que é uma radicalização da ideia de inconstitucionalidade por omissão, num contexto de crescente ativismo judicial (CAMPOS, 2015), foi importado da jurisprudência da Corte Constitucional colombiana. Por isso, é especialmente pertinente a colocação do problema, naquele tribunal, pela Sentença T-153, de 1998:

Os cárceres colombianos se caracterizam pela superlotação, pelas graves deficiências em matéria de serviços públicos e assistenciais, o império da violência, da extorsão e da corrupção, a carência de oportunidades e meios para a ressocialização dos reclusos. Esta situação se ajusta plenamente à definição de estado de coisas inconstitucional. E daí se deduz uma flagrante violação de um conjunto de direitos fundamentais dos internos dos centros penitenciários colombianos, tais como a dignidade, a vida, a integridade física, o direito à família, à saúde, ao trabalho e à presunção de inocência, etc. Durante muitos anos, a sociedade e o estado cruzaram os braços diante desta situação, observando com indiferença a tragédia diária dos cárceres, apesar de ela representar dia a dia a transgressão da Constituição e das leis. As circunstâncias em que transcorre a vida nos cárceres exigem uma pronta solução. Na verdade, o problema carcerário representa não só um delicado assunto de ordem pública, como se percebe atualmente, mas também uma situação de extrema gravidade social que não se pode deixar desassistida. Ocorre que o remédio para os males que assolam o sistema penitenciário não está unicamente nas mãos do INPEC ou do Ministério da Justiça. Por isso, esta corte tem de passar a requerer de diversos ramos e órgãos do Poder Público que adotem as medidas adequadas em direção à solução do problema.¹ (COLÔMBIA, 1998, p. 3, tradução nossa)

1 “Las cárceles colombianas se caracterizan por el hacinamiento, las graves deficiencias en materia de servicios públicos y asistenciales, el imperio de la violencia, la extorsión y la corrupción, y la carencia de oportunidades y medios para la resocialización de los reclusos. Esta situación se ajusta plenamente a la definición

Por fim, embora não recorra ao mesmo conceito, a Suprema Corte estadunidense, em essência, coloca o problema de maneira idêntica, no julgamento do caso “Brown vs Plata”, em 2011, que trata da superlotação carcerária na Califórnia, estado mais rico e mais populoso do país:

Se uma prisão priva os prisioneiros da subsistência básica, incluindo atendimento médico adequado, as cortes têm a responsabilidade de remediar a resultante violação à Oitava Emenda à Constituição Americana

[...]

Os autos registram o severo impacto da crescente demanda pela provisão de atenção à saúde. As provas demonstram que há altas taxas de vacância nos cargos da equipe médica e de saúde mental, a saber, 20% de cirurgiões e 54,1% de psiquiatras, e que esses números enfatizam a severidade da crise porque o Estado não dimensionou adequadamente o orçamento para enfrentar a demanda, e que mesmo que os cargos vagos estivessem preenchidos, não haveria espaço físico para o pessoal adicional. Tal carência contribui para um atraso significativo no tratamento dos prisioneiros com transtorno mental, que são abrigados sob segregação administrativa por longos períodos enquanto aguardam a transferência para os escassos leitos de saúde mental. Há filas de até 700 prisioneiros esperando um médico para atenção à saúde física. A superlotação cria condições inseguras e insalubres que atrapalham a prestação efetiva dos serviços de saúde física e mental. Ela também promove insubordinação e violência e pode levar ao agravamento do quadro de saúde de prisioneiros com problemas latentes de saúde mental, com o desenvolvimento de outros sintomas. A crescente violência leva a uma dependência também recente de períodos prolongados de isolamento celular para manter a ordem, e esse isolamento dificulta ainda mais a prestação de atenção à saúde. Os efeitos da superlotação são particularmente agudos nos centros de triagem penitenciária, que processam 140.000 prisioneiros novos ou reincidente anualmente, e alguns acabam abrigando prisioneiros

del estado de cosas inconstitucional. Y de allí se deduce una flagrante violación de un abanico de derechos fundamentales de los internos en los centros penitenciarios colombianos, tales como la dignidad, la vida e integridad personal, los derechos a la familia, a la salud, al trabajo y a la presunción de inocencia, etc. Durante muchos años, la sociedad y el Estado se han cruzado de brazos frente a esta situación, observando con indiferencia la tragedia diaria de las cárceles, a pesar de que ella representaba día a día la transgresión de la Constitución y de las leyes. Las circunstancias en las que transcurre la vida en las cárceles exigen una pronta solución. En realidad, el problema carcelario representa no sólo un delicado asunto de orden público, como se percibe actualmente, sino una situación de extrema gravedad social que no puede dejarse desatendida. Pero el remedio de los males que azotan al sistema penitenciario no está únicamente en las manos del INPEC o del Ministerio de Justicia. Por eso, la Corte tiene que pasar a requerir a distintas ramas y órganos del Poder Público para que tomen las medidas adecuadas en dirección a la solución de este problema”.

durante todo o seu período de encarceramento. Inúmeros especialistas declararam que a superlotação é a causa primária das violações a direitos constitucionais.² (UNITED STATES OF AMERICA, 2011, p. 2-3, tradução nossa)

A Suprema Corte estadunidense fundamentou o reconhecimento do problema na violação à oitava emenda da Constituição americana, que proíbe a imposição de penas cruéis e inusitadas (UNITED STATES OF AMERICA, 1791), e tratou como problema emergente a deficiência na assistência à saúde dos presos, em especial daqueles com problemas psiquiátricos, mas, fundamentalmente, reconheceu que tais problemas não eram localizados num estabelecimento particular ou num grupo de estabelecimentos identificáveis, e sim decorriam de uma crise sistêmica do sistema prisional.

Além disso, a Suprema Corte reconheceu na superlotação carcerária a causa primária das violações aos direitos fundamentais dos presos. No caso dos Estados Unidos, mais uma questão precisa ser enfatizada: a decisão da Suprema Corte teve de se defrontar com o Prison Reform Litigation Act, lei editada em 1996 pelo Congresso estadunidense justamente para impor requisitos mais estritos para o questionamento judicial das condições de aprisionamento, reconhecido, na época, como uma violação do acesso à justiça para os mais vulneráveis. (HUMAN RIGHTS WATCH, 2009)

Apesar disso, a Suprema Corte manteve a decisão das instâncias inferiores, inclusive no que diz respeito às medidas judiciais de intervenção no sistema prisional

2 “If a prison deprives prisoners of basic sustenance, including adequate medical care, the courts have a responsibility to remedy the resulting Eighth Amendment violation.)
[...]

The trial record documents the severe impact of burgeoning demand on the provision of care. The evidence showed that there were high vacancy rates for medical and mental health staff, e.g., 20% for surgeons and 54.1% for psychiatrists; that these numbers understated the severity of the crisis because the State has not budgeted sufficient staff to meet demand; and that even if vacant positions could be filled, there would be insufficient space for the additional staff. Such a shortfall contributes to significant delays in treating mentally ill prisoners, who are housed in administrative segregation for extended periods while awaiting transfer to scarce mental health treatment beds. There are also backlogs of up to 700 prisoners waiting to see a doctor for physical care. Crowding creates unsafe and unsanitary conditions that hamper effective delivery of medical and mental health care. It also promotes unrest and violence and can cause prisoners with latent mental illnesses to worsen and develop overt symptoms. Increased violence requires increased reliance on lockdowns to keep order, and lockdowns further impede the effective delivery of care. Overcrowding’s effects are particularly acute in prison reception centers, which process 140,000 new or returning prisoners annually, and which house some prisoners for their entire incarceration period. Numerous experts testified that crowding is the primary cause of the constitutional violations”.

mais extremas da sua história (BOWER, 2012, p. 567), que serão analisadas no próximo item.

A superlotação carcerária também foi reconhecida como causa das violações dos direitos humanos dos presos no Brasil e na Colômbia. Sem ignorar a relevância de outras causas, o presente trabalho enfatizará os efeitos da superlotação e as medidas vislumbradas e adotadas pelos três tribunais para combatê-la.

A declaração, pelas supremas cortes, da falência do sistema, tendo como causa primária a superlotação, tem a força ilocucionária dos atos veriditivos que, segundo John Austin (1962, p. 162), consistem num exercício de julgamento em que se obtém um veredicto de um júri ou árbitro, que não precisa ser definitivo, e pode ser uma estimativa, uma mensuração ou uma avaliação, ou seja, essencialmente, a conclusão sobre algo – um fato ou um valor – que, por diferentes motivos, é de difícil verificação. (AUSTIN, 1962, p. 150)

Pode-se dizer que a afirmação da falência do sistema pelos tribunais dá ao problema a condição de “verdade judicial”, cuja função simbólica é especialmente apreciada pelos defensores dos direitos humanos no contexto da justiça transicional em face de violações sistêmicas praticadas por regimes autoritários. (NAQVI, 2006, p. 11) Acrescente-se a isso que um dos limites mais evidentes da verdade judicial, que é a fragmentação em razão da responsabilidade individual pelo caso (YEPES; SANÍN, 2006, p. 359), não se verifica nas declarações das supremas cortes, em razão precisamente da avaliação do quadro de violação sistêmica, que exige remédios igualmente sistêmicos.

A grande questão que se coloca é se, apesar de toda a sua força simbólica, o reconhecimento pelo próprio Estado das violações sistêmicas a direitos humanos (dos internos e dos funcionários) no sistema prisional teve algum efeito positivo na resolução efetiva do problema. Para tanto, primeiro, é preciso dimensioná-lo, analisando alguns dados disponibilizados pelas autoridades prisionais brasileiras, colombianas e estadunidenses sobre o perfil dos presos e a gravidade da superlotação em cada país.

Taxa de ocupação carcerária no Brasil, na Colômbia e nos Estados Unidos da América

Para refletir sobre a superlotação carcerária no Brasil, serão usados os dados do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (Infopen) de junho de 2014, publicado pelo Ministério da Justiça (MJ). (MOURA; RIBEIRO, [2015])

Segundo o MJ (MOURA; RIBEIRO, [2015], p. 23), o Brasil, em 2014, tinha 607.731 presos em unidades que, ao todo, tinham capacidade para abrigar 376.669 pessoas, o que significa uma taxa de ocupação de 161%. (MOURA; RIBEIRO, [2015], p. 37)

Não por acaso, o estado do Amazonas, em que o pior motim ocorreu, tinha a segunda pior taxa de ocupação prisional: 223%. Por outro lado, Rio Grande do Norte (157%) e Roraima (149%), este último estado com número de mortos proporcionalmente maior quando considerada a dimensão da população carcerária, têm taxa de ocupação inferior à média nacional, mas que, ainda assim, indica a presença, em média, de três presos para cada duas vagas. (MOURA; RIBEIRO, [2015], p. 37)

Na Colômbia, segundo o Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (2016, p. 19), em janeiro de 2016, havia 120.736 presos para 77.953 vagas, ou seja, uma taxa de ocupação de 154,9%, o que indica que, quase duas décadas depois do reconhecimento do estado de coisas inconstitucional no sistema prisional colombiano, a superlotação permanecia em níveis intoleráveis.

O caso colombiano merece especial atenção, porque a decisão da Corte Constitucional ocorreu há 18 anos e, desde então, os cárceres continuaram com ocupação acima da capacidade. Segundo da Corporación Excelencia en la Justicia, entre 2000 e 2011, verificou-se uma tendência de aumento da população carcerária, o que a expansão no número de vagas não conseguiu acompanhar. (CORPORACIÓN EXCELENCIA EN LA JUSTICIA, 2012)

A experiência colombiana aponta não só a falência do sistema prisional, mas também da própria Corte Constitucional, ou ao menos a sua incapacidade de transformar a realidade, expondo impotência dos juristas, que costuma estar velada sob uma ilusão de onipotência (ZAFFARONI, 1991, p. 141-142), e que revela o que se passa quando a Constituição está em descompasso com os fatores reais de poder, segundo o centenário mas ainda constrangedoramente atual diagnóstico de Ferdinand Lassalle (2007).

Pode-se encontrar conclusão semelhante na obra de Pierre Bourdieu (1989, p. 238), para quem os atos simbólicos só alcançam toda a sua eficácia quando propõem princípios de divisão ajustados às divisões preexistentes.

Não se deve, contudo, afirmar de forma genérica a completa impotência dos juristas ou das cortes constitucionais. A esse respeito, Konrad Hesse (1991, p. 24-27) afirma que, em caso de conflito entre a Constituição e a realidade histórica, aquela

não deve ser considerada necessariamente mais fraca e que existem pressupostos realizáveis que permitem que ela desperte a força que reside na natureza das coisas, tornando-a ativa.

Exemplo dessa eficácia é a evolução da população carcerária no estado da Califórnia, que, segundo o Departamento de Justiça dos Estados Unidos da América, em 31 de dezembro 2015, tinha 116.569 custodiados em prisões estaduais para uma capacidade projetada de 87.287 pessoas, o que significa uma taxa de ocupação de 133,5% (CARSON; ANDERSON, 2016, p. 27), ligeiramente inferior ao limite mantido pela Suprema Corte estadunidense, em 2011, de 137,5% da população.

No sistema prisional estadunidense, faz-se a distinção entre “capacidade projetada”, que é aquela prevista pelos arquitetos durante a construção da unidade, e “capacidade operacional”, que é o número máximo de presos que podem ser acomodados naquela unidade. (CARSON; ANDERSON, 2016, p. 2) Por esse segundo critério, a Califórnia teria 127.482 vagas e, portanto, estaria com 91,4% de ocupação.

Apesar de ainda registrar desconfortável superlotação, a Califórnia registrou, de 2014 para 2015, decréscimo de aproximadamente 5% da população carcerária, ou 6.500 presos (CARSON; ANDERSON, 2016, p. 4), atendendo finalmente ao limite traçado pela Suprema Corte, quase cinco anos depois da decisão do caso “Brown vs Plata”, demonstrando, ao contrário do caso colombiano, que a ordem judicial teve eficácia.

Quadro 1 – Taxa de ocupação prisional

	Brasil (2014)	Colômbia (2016)	EUA (Califórnia)(2015)
Taxa de ocupação prisional	161%	154,9%	133,5%

Fonte: elaborado pelo autor.

Perfil do preso no Brasil, na Colômbia e nos Estados Unidos da América

Segundo o Infopen, em junho de 2014, a população carcerária brasileira era composta por 27% de presos por tráfico de drogas; 21% de presos por roubo; 14%

de presos por homicídio; 11% por furto; 7% por posse ou porte ilegal de arma de fogo; 3% por receptação, 3% por latrocínio; 2% por associação criminosa; 1% por violência doméstica; e outros 11% pelos demais tipos de delito. (MOURA; RIBEIRO, [2015], p. 69)

O estado do Amazonas, palco do maior motim, tinha 51,8% de presos por tráfico; 27,8% dos presos por roubo; 12,5% dos presos por homicídio; 10% de presos por furto; 4,6% de presos por posse ou porte ilegal de arma de fogo; 2,1% de presos por latrocínio; e 14,5% de presos por outros tipos de crime.

Já o estado de Roraima registrava 34,1% de presos por tráfico de drogas; 15,6% de presos por homicídio; 14% de presos por roubo; 8,8% de presos por furto; 2,2% de presos por latrocínio; 0,5% de presos por posse ou porte ilegal de arma de fogo; e 24,3% de presos por outros tipos de crime.

Por fim, o estado do Rio Grande do Norte computava 30,1% de presos por tráfico de drogas; 29,1% de presos por roubo; 16,1% de presos por homicídio; 11,6% de presos por furto; 6,3% de presos por posse ou porte ilegal de arma de fogo; 1,4% por latrocínio; e 20,5% por outros tipos de crime. (MOURA; RIBEIRO, [2015], p. 71)

O número bastante elevado de presos por tráfico de drogas, que, nos últimos dez anos, representaram a maior parte dos novos ingressos no sistema prisional brasileiro, vem chamando a atenção do meio acadêmico, desde o pioneiro estudo “Tráfico de Drogas e Constituição”, coordenado por Luciana Boiteux Rodrigues e Ela Wiecko de Castilho, segundo o qual “somente os ‘descartáveis’ pequenos e microtraficantes, que representam os elos mais fracos da estrutura do comércio de drogas ilícitas sofrem a intensidade da repressão, e ainda recebem penas desproporcionais”. (RODRIGUES et al., 2009, p. 201)

No mesmo sentido, uma comparação de pesquisas empíricas sobre o encarceramento por tráfico de drogas demonstra que, em 2011, 37,10% dos flagrados em Salvador e 47,75% dos flagrados em São Paulo por tráfico de maconha portavam 50 gramas ou menos da substância (PRADO, 2014, p. 8) e que, no mesmo período, 44,95% dos flagrados em Salvador e 25,58% dos flagrados em São Paulo por tráfico de cocaína (incluindo o *crack*) portavam dez gramas ou menos da substância. (PRADO, 2014, p. 9)

Não estavam disponíveis, no momento da elaboração do presente trabalho, informações sobre o perfil dos presos por tráfico nos estados do Amazonas, do Rio

Grande do Norte ou de Roraima, mas nada leva a crer que o perfil seja muito distinto do constatado nos estados do Sudeste, do Centro-Oeste e de outros estados do Nordeste do Brasil, exceto pelo fato de que a proximidade com a fronteira e a posição estratégica na Floresta Amazônica aumenta o número de imputações de tráfico internacional.

Feita essa ressalva, pode-se concluir com segurança que a maior parte da população carcerária, tanto no Brasil como especificamente nos estados em que os motins ocorreram, é composta por acusados ou condenados por crimes não letais, muitos dos quais poderiam estar respondendo ao processo penal em liberdade ou cumprindo penas restritivas de direitos.

Isso indica que não é preciso fazer nenhuma alteração legislativa significativa para atenuar a superlotação carcerária e que, provavelmente, o problema se deve à não aplicação das medidas descarcerizadoras aos casos concretos, como se poderá discutir mais à frente.

Um problema bastante acentuado diz respeito aos presos provisórios, que compunham 41% da população carcerária brasileira (MOURA; RIBEIRO, [2015], p. 20), 57% da população carcerária do Amazonas, 50% da população carcerária de Roraima e 33% da população carcerária do Rio Grande do Norte.

Portanto, se o perfil dos mortos nos motins de janeiro de 2017 corresponder à média da população carcerária daqueles estados, pode-se estimar que pelo menos metade deles aguardava julgamento e estava privada de liberdade sob acusação ou em razão de condenação por crimes não violentos.

Na Colômbia, os tipos penais mais frequentes são os de porte, posse ou comércio ilegal de arma de fogo (17,5%), furto (15,9%), homicídio (15,9%), tráfico de drogas (13,2%), conspiração criminosa (8,7%) e estupro de vulnerável (3,6%). (COLÔMBIA, 2016, p. 38) Quanto à natureza da prisão, 35,89% da população carcerária é composta por presos provisórios. (COLÔMBIA, 2016, p. 29)

Nos Estados Unidos da América, embora o relatório do Departamento de Justiça não especifique os perfis por crime em cada estado, ao menos oferece uma medição do crime mais sério pelo qual os internos das prisões estaduais estão encarcerados.

Podese ver que os tipos penais mais frequentes são de homicídio (14,3%), roubo (12,4%), estupro (12,4%), tráfico de drogas (12,2%), lesão corporal (10,2%), furto qualificado por rompimento de obstáculo (10,1%), outros furtos (4,4%), posse ou porte ilegal de arma (3,9%), posse de drogas (3,5%), estelionato (2,3%) e embriaguez ao volante (2,1%).

Tabela 1 – População carcerária por tipo de crime

	Brasil (2014)	Colômbia (2016)	EUA (prisões estaduais) (2015)
Tráfico de drogas	27%	13,2%	12,2%
Roubo	21%	N.I.	12,4%
Homicídio	14%	15,9%	14,3%
Furto	11%	15,9%	15,5%
Posse ou porte ilegal de arma de fogo	7%	17,5%	3,9%
Outros crimes patrimoniais não violentos	3%	N.I.	4,5%
Associação criminosa	2%	8,7%	N.I.
Lesão corporal	1%	N.I.	10,2%
Estupro	N.I.	3,6%	12,4%

Fonte: elaborada pelo autor.

A comparação da população carcerária desses três países, embora revele algumas particularidades locais significativas (o número expresso de presos por tráfico de drogas e por roubo no Brasil, por furto e por crimes relacionados às armas de fogo na Colômbia e por lesão corporal e por estupro nos Estados Unidos da América), deixa claro que em todos eles há uma proporção relevante da população carcerária detida por condutas de natureza não violenta.

Tabela 2 – Taxa de ocupação hipotética, excluídos os crimes não violentos

	Brasil (2014)	Colômbia (2016)	EUA (Califórnia) (2015)
Taxa de ocupação	161%	154,9%	133,5%
Percentual de presos por tráfico de drogas, furto ou outros crimes patrimoniais não violentos	41% (x1,61)	29,1% (x1,55)	32,2% (x1,33)
Taxa de ocupação, excluídos o tráfico e os crimes patrimoniais não violentos	95%	110%	90,7%
Percentual de presos por todos os crimes não violentos	50% (x1,61)	55,3% (x1,55)	38,2% (x1,33)
Taxa de ocupação, excluídos todos os crimes não violentos	80,5%	69,2%	82,7%

Fonte: elaborada pelo autor.

O exercício acima, além de hipotético, exige algumas decisões controversas e, por isso mesmo, optou-se por excluir, tanto quanto possível, do rol de delitos não violentos as condutas que possam ser vistas como atos preparatórios – ou antecedentes, sem a natureza técnica de ato preparatório – para crimes violentos, como a associação criminosa, a posse ou o porte ilegal de arma de fogo e a embriaguez ao volante.

A manutenção do tráfico de drogas no rol de crimes não violentos se deve ao fato de o perfil da maior parte dos encarcerados por esse tipo de conduta ter sido flagrada desarmada e consistir ou em usuários de drogas incorretamente enquadrados como traficantes ou em sujeitos que atuam nos escalões mais baixos da dinâmica da traficância.

É evidente que várias objeções podem ser feitas a esse raciocínio, e a principal delas é a utilidade residual da pena de prisão para autores de crimes não violentos, desde que o dano concreto deles decorrente seja de grande monta – grandes furtos ou fraudes contra instituições financeiras, atos de corrupção – ou em razão da multirreincidência do agente.

No entanto, o raciocínio inverso também pode ser invocado, seja porque algumas condutas violentas admitem soluções não carcerárias – no Brasil, a violência doméstica, as lesões corporais grave e gravíssima, o roubo simples, o roubo majorado tentado, o homicídio culposo e o homicídio doloso simples tentado admitem penas em regime aberto ou a suspensão da execução da pena prisional –, seja porque, embora não existam soluções não carcerárias no ordenamento vigente, poder-se-ia admiti-las do ponto de vista político-criminal.

Em todo o caso, fica demonstrado que a mera exclusão do tráfico e dos crimes patrimoniais não violentos extingiria a superlotação carcerária no Brasil e na Califórnia – supondo que o perfil da população carcerária é o mesmo das estatísticas nacionais dos Estados Unidos da América – e chegaria bem perto de fazê-lo na Colômbia.

Se se excluíssem os presos por todos os crimes praticados sem violência, mesmos os potencialmente antecedentes de crimes violentos, haveria sobra significativa de vagas nos três sistemas penitenciários analisados.

Remédios determinados pelas cortes

Tomando de empréstimo a terminologia da doutrina do direito internacional dos direitos humanos, pode-se adotar a definição de Dinah Shelton (2005, p. 7), segun-

do a qual por “remédios” entendem-se tanto os procedimentos por meio dos quais se reclama a violação de direitos humanos como os resultados desses procedimentos.

A autora prossegue afirmando que o tipo de remédio depende da natureza do caso, mas há um consenso crescente em favor da reparação quando possível, da compensação quando preciso e do direito à verdade. (SHELTON, 2005, p. 9)

O direito à verdade já foi discutido nos tópicos anteriores e foi garantido com a própria declaração, pelas cortes, da situação de violação sistêmica aos direitos humanos no sistema prisional.

Agora, serão analisados os remédios determinados, se se enquadram mais como reparação ou como compensação da violação aos direitos humanos, lembrando que não se trata de casos individuais, mas de violações sistêmicas que, pelo mesmo motivo, exigem soluções sistêmicas.

No caso brasileiro, é preciso recordar que a ADPF nº 347 ainda não teve o mérito julgado. Portanto, os remédios já adotados o foram em caráter de urgência, de natureza cautelar, sendo que um deles (a realização de audiências de custódia) já era um projeto piloto em andamento em alguns estados e o outro (descontingenciamento do fundo penitenciário) é uma medida que, para cumprir os efeitos desejados sobre o sistema, exige, após a liberação da verba, a sua devida aplicação pelas autoridades locais.

Mais peculiares são as questões discutidas nos RE nº 580.252, nº 592.581 e nº 641.320. Em dois dos três casos, o caminho adotado pelo STF foi o da reparação: admitiu-se, no julgamento do RE nº 592.581, que o Poder Judiciário pode ordenar a execução de obras emergenciais em presídios independentemente da dotação orçamentária e, no RE nº 641.320, em 11 de maio de 2016, em caso de déficit de vagas nos regimes semiaberto e aberto (BRASIL, 2016c, p. 1):

- i) a saída antecipada do condenado do regime com falta de vagas;
- ii) a liberdade eletronicamente monitorada ao sentenciado que sai antecipadamente ou é posto em prisão domiciliar por falta de vagas;
- iii) o cumprimento de penas restritivas de direitos e/ou estudo ao sentenciado que progride ao regime aberto.

O caso mais interessante, entretanto, envolve um julgamento que ainda estava em andamento quando da elaboração do presente trabalho, e ele diz respeito à indenização dos presos pelas condições degradantes de encarceramento, apreciada no RE nº 580.252.

Cabe notar que o relator do recurso, ministro Teori Zavascki, deu-lhe provimento determinando o restabelecimento da sentença de primeiro grau, que condenava o Estado do Mato Grosso do Sul a indenizar o recorrente pelos danos, inclusive morais, sofridos, quantificados em 2 mil reais.

O ministro Luiz Roberto Barroso, em voto vista, propôs um caminho alternativo, por entender que a compensação pecuniária não era suficiente nem adequada à correção das condições desumanas da prisão, propondo a afirmação da seguinte tese de repercussão geral:

O Estado é civilmente responsável pelos danos, inclusive morais, comprovadamente causados aos presos em decorrência de violações à sua dignidade, provocadas pela superlotação prisional e pelo encarceramento em condições desumanas ou degradantes. Em razão da natureza estrutural e sistêmica das disfunções verificadas no sistema prisional, a reparação dos danos morais deve ser efetivada preferencialmente por meio não pecuniário, consistente na remição de 1 dia de pena por cada 3 a 7 dias de pena cumprida em condições atentatórias à dignidade humana, a ser postulada perante o Juízo da Execução Penal. Subsidiariamente, caso o detento já tenha cumprido integralmente a pena ou não seja possível aplicar-lhe a remição, a ação para ressarcimento dos danos morais será fixada em pecúnia pelo juízo cível competente. (BRASIL, 2015, p. 3)

Na raiz da divergência, está, portanto, a distinção já observada por Dinah Shelton entre reparação e compensação, e o caminho proposto pelo ministro Barroso é exatamente o da reparação (abreviação do tempo de permanência nas condições aviltantes) quando possível e da compensação somente quando não é possível (no caso do cumprimento integral da pena). Nesse mesmo sentido, a abreviação do tempo de prisão, em razão da falta de vagas, foi a solução encontrada pelo ministro Gilmar Mendes no RE nº 641.320.

Como resultado do julgamento do referido recurso, o STF editou a Súmula Vinculante nº 56 (BRASIL, 2016d): “A falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso, devendo-se observar, nessa hipótese, os parâmetros fixados no RE 641.320/RS”.

Embora se trate de um avanço extraordinário, em termos jurisprudenciais, vê-se que a solução é parcial, pois não autoriza a manutenção em regime mais gravoso, mas tolera a superlotação se o sujeito estiver preso em estabelecimento de regime

idêntico ao do cumprimento da sua pena, ou seja, a referida súmula vinculante determina, entre outras hipóteses, a saída antecipada dos presos de regime semiaberto, mas não dos que estejam cumprindo pena em regime fechado.

No momento da elaboração deste trabalho, o MJ ainda não havia publicado os dados referentes aos anos de 2015 ou de 2016, mas as informações mais recentes de caráter nacional sobre o sistema prisional foram publicadas pelo Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), que, embora com números absolutos conflitantes com os do MJ, registram que, de 2014 para 2015, houve redução na taxa de ocupação das prisões masculinas de apenas 0,48%, passando de 160,82% para 160,34%. (BRASIL, 2016e, p. 39)

Nota-se que, ao final do ano de 2015, já havia passado mais de três meses desde a decisão do STF na ADPF nº 347, reconhecendo o “estado de coisas inconstitucional” no sistema prisional e, segundo o diagnóstico do CNMP, tal quadro permanecia substancialmente inalterado.

Por fim, sem a natureza de remédio individual, o RE nº 592.581 reconheceu a legitimidade do Poder Judiciário para impor ao Executivo a obrigação de realizar obras emergenciais em unidade prisional cujas condições de custódia sejam reconhecidas como degradantes. (BRASIL, 2016b)

Na Colômbia, foram adotadas ao todo 11 medidas pela Suprema Corte, mas a maior parte delas consistiu na recomendação ao Poder Executivo de execução de planos de reforma de unidades prisionais e da verificação de possíveis omissões de todos os poderes públicos. De mais concreto, ordenou-se o recolhimento de servidores públicos privados de liberdade em estabelecimentos especiais, no prazo máximo de três meses, e a separação de presos provisórios e condenados no prazo máximo de quatro anos. (COLÔMBIA, 1998, p. 84)

Nos Estados Unidos, a Suprema Corte determinou que as autoridades prisionais do estado da Califórnia respeitem o limite de ocupação de 137,5% das unidades, sugerindo algumas soluções para a organização da fila de saída, tal como a verificação dos presos com baixa probabilidade de reincidência, com pouco risco social e com bom comportamento, mas deixando às autoridades locais a autonomia para determiná-la, por estar em melhores condições de avaliar como melhor ponderar os interesses da segurança pública e dos presos. (UNITED STATES OF AMERICA, 2011, p. 41)

Por uma dogmática de combate à superlotação carcerária

Como se pode observar, as supremas cortes do Brasil, da Colômbia e dos Estados Unidos da América, e em especial o STF brasileiro, já reconheceram a possibilidade de adoção de medidas bastante extremas em face do igualmente extremo problema das condições degradantes das prisões. Apesar disso, a desumanidade do cárcere persiste, bem como a sua causa primária: a superlotação.

Tudo isso demonstra que não faltam instrumentos à disposição dos juízes de primeiro grau para reduzir a população carcerária, mas que estes ainda não vêm sendo adotados com ênfase suficiente. Portanto, há que se considerar uma medida de natureza sistêmica que, embora já tenha sido vislumbrada tanto pelo STF brasileiro como pela Suprema Corte estadunidense, ainda não foi efetivada em grande extensão: a organização de uma fila de saída.

Observa-se que, de acordo com a Súmula Vinculante nº 56, os presos de regime semiaberto e aberto para os quais não há vaga – portanto, abrigados em unidades superlotadas – não podem permanecer em regime mais gravoso que o da sentença e, portanto, devem ser liberados, inclusive, quando necessário, antes do tempo de progressão.

A referida solução foi inicialmente proposta por Maria Teresa Uille Gomes, então secretária de Justiça do Estado do Paraná, em audiência pública preparatória para o julgamento do RE nº 641.320. Segundo a sugestão de Gomes (2015, p. 19-20), os critérios de organização da lista de saída seriam o bom comportamento carcerário, a proximidade proporcional do alcance do requisito objetivo para a progressão para o regime aberto, em ordem decrescente, e algumas outras questões particulares, como a idade e as condições pessoais do preso (maior de 60 anos, portador de deficiência) e alguns elementos da natureza da conduta (ausência de violência ou grave ameaça e quantidade pequena da droga, no caso de tráfico) – lista essa que deveria ser administrada conjuntamente pelo Tribunal de Justiça (TJ) e pela administração penitenciária estadual.

Embora seja uma iniciativa indiscutivelmente louvável e, na prática, acolhida pelo STF no julgamento do RE nº 641.320 – que apenas não determinou os critérios para estabelecer a fila, pontuando que os recursos de tecnologia da informação devem ser usados pelas autoridades locais em sua organização (BRASIL, 2016d, p. 24) –, ela é incompleta e não alivia a superlotação nas unidades destinadas aos

presos provisórios (cadeias públicas) e aos condenados ao regime fechado (penitenciárias), justamente aquelas em que a superlotação é mais grave, visto que o MJ, em 2014, registrou uma taxa de ocupação de 192% das vagas destinadas aos presos provisórios, 151% para os presos de regime fechado e 133% para os presos de regime semiaberto. (MOURA; RIBEIRO, [2015], p. 43)

Mais uma vez, os dados do CNMP, relativos a 2015, registram indicadores ligeiramente conflitantes com os do MJ, mas coerentes quanto ao cenário geral: mensurou-se uma taxa de ocupação de 163,17% nas cadeias públicas (BRASIL, 2016e, p. 41), de 162,50% nas penitenciárias (BRASIL, 2016e, p. 43) e de 115,33% nas colônias agrícolas, industriais ou similares. (BRASIL, 2016e, p. 42)

Tais indicadores demonstram que qualquer medida de alívio à superlotação que deixe de lado os presos provisórios e os condenados em cumprimento de pena no regime fechado deixará sem atendimento a maior parte da população mantida em condições de superlotação. Por isso, a proposta do presente trabalho consiste na reflexão acerca dos critérios para o estabelecimento de filas de saída de presos de todos os regimes, inclusive de presos provisórios.

Cabe ressaltar, inicialmente, que tal fila não guarda nenhuma relação necessária com a situação processual individual dos presos – que continua devendo ser determinada pelo juiz de conhecimento ou de execução competente – e é uma decorrência do direito dos presos à integridade física e moral (artigo 5º, inciso XLIX, da Constituição Federal de 1988), da proibição do tratamento desumano ou degradante (artigo 5º, inciso III, da Constituição de 1988) e da vedação às penas cruéis (artigo 5º, inciso XLVII, alínea e), previsões constitucionais que, associadas, deixam muito claro que nenhuma superlotação deve ser tolerada.

Não guardando relação com o caso individual, no entanto, a fila de saída, para alívio de superlotação, não precisa priorizar necessariamente aqueles presos que estejam mais próximos do cumprimento do requisito temporal para a progressão de regime, o livramento condicional ou a extinção da pena.

Por significar exatamente a liberação precoce de presos, antes do alcance dos requisitos legais, em face das violações constitucionais de que são vítimas, a fila de saída deve ser montada levando em conta também o interesse social na segurança pública, protegido tanto como direito individual (artigo 5º, *caput*, da Constituição), como direito social (artigo 6º, *caput*, da Constituição) e como dever do Estado (artigo 144 da Constituição), exercido para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio.

A natureza extrema de uma medida como a constituição de uma fila de saída para liberação antecipada de presos deve ser submetida ao exame da proporcionalidade que, segundo a lição de Robert Alexy (2008, p. 116-117), impõe um percurso de análise da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito de uma medida, que é uma decorrência lógica da própria natureza dos princípios jurídicos.

Quanto à adequação, vista como aptidão de uma medida para o alcance do fim pretendido, não pode restar qualquer dúvida acerca da idoneidade da constituição da fila de saída, até porque só existem, num sistema que respeita o devido processo legal e proíbe a pena de morte, duas medidas adequadas ao combate à superlotação: criação de novas vagas ou liberação de presos.

É certo que se pode objetar que outras medidas, de médio e longo prazo e de caráter preventivo, serão mais adequadas ao combate à superlotação – políticas educacionais, de redistribuição de renda, políticas penais alternativas, fim da política de drogas proibicionista –, mas, no curto prazo, lapso temporal compatível com a urgência do problema, só as duas medidas anteriores são aptas. Em verdade, no curtíssimo prazo, a única medida apta é a liberação de presos, já que até a criação de novas vagas é custosa e demorada e, além de tudo, já vem sendo tentada no Brasil há muitos anos, mas a taxa de encarceramento cresce em ritmo mais acelerado que a abertura de vagas.

A questão crucial para o exame da proporcionalidade da fila de saída é a necessidade, ou seja, o que Alexy (2008, p. 117) chama de “mandamento menos gravoso”, ou seja, a medida apta ao alcance do fim pretendido que atinja, no menor grau possível, os outros direitos fundamentais trazidos à ponderação.

É exatamente por conta disso que se afirmou, anteriormente, que, por ser uma resposta à superlotação, independentemente da situação individual de cada preso, do seu tempo de privação da liberdade ou da proximidade do alcance do requisito temporal para a progressão, o livramento ou a extinção da pena, a fila de saída pode e deve levar em conta outros critérios, como a natureza da conduta praticada e a probabilidade de reincidência.

Para definir concretamente quais critérios de composição da lista devem ser adotados, só a proporcionalidade em sentido estrito, ou seja, o sopesamento entre os conteúdos dos dois direitos fundamentais envolvidos (ALEXY, 2008,

p. 120), que são a integridade dos presos e a segurança pública, dará uma resposta satisfatória.

É preciso lembrar, ainda em favor de uma fila de saída independente da maior ou menor proximidade do alcance do requisito temporal pelo preso, que o alívio da superlotação preserva não só o direito dos presos liberados antecipadamente, mas também dos que permaneceram privados em liberdade na unidade que, então, estará dentro da capacidade.

Portanto, mesmo na execução penal, é admissível que a fila de saída – sem prejuízo da análise individual, no juízo próprio, dos pedidos dos presos que alcancem o requisito temporal – organize os presos em função da conduta praticada, da vida pregressa e do comportamento carcerário.

Embora não haja estudos no Brasil sobre a correlação entre a conduta carcerária e o comportamento individual após a soltura, que possam fundamentar de forma mais segura a utilização da boa conduta carcerária como critério de organização da fila de saída, não se pode ignorar que a lógica meritocrática que rege a execução penal tem como função principal a docilização da população carcerária e o desestímulo às rebeliões. (CARVALHO, 2003, p. 191-194) Com essa afirmação, não se trata de aprovar ou reprovar o emprego de tal lógica, nem a sua eficiência para a reintegração social do preso, mas apenas de constatar o papel que ela exerce na ordem intramuros.

Fila de saída na execução penal

A organização de uma fila de saída para a execução penal, inclusive para os condenados em cumprimento de pena no regime fechado, não oferece maiores dificuldades práticas. Para que seja operacional, é indispensável que as competências sejam privativas e claramente repartidas entre as autoridades envolvidas.

Nesse sentido, só pode caber ao juiz da execução, de ofício ou a pedido dos órgãos da execução penal legitimados, a organização e publicação periódica da lista. Isto porque cabe a ele zelar pelo correto cumprimento da pena e da medida de segurança (artigo 66, inciso VI, da Lei de Execução Penal) e até mesmo interditar, no todo ou em parte, estabelecimento que estiver funcionando em condições inadequadas (artigo 66, VIII, da Lei de Execução Penal).

Se lhe é possível, expressamente, até mesmo a interdição completa do estabelecimento, competência a ser exercida em casos extremos, é cabível a publicação da fila de saída, para garantir o seu funcionamento adequado, até porque as interdições de unidades de custódia, quando não determinadas com um olhar estratégico, acabam resultando no aumento da superlotação de outras unidades, para as quais forem transferidos os presos oriundos das unidades interditadas.

A fixação e publicação periódica (por exemplo, mensal) da fila de saída das unidades destinadas aos presos condenados, de todos os regimes, têm duas funções principais: permitir, com a transparência, o controle de abusos e garantir que o próprio diretor da unidade possa dar-lhe cumprimento, uma vez ultrapassada a capacidade máxima do estabelecimento com o ingresso de novos presos, liberando os primeiros da fila de saída, sem que a sua defesa precise formular novo pedido de soltura.

Mais delicada será a definição dos critérios. O presente trabalho não tem a pretensão de indicar as únicas diretrizes possíveis para a organização da fila, até porque isso caberá a cada juiz da execução, mas não se furtará a sugerir critérios claros para a organização de cada preso.

Os critérios sugeridos são: 1. boa conduta carcerária, excluída apenas pela existência de faltas graves ainda não reabilitadas; 2. condenação por crime praticado sem violência ou grave ameaça à pessoa; 3. primariedade; 4. proximidade, em termos proporcionais, do alcance do requisito temporal para a progressão de regime; 5. idade mais avançada.

Para a organização da lista, a verificação dos critérios deve ser sucessiva: terão prioridade todos os presos de boa conduta; dentre eles, os que praticaram crimes sem violência; dentre eles, os primários; dentre eles, os que estejam mais perto de alcançar (ou já tenham alcançado) o requisito temporal para a progressão de regime, em termos proporcionais; e, por fim, os mais idosos entre os que estejam empatados em todos os outros critérios.

Como dito, tal fila é completamente independente da análise dos casos individuais dos presos, que continuarão sendo objeto de pedidos de suas defesas e analisados nos respectivos processos de execução. Quanto melhor funcionar o sistema de execução penal, com a análise, sem demora, dos pedidos individuais, menos será preciso recorrer à fila de saída para liberação antecipada, pois as vagas surgirão naturalmente da análise ordinária dos pedidos.

O destino dos presos liberados, em todos os regimes, deve seguir os critérios do RE nº 641.320: monitoração eletrônica, prisão domiciliar ou cumprimento de penas restritivas de direitos, a depender da determinação do juiz da execução.

Fila de saída dos presos provisórios

A medida mais eficiente para evitar a superlotação de unidades destinadas aos presos provisórios é a adoção de um filtro de entrada, e não de uma fila de saída, e tal medida já está sendo adotada na forma das audiências de custódia, que, segundo estudo recente baseado nos dados da Defensoria Pública do Estado da Bahia, tem servido, ao menos em Salvador, para diminuir o ingresso de presos primários (PRADO, 2017, p. 53) e acusados de crimes não violentos. (PRADO, 2017, p. 41)

No entanto, a necessidade de uma fila de saída de presos provisórios continua existindo, e os dados do CNMP sobre a superlotação na prisão provisória, na Bahia, demonstram um agravamento do quadro, de 2014, em que a taxa de ocupação era de 259,56%, para 2015, em que, mesmo já havendo audiências de custódia na capital do Estado desde o mês de setembro, o percentual alcançou 300,98% de ocupação. (BRASIL, 2016e, p. 236)

É possível que, quando os dados referentes ao final do ano de 2016 vierem a público, com a implementação das audiências de custódia no interior da Bahia a partir do mês de maio, se verifique uma taxa de ocupação menor, mas é muito improvável que apenas o filtro de entrada tenha a capacidade de liberar dois terços dos presos provisórios computados ao final de 2015, para, portanto, fazer a taxa de ocupação chegar aos 100%.

Apesar da sua indiscutível necessidade, a questão mais difícil, sob o ponto de vista dogmático, é a constituição de uma fila de saída para os presos provisórios, seja no que concerne à autoridade competente para estabelecê-la e ordenar o seu cumprimento, seja quanto ao procedimento a adotar, seja no que diz respeito à definição dos critérios.

Em primeiro lugar, salvo nos raros casos em que todos os presos provisórios de uma unidade estejam à disposição do mesmo juízo criminal, que, portanto, terá competência para organizar a lista e determinar a soltura, a autoridade competente para fazê-lo será o órgão fracionário do TJ do estado que, segundo o seu regimento interno, tenha competência para conceder *habeas corpus*.

Adotar, por analogia, o regime do *habeas corpus*, tanto quanto possível, para a definição da autoridade competente, dos critérios e do procedimento para a fila de saída de presos provisórios é a solução mais adequada, pelos motivos a seguir.

Em primeiro lugar, pela natureza da liberação antecipada, decorrente da posição na fila de saída, e independente da situação processual individual, que é idêntica à da ordem de *habeas corpus*, já que ambas se destinam a fazer cessar uma ilegalidade: a custódia em condições de superlotação não só é uma violação constitucional à garantia da integridade física e moral dos presos, à vedação do tratamento desumano e à proibição das penas cruéis, mas também de diversos dispositivos da Lei de Execução Penal, entre eles o que determina a separação dos presos provisórios de acordo com a natureza da conduta que lhe é imputada (artigo 84) e o que dispõe que o estabelecimento deverá ter lotação compatível com sua estrutura e finalidade (artigo 85). É preciso lembrar, mais uma vez, que o alívio da superlotação atende não só aos presos liberados pela fila de saída, mas também aos que permanecem encarcerados.

Em segundo lugar, porque o procedimento do *habeas corpus* admite legitimidade ampla para o pedido, inclusive em favor de terceiros (artigo 654 do Código de Processo Penal), podendo a ordem ser concedida de ofício pela autoridade judicial (artigo 654, parágrafo 2º, do Código de Processo Penal).

Dessa maneira, o próprio TJ, independentemente de provocação, pode organizar a fila de saída dos presos provisórios, e, se não o fizer, a Defensoria Pública, o Ministério Público, a administração prisional e qualquer outro legitimado que tenha acesso à relação de presos de uma unidade pode propor a sua organização ao TJ, sob a forma de *habeas corpus*, pleiteando a liberação dos presos provisórios, que, num dado momento, excedam a capacidade do estabelecimento, de acordo com os critérios objetivos da fila de saída.

O *writ*, apesar da pluralidade de pacientes, será em favor de pessoas determinadas, evitando, portanto, a controvérsia a respeito da admissibilidade do *habeas corpus* coletivo, em favor de pessoas não determinadas no momento da impetração, mas determináveis no momento do cumprimento da ordem.

Evidentemente, os presos que não estejam sob a jurisdição dos juízes de primeiro grau do TJ do estado onde a unidade prisional está situada – presos federais oriundos de outros estados ou presos por ordem de TJ ou de tribunais superiores – não poderão ser incluídos na fila de saída estabelecida pelo TJ, mas ainda assim

serão beneficiados indiretamente pelo alívio da superlotação após a liberação dos presos da fila.

Além disso, tratando-se de uma medida sistêmica, é possível que, apesar da organização de filas de saída individuais para cada unidade, de acordo com sua lotação, se proceda a liberação de mais presos acusados de crimes não violentos de um estabelecimento, para compensar a transferência de presos acusados de crimes mais graves, oriundos de outro, superlotado, que teriam de ser liberados em razão da ordem da fila de saída naquele outro local.

Por fim, há que se discutir a fixação dos critérios para a fila de saída dos presos provisórios. Em princípio, nada impede a adoção dos mesmos critérios propostos para a fila de saída da execução penal, embora algumas adaptações sejam necessárias.

Em primeiro lugar, como não há pena aplicada, terá de ser adotada, como parâmetro para a proximidade do cumprimento do requisito temporal para a progressão, uma das balizas fixadas pelo legislador: ou a pena mínima ou a pena máxima cominada ao tipo. Em segundo lugar, é possível que o indivíduo esteja preso por mais de um processo penal, por ordem de mais de um juiz criminal.

Persistindo com o raciocínio da ponderação entre a preservação da integridade dos presos e o direito à segurança pública, a fila deve adotar como parâmetro a pena máxima cominada, ou a soma das penas máximas, caso o mesmo indivíduo esteja sujeito a mais de uma ordem de prisão.

Na essência, no entanto, os critérios serão os mesmos: 1. boa conduta carcerária, excluída apenas pela existência de faltas graves ainda não reabilitadas; 2. imputação de crime praticado sem violência ou grave ameaça à pessoa; 3. primariedade; 4. proximidade, em termos proporcionais, do alcance do requisito temporal para a progressão de regime; 5. idade mais avançada.

Quanto ao regime prisional, a fila deve priorizar todos aqueles que já tenham cumprido, durante a prisão provisória, todo o tempo necessário à progressão para o regime semiaberto, considerada a pena máxima cominada – ou cujo regime inicial, segundo a pena máxima cominada, seja inicialmente o semiaberto –, e, dentre esses, os que também tenham cumprido todo o tempo necessário, na prisão cautelar, à progressão para o regime aberto – ou cujo regime inicial, segundo a pena máxima cominada, seja inicialmente o aberto.

Conclusão

Nos últimos 20 anos, as supremas cortes do Brasil, da Colômbia e dos Estados Unidos da América reconheceram, em decisões vinculantes, que o sistema prisional dos seus países é um espaço de violação massiva e sistemática dos direitos humanos dos presos.

Em resposta à falência do sistema, as cortes adotaram uma série de remédios bastante extremos para enfrentar as violações, dentre as quais se incluem a determinação da construção de novas unidades, a reforma de unidades existentes, a reparação dos danos causados aos presos, inclusive com a saída antecipada, e a imposição de um limite máximo à capacidade de custódia dos estabelecimentos que, se ultrapassado, daria causa à organização de uma fila de saída pela administração prisional.

Apesar de todo o esforço institucional das supremas cortes, as violações constitucionais aos direitos dos presos e a sua causa primária (a superlotação carcerária) continuaram existindo, após as decisões judiciais, embora tenha sido possível notar alguns avanços no caso do estado da Califórnia, objeto da decisão da Suprema Corte estadunidense.

Por isso, é preciso construir uma solução dogmaticamente admissível e adequada ao combate efetivo da superlotação carcerária. A fila de saída, destinada à liberação antecipada de pessoas custodiadas indevidamente em estabelecimentos superlotados, vislumbrada pelo STF no julgamento do RE nº 641.320, para resolver a falta de vagas no regime semiaberto, é sem dúvida uma iniciativa louvável, mas incompleta, já que as taxas de ocupação mais elevadas se verificam justamente no regime fechado e nas unidades destinadas à custódia de presos provisórios.

O estabelecimento de uma fila de saída para presos de estabelecimentos com taxa de ocupação superior à capacidade, independentemente do regime ou da natureza provisória ou definitiva da prisão, é uma medida adequada e necessária ao combate da superlotação carcerária, dadas a insuficiência e a demora para a implementação das outras alternativas de curto prazo.

Para, no entanto, garantir a devida ponderação entre o direito à integridade física dos presos e a proibição do tratamento desumano, de um lado, e o direito individual e social à segurança pública, do outro, e pelo fato de a fila de saída decorrente da superlotação ser independente da situação individual de cada preso, a

ordem de liberação não precisa necessariamente refletir a maior proximidade do alcance do requisito temporal para a progressão de regime ou a extinção da pena.

Para os presos em cumprimento de pena, a fila de saída pode ser organizada pelo juiz da execução e deve adotar como critérios, sucessivamente: 1. boa conduta carcerária, excluída apenas pela existência de faltas graves ainda não reabilitadas; 2. condenação por crime praticado sem violência ou grave ameaça à pessoa; 3. primariedade; 4. proximidade, em termos proporcionais, do alcance do requisito temporal para a progressão de regime; 5. idade mais avançada.

Para os presos provisórios, deve-se adotar, por analogia, o regime do *habeas corpus*, tanto quanto possível, para a definição da autoridade competente, dos critérios e do procedimento para a fila de saída de presos provisórios, visto que a liberação antecipada por uma fila de saída também se destina a fazer cessar uma ilegalidade, já que a custódia em condições de superlotação não só é uma violação constitucional à garantia da integridade física e moral dos presos, à vedação do tratamento desumano e à proibição das penas cruéis, mas também de diversos dispositivos da Lei de Execução Penal.

Sendo assim, a autoridade competente para organizar a fila de saída dos presos provisórios será o órgão fracionário do TJ que, segundo o seu regimento interno, tenha competência para conceder *habeas corpus* liberatórios de presos submetidos à jurisdição de primeiro grau.

A fila pode ser organizada de ofício ou por provocação de qualquer legitimado e, apesar da pluralidade de pacientes, será em favor de pessoas determinadas no momento da impetração, evitando as controvérsias sobre a admissibilidade do *habeas corpus* coletivo em favor de pessoas determináveis apenas no momento do cumprimento da ordem. Os critérios para a liberação antecipada dos presos provisórios podem ser os mesmos dos presos em cumprimento de pena, com as devidas adaptações.

A organização de uma fila de saída de presos custodiados em condição de superlotação beneficiará não só os liberados, mas também os indivíduos que permanecerem encarcerados nas unidades prisionais, que passem a operar dentro da capacidade.

A fixação de critérios independentes da situação processual individual de cada preso – como a proximidade do requisito temporal para a restituição da liberdade, que continuará sendo avaliada no juízo próprio, observando requisitos que ponham em risco o mínimo possível o direito individual e social à segurança pública

- assegurará que a medida de liberação antecipada seja adequada, necessária e proporcional em sentido estrito à resolução do problema da superlotação.

Nenhuma medida de curto prazo adotada no âmbito do sistema prisional é suficiente para a resolução do problema da criminalidade e da segurança pública, mas certamente a fila de saída de presos reduzirá significativamente a probabilidade de que novos massacres, como os do Norte e do Nordeste do Brasil, ocorridos em janeiro de 2017, voltem a acontecer.

Referências

ALEXANDER, Michelle. *The New Jim Crow: mass incarceration in the age of colorblindness*. New York: London: The New Press, 2010.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

AUSTIN, John L. *How to do things with words: the William James Lectures delivered at Harvard University in 1955*. Oxford: Clarendon Press, 1962.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*. 3. ed. Tradução de Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

BOWER, Alicia. Unconstitutionally Crowded: Brown v. Plata and How the Supreme Court Pushed Back to Keep Prison Reform Litigation Alive. *Loyola Law Review*, Los Angeles, v. 45, n. 2, 2012. Disponível em: <http://digitalcommons.lmu.edu/llr/vol45/iss2/8>. Acesso em: 10 jan. 2017.

BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. Tradução de Fernando Tomaz. Lisboa: DIFEL, 1989.

BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. *A visão do Ministério Público sobre o sistema prisional brasileiro*. Brasília, DF, 2016e. Disponível em: http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Publicacoes/documentos/2016/Livro_sistema_prisional_web_7_12_2016.pdf. Acesso em: 13 jan. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347*. Medida Cautelar. Rel. Min. Marco Aurélio. 09/09/2015. DJ-e 19 fev. 2016a. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/>

jurisprudencia/listarJurisprudenciaasp?s1=%28ADPF%24%2ESCLA%2E+E+347%2ENUME%2E%29+OU+%28ADPF%2EACMS%2E+ADJ2+347%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/ojexjwz.
Acesso em: 10 nov. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 580.252*. Voto-Vista Ministro Luis Roberto Barroso. 6 maio 2015. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/re580252lrb.pdf>. Acesso em: 13 jan. 2017.

BRASIL. *Recurso Extraordinário nº 592.581*. Relator Ministro Ricardo Lewandowski. Julgamento em 13/08/2015. DJe 01/02/2016b. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=308563123&tipoApp=.pdf>. Acesso em: 13 jan. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 641.320*. Relator Ministro Gilmar Mendes. 2016d. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?idDocumento=11436372>. Acesso em: 13 jan. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Súmula Vinculante nº 56*. 2016d. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=3352>. Acesso em: 13 jan. 2017.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Da inconstitucionalidade por omissão ao 'estado de coisas inconstitucional'*. 2015. Tese (Doutorado em Direito) Faculdade de Direito. Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2015.
Resumo expandido. Disponível em: http://www.bddt.uerj.br/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=8740. Acesso em: 9 nov. 2016.

CARSON, E. Ann; ANDERSON, Elizabeth. *Prisoners in 2015*. U.S. Department of Justice. Office of Justice Programs. Bureau of Justice Statistics. Washington, D.C. December 2016. Disponível em: <https://www.bjs.gov/content/pub/pdf/p15.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2017.

CARVALHO, Salo de. *Pena e garantias*. 2. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

COLÔMBIA. Corte Constitucional. Sentencia T-153-98. Bogotá, D.C, 28 abr. 1998. Disponível em: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/t-153-98.htm>. Acesso em: 10 jan. 2017.

COLÔMBIA. Ministerio de la Justicia. Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario. *Informe Estadístico Enero 2016*. Bogotá, 2016. Disponível em: <http://www.inpec.gov.co>.

gov.co/portal/page/portal/Inpec/Institucion/Estad%EDsticas/Estadisticas/
Informes%20y%20Boletines%20Estad%EDsticos/01%20INFORME%20
ENERO%202016_.pdf. Acesso em 10 jan. 2017.

CORPORACIÓN EXCELENCIA EN LA JUSTICIA. *Observatorios Ciudadanos. Evolución de la población reclusa en Colombia*. 14. Jun. 2012. Disponível em: <http://www.cej.org.co/index.php/todos-justi/3138-evolucion-de-la-poblacion-reclusa-en-colombia>. Acesso em: 12 jan. 2017.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. Tradução de Raquel Ramalhete. 20. ed. Petrópolis: Vozes, 1999.

GOMES, Maria Teresa Uille. *Falta de vagas no regime semiaberto: lista de saída com base em critérios objetivos*. Brasília, DF: SEJUPR, 2013. Disponível em: http://www.justica.pr.gov.br/arquivos/File/sigepsemiaberto/Upload_II/Apresentacao_SEJUPR_Audiencia_Publica_STF.pdf. Acesso em: 13 jan. 2017.

HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991.

HUMAN RIGHTS WATCH. *No Equal Justice: the Prison Litigation Reform Act in the United States*. 19. Jun. 2009. Disponível em: <https://www.hrw.org/report/2009/06/16/no-equal-justice/prison-litigation-reform-act-united-states#page>. Acesso em: 10 jan. 2017.

LASSALLE, Ferdinand. *A essência da constituição*. Tradução de Walter Stönner. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

MOURA, Tatiana Whately de; RIBEIRO, Natália Caruso Theodoro. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias*. INFOPEN. 2014. Brasília, DF: Ministério da Justiça e Segurança Pública: Departamento Penitenciário Nacional, [2015]. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/noticias/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf>. Acesso em: 4 abr. 2017.

NAQVI, Yasmin. El derecho a la verdade en el derecho internacional: ¿realidad o ficción? *International Review of the Red Cross*, Cambridge, v. 862. Jun. 2006.

PRADO, Daniel Nicory do. *A prática da audiência de custódia*. Salvador: Faculdade Baiana de Direito, 2017.

PRADO, Daniel Nicory do. *Aplicação da lei de drogas: comparação de pesquisas empíricas sobre o encarceramento*. Salvador e São Paulo, 2014. Disponível em: <https://docplayer.com.br/22129936-Aplicacao-da-lei-de-drogas.html>. Acesso em: 10 jan. 2017.

RODRIGUES, Luciana Boiteux; CASTILHO, Ela Wiecko Wolkmer; VARGAS, Beatriz; BATISTA, Vanessa Oliveira; PRADO, Geraldo Luiz Mascarenhas. *Tráfico de drogas e constituição*. Rio de Janeiro: Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro; Brasília, DF: Faculdade de Direito da Universidade de Brasília: Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça, 2009. (Série Pensando o Direito). Disponível em: http://pensando.mj.gov.br/wp-content/uploads/2015/07/01Pensando_Direito3.pdf. Acesso em: 18 nov. 2016.

SHELTON, Dinah. *Remedies in the International Humans Right Law*. 2. ed. Oxford: University Press, 2005.

UNITED STATES OF AMERICA. *Amendment VIII to the American Constitution*. 15 dez. 1791. Disponível em: <https://constitutioncenter.org/interactive-constitution/amendments/amendment-viii>. Acesso em: 15 jan. 2017.

UNITED STATES OF AMERICA. Supreme Court. *Brown vs Plata*. Opinion. 23. [s. l.] May 2011. Disponível em: <https://www.supremecourt.gov/opinions/10pdf/09-1233.pdf>. Acesso em: 13 jan. 2017.

YEPES, Rodrigo Uprimny; SANÍN, María Paula Saffon. Derecho a la verdad: alcances y límites de la verdad judicial. In: TAPIAS, Camila de Gamboa. *Justicia transicional: teoría y praxis*. Bogotá: Universidad del Rosário, 2006. p. 345-374.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal*. Rio de Janeiro: Revn, 1991.

O DESAPARECIMENTO FORÇADO DE PESSOAS NO BRASIL

normatização, análise dogmática
e desvio funcional do direito penal

Marcos Freitas
Nelson Cerqueira

Introdução

O Brasil, dentre outros países da América Latina, viveu em sua história recente um regime de governo ditatorial-militar (1964-1985), período em que tiveram em ocasião diversas violações graves a direitos humanos, sendo uma das práticas de maior destaque aquela que se tornou internacionalmente denominada de “desaparecimento forçado de pessoas”, cujas vítimas precípua foram os cidadãos brasileiros engajados na luta política contra o regime autoritário.

Em 11 de maio de 2016, dois Decretos, nº 8.766 e nº 8.767, promulgaram as Convenções Interamericana e Internacional, respectivamente, contra o desaparecimento forçado de pessoas. Em 24 de novembro de 2010, o Brasil foi condenado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos a, dentre outras medidas de reparação, tipificar o fenômeno do desaparecimento forçado de pessoas em seu ordenamento

interno, com o fim de evitar que as violações ocorridas no período ditatorial não tenham novamente lugar no futuro.

O intuito deste trabalho é analisar as propostas legislativas brasileiras de tipificação do desaparecimento forçado de pessoas, com o fito de compreender as características do conteúdo normativo que se pretende inserir no nosso ordenamento jurídico interno, de modo a verificar, comparativamente, se tais projetos se adequam aos parâmetros interamericanos e internacionais no tocante à criminalização do desaparecimento forçado. Ao final, teceremos uma crítica relacionada ao desvio da função do direito penal, na medida em que, no caso sob análise, a tipificação não resultará na contenção/redução do poder punitivo estatal, mas se revestirá muito mais numa prestação de contas político-simbólica ao público interno e à ordem jurídica internacional.

Histórico, normatização e conceito

O desaparecimento forçado de pessoas é um fenômeno que remonta o cenário bélico dos séculos passados, quando corpos de soldados, mortos em campos de batalha, jamais eram encontrados. Foi tal conjuntura, aliás, que deu origem às placas de identificação, idealizadas no século XIX, durante a guerra civil norte-americana, que eram levadas por cada soldado, contendo seus nomes, regimento e divisão de que faziam parte, no intuito de possibilitar a localização de seus corpos em caso de morte em combate – uma das primeiras ações visando à redução do número de soldados desaparecidos em batalha. Durante a Segunda Guerra Mundial, tal fenômeno ganhou proporções mais amplas e diversificadas, quando a política nazista de extermínio passou a separar civis de suas famílias, prendê-los arbitrariamente e matá-los. (PERRUSO, 2010, p. 17)

Apenas no início da década de 1960, entretanto, é que a prática do desaparecimento forçado de pessoas assumiu a conformação histórica que interessa especificamente a este trabalho, qual seja, a atuação sistemática de grupos consistente na abdução e assassinato de cidadãos contrários ao governo como forma de repressão política. Foi nesse tempo que, na Guatemala, entre 1963 e 1966 (TAVARES, 2017 p. 291), agentes de segurança fora de expediente, formando esquadrões da morte, começaram a perseguir guerrilheiros opositores do governo e, mesmo após o final

das guerrilhas, ao final da década de 1960, continuaram a sequestrar e matar cidadãos contrários ao regime vigente. De lá, o fenômeno se espalhou, já no início da década de 1970, para outros países da América Latina, especialmente para o Brasil e o Chile, tendo o termo “desaparecido” surgido na Argentina e no Chile para designar o desaparecimento de pessoas em diversas situações, quando familiares, amigos e advogados acreditavam terem sido elas, em verdade, abduzidas por agentes do Estado. (PERRUSO, 2010, p. 23-24)

O embrião da normatização e início da preocupação da comunidade e do direito internacional com o fenômeno do desaparecimento forçado de pessoas se deu com a Resolução nº 33/173, da Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas (ONU) de 20 de dezembro de 1978, cujo tema foi o desaparecimento forçado de pessoas, tendo a resolução apontado tal prática como uma clara violação aos artigos 3º, 4º, 5º, 9º e 11 da *Declaração Universal dos Direitos Humanos*, de 1948, vale dizer, ao direito à vida, à liberdade e à segurança, a não ser submetido a torturas, a não ser arbitrariamente preso e a ter um julgamento justo e legal. A partir de então, o assunto foi alvo de discussões em diversos encontros internacionais, como na Assembleia Geral da Comissão de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos (OEA), em 1979 e 1980; na Comissão de Direitos Humanos da Anistia Internacional, em 1980; na Conferência sobre o Direito das Mulheres, em 1980; no Congresso das Nações Unidas sobre a Prevenção do Crime e o Tratamento dos Criminosos, em 1980, quando foi adotada a resolução sobre “execuções extraleais”, a qual registrou que o desaparecimento forçado de pessoas está relacionado com assassinatos cometidos pelo governo, ou com sua anuência, ao passo que determinou que os governos adotassem medidas necessárias à prevenção de tais atos; e na Conferência Internacional da Cruz Vermelha, em 1981 e 1986. Em 1989, a Corte Interamericana de Direitos Humanos (CorteIDH) julgou o primeiro caso de desaparecimento forçado de pessoas, tendo estabelecido importante precedente no que concerne à investigação e ao ajuizamento desses atos, quando, na sentença, assentou que o desaparecimento forçado de pessoas consubstancia crime contra a humanidade, bem como violação múltipla e continuada de diversos direitos humanos, não podendo as sanções jurídicas serem restritas pelas limitações aplicadas a outros delitos com relação ao marco cronológico. (PERRUSO, 2010, p. 24-28)

Em 1992, a Assembleia Geral da ONU aprovou a *Declaração sobre a Proteção de Todas as Pessoas contra o Desaparecimento Forçado ou Involuntário* (ONU, 2006), que

exige, em seus artigos 5º e 12, a responsabilização dos agentes que praticaram tal ato, sem prejuízo da responsabilização do Estado ao qual o agente era vinculado, inclusive em âmbito internacional, ao tempo em que também qualificou a prática como sendo crime contra a humanidade. Além disso, tal declaração traçou um primeiro delineamento do que viria a ser o conceito de desaparecimento forçado. Já em 1998, no bojo do *Estatuto de Roma*, que criou o Tribunal Penal Internacional, o desaparecimento forçado de pessoas foi elencado no rol de crimes contra a humanidade e ganhou um conceito, previsto no artigo 7º, 2, i, qual seja:

i) Por ‘desaparecimento forçado de pessoas’ entende-se a detenção, a prisão ou o seqüestro de pessoas por um Estado ou uma organização política ou com a autorização, o apoio ou a concordância destes, seguidos de recusa a reconhecer tal estado de privação de liberdade ou a prestar qualquer informação sobre a situação ou localização dessas pessoas, com o propósito de lhes negar a proteção da lei por um prolongado período de tempo. (BRASIL, 2002)

Em 1994, a OEA adotou a *Convenção Interamericana sobre o Desaparecimento Forçado de Pessoas* (BRASIL, 2016a), a qual prevê o conceito de desaparecimento forçado nos seguintes termos:

Para os efeitos desta Convenção, entende-se por desaparecimento forçado a privação de liberdade de uma pessoa ou mais pessoas, seja de que forma for, praticada por agentes do Estado ou por pessoas ou grupos de pessoas que atuem com autorização, apoio ou consentimento do Estado, seguida de falta de informação ou da recusa a reconhecer a privação de liberdade ou a informar sobre o paradeiro da pessoa, impedindo assim o exercício dos recursos legais e das garantias processuais pertinentes.

Por meio da Comissão e da Corte de Direitos Humanos, a OEA vem acompanhando casos de desaparecimento forçado de pessoas ocorridos durante os períodos das ditaduras militares vivenciadas na América Latina no século XX e formando jurisprudência acerca do assunto, condenando os Estados a repararem os familiares dos desaparecidos, a dispenderem esforços na busca de localizar as vítimas diretas dos desaparecimentos, bem como a punir os responsáveis por tais atos. (PERRUSO, 2010, p. 20)

Mais recentemente, em 2006, a *Convenção Internacional para Proteção de Todas as Pessoas contra o Desaparecimento Forçado* (BRASIL, 2016b), adotada no âmbito da ONU, passou a prever o desaparecimento forçado de pessoas como sendo:

[...] A prisão, a detenção, o seqüestro ou qualquer outra forma de privação de liberdade que seja perpetrada por agentes do Estado ou por pessoas ou grupos de pessoas agindo com a autorização, apoio ou aquiescência do Estado, e a subseqüente recusa em admitir a privação de liberdade ou a ocultação do destino ou do paradeiro da pessoa desaparecida, privando-a assim da proteção da lei.

O Brasil é signatário, bem como já ratificou ambas as citadas convenções, tendo sido primeiramente aprovada pelo Congresso Nacional, por meio do Decreto Legislativo nº 661, de 1º de setembro de 2010, a *Convenção Internacional para a Proteção de Todas as Pessoas contra o Desaparecimento Forçado*, concluída em 20 de dezembro de 2006 e firmada pela República Federativa do Brasil em 6 de fevereiro de 2007, ao que o governo brasileiro depositou o instrumento de ratificação à convenção junto ao secretário-geral das Nações Unidas, em 29 de novembro de 2010, passando, assim, a convenção a vigorar para o país, no plano jurídico externo, em 29 de dezembro de 2010. Mais tarde, a *Convenção Interamericana sobre o Desaparecimento Forçado de Pessoas*, firmada pelo Brasil, em Belém, em 10 de junho de 1994, foi aprovada por meio do Decreto Legislativo nº 127, em 11 de abril de 2011, ao que o governo brasileiro depositou, junto à OEA, em 3 de fevereiro de 2014, o respectivo instrumento de ratificação, tendo a convenção entrado em vigor no Brasil, no plano jurídico externo, em 5 de março de 2014. Apenas em 2016, contudo, é que foram editados, no dia 11 de maio, dois decretos presidenciais, de nº 8.766 (BRASIL, 2016a) e nº 8.767 (BRASIL, 2016b), promulgando as referidas convenções.

É importante frisar, para os fins a que se pretende este trabalho, que ambas as convenções preveem o compromisso de cada Estado-parte delas signatário de tomar as medidas necessárias para assegurar a tipificação da prática do desaparecimento forçado de pessoas, no âmbito de seu direito penal interno. A Convenção Interamericana (BRASIL, 2016a) o faz em seu artigo III,¹ enquanto a Convenção Interna-

1 “Artigo III. Os Estados Partes comprometem-se a adotar, de acordo com seus procedimentos constitucionais, as medidas legislativas que forem necessárias para tipificar como delito o desaparecimento forçado de pessoas e a impor-lhe a pena apropriada que leve em conta sua extrema gravidade. Esse delito será considerado continuado ou permanente, enquanto não se estabelecer o destino ou paradeiro da vítima”.

cional (BRASIL, 2016b), em seu artigo 4º.² Tal obrigação diz respeito, portanto, ao Estado brasileiro.

Aliás, não bastassem as ratificações dessas convenções e a consequente assunção dos compromissos internacionais delas decorrentes, o Brasil foi condenado a, em 24 de setembro de 2010, no emblemático caso “Gomes Lund e outros”, mais conhecido como caso “Guerrilha do Araguaia”, dentre outras medidas, tipificar o crime de desaparecimento forçado de pessoas, conforme expressamente previu o dispositivo nº 15 da sentença (CORTEIDH, 2017, p. 115):

15. O Estado deve adotar, em um prazo razoável, as medidas que sejam necessárias para tipificar o delito de desaparecimento forçado de pessoas em conformidade com os parâmetros interamericanos, nos termos do estabelecido no parágrafo 287 da presente Sentença. Enquanto cumpre com esta medida, o Estado deve adotar todas aquelas ações que garantam o efetivo julgamento, e se for o caso, a punição em relação aos fatos constitutivos de desaparecimento forçado através dos mecanismos existentes no direito interno.

Antes mesmo da ratificação do *Estatuto de Roma* pelo Brasil, a Comissão de Direitos Humanos da Câmara dos Deputados, juntamente com diversas organizações, já demandava a implementação do referido tratado internacional. Diante disso, o Ministério da Justiça criou um grupo de trabalho denominado “Estatuto de Roma”, com o fito de se criar um anteprojeto dessa implementação. O anteprojeto foi finalizado após seis meses de trabalho e entregue ao ministro da Justiça. Em 2004, após mudança de governo e sugestões da subchefia de Assuntos Jurídicos da Casa Civil, outro grupo foi instalado, pela Secretaria Especial de Direitos Humanos, para rever aquele anteprojeto. No intuito de impulsionar a apresentação de Projeto de Lei (PL) pelo Executivo, o deputado Fantazzini elaborou o PL nº 6.830, de 2006, o qual foi reapresentado pelo deputado Rosinha sob o nº 301, de 2007. (BRASIL, 2018) Quando tal proposta chegou à Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania da Câmara dos Deputados, o Executivo Federal apresentou o PL nº 4.038, em 2008, que foi apensado ao PL nº 301/07. (JARDIM, 2017, p. 10-11) No dia 6 de agosto de 2011, um Substitutivo ao PL nº 301/07 – apensado PL nº 4.038/08 – (BRASIL, 2017m) foi apresentado pelo deputado Antonio

2 “Artigo 4. Cada Estado Parte tomará as medidas necessárias para assegurar que o desaparecimento forçado constitua crime em conformidade com o seu direito penal”.

Carlos Biscaia, tendo sido contemplado na análise que culminou na feitura de tal substitutivo o quanto trazido pelo PL nº 4.038/08, bem como as emendas feitas pela Comissão de Relações Exteriores e de Defesa Nacional, visando sanar algumas debilidades técnico-jurídicas, sendo então aprovado o substitutivo em 23 de abril de 2009. (BRASIL, 2017m) Em 12 de junho de 2013, a proposição foi sujeita à apreciação do plenário da Câmara dos Deputados, mas a matéria não pôde ser apreciada por falta de *quorum*. (BRASIL, 2009) O referido substitutivo (BRASIL, 2017m) – que estabelece um sistema normativo autônomo de cooperação judiciária com o Tribunal Penal Internacional (implementando o *Estatuto de Roma*), definindo, inclusive, condutas que consubstanciam crimes de violação do direito internacional humanitário – prevê, nessa senda, a tipificação da prática do desaparecimento forçado de pessoas nos seguintes termos:

Crime contra a humanidade por desaparecimento forçado

Art. 30. Aprender, deter, seqüestrar ou de outro modo privar alguém de liberdade, ainda que legalmente, em nome do Estado ou de organização política, ou com a autorização, apoio ou aquiescência destes, ocultando ou negando a privação da liberdade ou informação sobre sua sorte ou paradeiro a quem tenha o direito de sabê-lo, deixando o detido fora do amparo legal por período superior a quarenta e oito horas:

Pena: reclusão, de cinco a quinze anos, sem prejuízo da concorrência de outros crimes.

§ 1º Na mesma pena incorre quem ordena os atos definidos neste artigo ou mantém a pessoa detida sob sua guarda, custódia ou vigilância.

§ 2º O crime perdura enquanto não seja esclarecida a sorte ou o paradeiro da pessoa detida, ainda que sua morte ocorra em data anterior.

Desaparecimento forçado qualificado

§ 3º A pena será de dez a trinta anos de reclusão, se o desaparecimento durar mais de trinta dias. (BRASIL, 2017m, p. 14-15)

Simultaneamente à proposição da Câmara dos Deputados, tramita proposta de iniciativa do Senado Federal, veiculada pelo Projeto de Lei do Senado (PLS) nº 245, de 11 de maio de 2011, de autoria do senador Vital do Rêgo, a qual se dedica especificamente a propor a tipificação da prática do desaparecimento forçado

de pessoas, compartilhando em grande medida do quanto proposto pela Câmara, diferindo da proposição dessa casa em alguns pontos, dentre os quais vale destacar a previsão da possibilidade de “colaboração premiada” por parte do acusado primário que venha a colaborar com a investigação e o processo criminal. (BRASIL, 2017n, p. 2) A proposta do Senado já teve seu texto oficial aprovado pela casa e foi remetido à Câmara dos Deputados em 29 de agosto de 2013 para apreciação e deliberação. Ainda compondo iniciativa do Senado, o PLS nº 236, de 2012 (BRASIL, 2017l, p. 178), que propõe o Novo Código Penal brasileiro, prevê em seu artigo 466 o tipo do desaparecimento forçado de pessoa, com redação quase idêntica àquela do texto inicial do PLS nº 245/11.

Por fim, é importante registrar, no que tange ao universo normativo que diz respeito ao fenômeno do desaparecimento forçado de pessoas e ao contexto histórico no qual tal prática ganhou seus contornos mais bem delineados, a Lei nº 12.528, de 18 de novembro de 2011 (BRASIL, 2011), que cria a Comissão Nacional da Verdade no âmbito da Casa Civil da Presidência da República, com a finalidade – diz o seu artigo 1º – “de examinar e esclarecer as graves violações de direitos humanos praticadas no período fixado no art. 8º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, a fim de efetivar o direito à memória e à verdade histórica e promover a reconciliação nacional”. A CorteIDH, no julgado do caso “Guerrilha do Araguaia”, assentou que valora positivamente a criação de Comissão da Verdade pelos Estados, desde que composta de forma a estar “em conformidade com critérios de independência, idoneidade e transparência na seleção de seus membros, assim como a dotá-la de recursos e atribuições que lhe possibilitem cumprir eficazmente com seu mandato”, ao passo em que alertou que a criação dessas comissões não substitui “a obrigação do Estado de estabelecer a verdade e assegurar a determinação judicial de responsabilidades individuais, através dos processos judiciais penais”. (CORTEIDH, 2017, p. 107)

Análise crítico-dogmática

As propostas apresentadas no tópico anterior, de iniciativa dos Poderes Legislativo e Executivo Federais, visam, dentre outras medidas, normatizar o fenômeno do desaparecimento forçado de pessoa no âmbito do Estado brasileiro, implementando,

dessa forma, o *Estatuto de Roma*, e as Convenções Internacional e Interamericana sobre o desaparecimento forçado de pessoas, bem como cumprindo a sentença que condenou o Brasil no caso “Guerrilha do Araguaia” a, dentre outras sanções, tipificar tal conduta. Diante das tipificações sugeridas é que, neste momento, passaremos à sua análise dogmática, focando nos pontos mais importantes, a nosso ver, e no que essas tipificações têm em comum, de forma a tentar traçar um panorama o mais próximo possível do que será e que características apresentará o futuro tipo de desaparecimento forçado de pessoas, no Brasil, quando aprovado um dos projetos que o prevê.

Em primeiro lugar, cabe verificar que tanto o *Estatuto de Roma* quanto as Convenções Internacional e Interamericana ingressaram no ordenamento jurídico brasileiro como norma supralegal, e não com valor de emenda constitucional, haja vista não terem seguido o rito legislativo especial previsto no artigo 5º, parágrafo 3º, da Constituição Federal.³ (BRASIL, 1988) Dessa forma, ao menos em tese, é juridicamente possível que legislação constitucional (emenda) posterior venha a revogar disposições previstas nessas convenções, na medida em que lhe forem contrárias, e, conseqüentemente, o fundamento de validade do tipo do desaparecimento forçado de pessoas. Dito isso, há que se reconhecer a mínima probabilidade desse fenômeno revocatório se concretizar, tendo em vista a existência de um controle diplomático da eficácia dos tratados internacionais entre os Estados-partes, que visa coibir essa possível “má-fé” dos Estados reciprocamente. (ESSE; RODRIGUES, 2012)

O *Estatuto de Roma*, as Convenções Internacional e Interamericana e a sentença do caso “Guerrilha do Araguaia” formam as bases que contêm as diretrizes para a tipificação do desaparecimento forçado de pessoas no Brasil. É relevante saber, portanto, se os projetos de normatização de tal fenômeno estão de acordo com as referidas diretrizes internacionais. A sentença internacional supracitada, por exemplo, em seu parágrafo 285, assentou que o PL nº 301/07 – apensado o PL nº 4.038/08 – não é totalmente adequado aos parâmetros do Sistema Interamericano, pois só tipifica a prática do desaparecimento forçado de pessoas enquanto crime contra a humanidade, o que, de acordo com a construção de sentido empreendida pela jurisprudência da CorteIDH, corresponde à prática de tal conduta num contexto de “um ataque generalizado ou sistemático contra a população civil”

3 “§ 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)”.

(CORTEIDH, 2017, p. 103), de acordo também com o que estabelece o artigo 14 do Substitutivo (BRASIL, 2017m, p. 11) e o artigo 458 do projeto do Novo Código Penal. (BRASIL, 2017l, p. 176) Faltaria, portanto, à normatização brasileira, a previsão do crime de desaparecimento forçado não enquanto crime contra a humanidade, mas como violação de direitos humanos em geral.

A expressão “crimes contra a humanidade” se refere a violações graves aos direitos humanos e foi consagrada no Estatuto do Tribunal Internacional Militar de Nuremberg, por sugestão de Sir Hersch Lauterpacht, capitaneada pelo juiz Robert Jackson, com o fito de substituir a expressão perseguições, atrocidades e deportações. (SCHABAS apud JARDIM, 2017, p. 20) A Comissão de Direito Internacional das Nações chegou a usar a expressão “violações de direitos humanos sistemáticas ou generalizadas”, em substituição a “crimes contra a humanidade”, em 1991. Já a CorteIDH tem identificado “crimes contra a humanidade” com as violações graves aos direitos humanos e lhes conferindo consequências específicas, como a de torná-lhes insuscetíveis a anistias, prescrições ou outras causas de extinção de punibilidade. (JARDIM, 2017, p. 20) Tarciso Dal Maso Jardim (2017, p. 16-17), diante disso, entende ser o artigo 30 do Substitutivo ao PL nº 301/07 já suficiente, vez que “a maioria dos casos de desaparecimento forçado julgados pela CorteIDH são violações graves aos direitos humanos e, portanto, crimes contra a humanidade”, salientando, porém, que as violações singulares também devem ser reprimidas. (JARDIM, 2017, p. 36) A sentença da CorteIDH, no caso “Guerrilha do Araguaia”, contudo, exige a diferenciação das situações - crime contra a humanidade x violação em geral - quando da tipificação (CORTEIDH, 2017, p. 103-104), inclusive, ao que parece, de acordo com Jardim (2017, p. 19), para fins de verificar a suscetibilidade ou não da conduta a anistias. Insuscetíveis de anistias, de acordo com o item 3 do desfecho da sentença, seriam apenas as violações graves a direitos humanos - crimes contra humanidade -, sendo cabível *a contrario sensu* a anistia para violações de direitos humanos em geral, reputadas não tão graves quanto aquelas que consubstanciam crimes contra a humanidade.

De toda sorte, em se entendendo não ser suficiente o artigo 30 do Substitutivo ao PL nº 301/07, para fins de obediência à sentença do caso “Guerrilha do Araguaia”, bem como aos parâmetros do Sistema Interamericano, resolverá a situação, caso aprovado, o PLS nº 245/11 (BRASIL, 2017n), que propõe a introdução do artigo

149-A no Código Penal⁴ (BRASIL, 1941), vez que prevê a tipificação do desaparecimento forçado de pessoa como conduta lesiva ao bem jurídico da liberdade pessoal individual (capítulo VI, seção I), não fazendo menção ao mesmo enquanto crime contra a humanidade. O mesmo não se pode dizer em relação ao projeto do Novo Código Penal (BRASIL, 2017), tendo em vista que este prevê o tipo do desaparecimento forçado de pessoa na forma de crime contra a humanidade, em seu título XVI (“Crimes contra os Direitos Humanos”), capítulo I (“Crimes contra a Humanidade”), sem prever, contudo, o tipo na forma de violação de direitos humanos em geral, para abranger as lesões singulares.

Portanto, o primeiro destaque dogmático importante referente ao tipo de desaparecimento forçado de pessoas é que, de acordo com as construções legislativas e jurisprudenciais internacionais, é possível a ocorrência de tal prática sob duas formas: 1. enquanto crime contra a humanidade; 2. enquanto violação de direitos humanos em geral – violação singular, ou fora do contexto de sentido que perfaz a expressão “crimes contra a humanidade”. Duas das principais diferenças de tratamento existentes entre essas duas hipóteses dizem respeito à imprescritibilidade e à insuscetibilidade a anistias, características restritas apenas à primeira hipótese – enquanto crime contra a humanidade. Segundo a CorteIDH, anistiar responsáveis por crimes contra a humanidade é ato incompatível com a *Convenção Americana sobre Direitos Humanos* (CADH),⁵ devendo os Estados eliminar qualquer lei de anistia editada com esse fim, não havendo produção de efeitos desde a origem (*ex tunc*). O artigo 18, item 1, da *Declaração sobre a Proteção de Todas as Pessoas Contra os Desaparecimentos Forçados* (ONU, 2006) assenta que os responsáveis pela prática de desaparecimentos forçados “não se beneficiarão de nenhuma lei de anistia especial e outras medidas análogas que tenham por fim exonerá-los de qualquer procedimento ou sanção penal”. (JARDIM, 2011, p. 29-30)

Questões referentes à tensão existente entre a soberania do Estado para editar leis de anistia e o afã internacional em responsabilizar agentes de violações graves a direitos humanos estão sendo formuladas pelos estudiosos do ramo do direito

4 O Código Penal, hoje, já conta com um artigo 149-A, de forma que o desaparecimento forçado deverá ser previsto no artigo 149-B.

5 CorteIDH, *Almonacid Arellano y otros c. Chile*, 26 de setembro de 2006, §§ 114-116, 171 – ponto resolutivo 3; CorteIDH, *La Cantuta c. Peru*, 29 de novembro de 2006, §§ 168-169. (JARDIM, 2011, p. 30)

internacional,⁶ assunto cuja profundidade, entretanto, foge ao alcance deste trabalho. É necessário registrar, apenas, que o Supremo Tribunal Federal (STF), em 29 de abril de 2010, no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 153 (BRASIL, 2010, p. 1132), ratificou a constitucionalidade da Lei nº 6.683/79 (Lei de Anistia brasileira), bem como da Emenda Constitucional nº 26/85, que antes já ratificara tal lei, considerando-a adequada à Constituição Brasileira de 1988. Dessa forma, com base no ordenamento interno pátrio, conforme dispõe o artigo 1º da própria Lei de Anistia, hoje, não se pode pretender responsabilizar, porquanto anistiados, todos os que, no período compreendido entre 2 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979, cometeram crimes políticos ou conexos com estes – dentre os quais se inclui o crime de desaparecimento forçado de pessoas –, crimes eleitorais, e os que tiveram seus direitos políticos suspensos, os servidores da Administração Direta e Indireta, de fundações vinculadas ao poder público, os servidores dos Poderes Legislativo e Judiciário, os militares e os dirigentes e representantes sindicais, punidos com fundamento em Atos Institucionais e Complementares. (BRASIL, 1979)

Seguindo com a análise dogmática da normativa brasileira acerca do desaparecimento forçado de pessoas, na busca comparativa para se reconhecer a sua conformidade ou não às diretrizes internacionalmente estabelecidas e firmadas pelo Brasil, temos a afirmação da sentença do caso “Guerrilha do Araguaia” no sentido de que, para se adequar aos parâmetros do Sistema Interamericano, a normatização deve: a) eliminar instituições jurídicas como a anistia e a prescrição; b) afastar a competência da Justiça Militar; c) prever a investigação da totalidade das condutas das pessoas implicadas; e d) determinar sanções proporcionais à gravidade do crime. (CORTHEIDH, 2017, p. 103; TAVARES, 2017, p. 310)

6 “Em face do direito internacional, tem validade uma lei de anistia interna? A comunidade internacional estaria sujeita a essas normas? Poderia um terceiro Estado ou um tribunal internacional exercer a sua jurisdição sobre crimes internacionais anistiados internamente? Os tribunais nacionais devem levar em consideração o direito internacional ao apreciar um pedido de julgamento de um crime que é objeto de lei de anistia? Os Estados teriam dever, oriundo diretamente do direito internacional, de investigar e punir graves violações de direitos humanos? Das diversas respostas dadas a essas questões, tanto pela doutrina como pelas análises de casos específicos, efetuadas por tribunais nacionais ou por comissões e comitês de direitos humanos pertencentes a organizações internacionais, a recorrente parece ser no sentido de que a anistia interna não produziria efeitos na ordem internacional e, sendo assim, não haveria impedimento para que se desconsiderassem as leis de anistia quando a questão fosse analisada do ponto de vista do direito internacional. Já no que se refere ao dever que os Estados têm de investigar e punir graves violações de direitos humanos cometidas em regimes anteriores, verificamos que o direito internacional vem desenvolvendo uma série de mecanismos para pressionar os Estados a assumirem suas obrigações perante a comunidade internacional”. (PERRONE-MOISÉS, 2002 apud PERRUSO, 2017a, p. 70)

Com relação à anistia, já vimos que a CorteIDH (2017, p. 113) posicionou-se no seguinte sentido:

As disposições da Lei de Anistia brasileira que impedem a investigação e sanção de graves violações de direitos humanos são incompatíveis com a Convenção Americana, carecem de efeitos jurídicos e não podem seguir representando um obstáculo para a investigação dos fatos do presente caso, nem para a identificação e punição dos responsáveis, e tampouco podem ter igual ou semelhante impacto a respeito de outros casos de graves violações de direitos humanos consagrados na Convenção Americana ocorridos no Brasil.

Estabelecem-se, assim, a já mencionada tensão entre a soberania do Estado brasileiro para manter e aplicar a sua Lei de Anistia (Lei nº 6.683/1979) e a exigência internacional de responsabilização dos agentes que praticaram atentados contra os direitos humanos, tal qual o desaparecimento forçado de pessoas. Com relação às possíveis normatizações previstas para o desaparecimento forçado enquanto crime contra a humanidade⁷ – quanto aos quais interessa perscrutar sobre a previsão de possibilidade de anistia e imprescritibilidade –, apenas uma delas afasta *ab initio* a possibilidade da anistia, qual seja, o projeto de Novo Código Penal. (BRASIL, 2017) Tal diploma prevê no rol de crimes hediondos – insuscetíveis, portanto, de anistia, conforme o seu artigo 56, parágrafo 2º – os crimes contra a humanidade (artigo 56, XVI), dentre os quais se encontra previsto o crime de desaparecimento forçado de pessoa (artigo 466). Diante disso, o referido instrumento normativo encontra-se, assim, ao menos no tocante à anistia, adequado ao primeiro parâmetro elencado, exigido pela sentença do caso “Guerrilha do Araguaia”, e ao entendimento da CorteIDH. Nesse tocante, não se encontra o Substitutivo ao PL nº 301/07 adequado ao parâmetro exigido pela CorteIDH, vez que não prevê a impossibilidade da anistia, muito embora o próprio *Estatuto de Roma*, o qual tal substitutivo tem por escopo implementar, não preveja em qualquer de seus dispositivos a impossibilidade da anistia.

Já quanto à imprescritibilidade, o Substitutivo ao PL nº 307/11 atende ao parâmetro da CorteIDH. Implementando o quanto previsto no artigo 29 do *Estatuto de Roma*, o Substitutivo dispõe em seu artigo 8º que “os crimes de que trata

7 Substitutivo ao PL nº 301/07 – apensado o PL nº 4.038/08 – (BRASIL, 2017m) e o projeto do Novo Código Penal. (BRASIL, 2017l)

esta lei são imprescritíveis e não serão considerados crimes políticos para efeito de extradição ou entrega ao Tribunal Penal Internacional”. (BRASIL, 2008, p. 9) O projeto do Novo Código Penal, entretanto, não faz tal previsão, de modo que para tal diploma o desaparecimento forçado seria inafiançável e insuscetível de graça e anistia, porém prescritível, indo de encontro ao entendimento da CorteIDH quanto à imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade.

É digno de nota, por fim, o fato de que as Convenções Interamericana e Internacional sobre o desaparecimento forçado de pessoas, ratificadas pelo Brasil, não preveem a exigência da impossibilidade da anistia. Ademais, quanto à imprescritibilidade, apenas apontam que o crime deve ser imprescritível, porém, havendo óbice da ordem interna, consubstanciado, por exemplo, pela existência de norma fundamental que impeça a imprescritibilidade, que o prazo prescricional deva ser igual ao do delito mais grave previsto na legislação interna,⁸ ou, no mínimo, que seja de longa duração e proporcional à gravidade do delito.⁹ A nosso ver, tal conjuntura se deve ao fato de ser a finalidade de tais convenções abranger o tratamento do desaparecimento forçado de pessoas não só enquanto crime contra a humanidade, mas também de um modo geral. Ressalva, por exemplo, apenas a Convenção Internacional, que a normativa dispensada à prescrição, em seu artigo 8º, não prejudica a aplicação das consequências previstas pelo direito internacional¹⁰ para a prática do crime de desaparecimento forçado como crime contra a humanidade, dando a entender que as suas disposições se dedicam a regular violações singulares, não focando a prática do desaparecimento forçado enquanto crime contra a humanidade – prática generalizada e sistemática.

Quanto à segunda diretriz, o afastamento da competência da Justiça Militar, previsto pelo entendimento da CorteIDH e pelo artigo IX da Convenção Intera-

8 “Artigo VII. A ação penal decorrente do desaparecimento forçado de pessoas e a pena que for imposta judicialmente ao responsável por ela não estarão sujeitas a prescrição. No entanto, quando existir uma norma de caráter fundamental que impeça a aplicação do estipulado no parágrafo anterior, o prazo da prescrição deverá ser igual ao do delito mais grave na legislação interna do respectivo Estado Parte”. (BRASIL, 2017d)

9 “Artigo 8, Sem prejuízo do disposto no Artigo 5, 1. O Estado Parte que aplicar um regime de prescrição ao desaparecimento forçado tomará as medidas necessárias para assegurar que o prazo da prescrição da ação penal: a) Seja de longa duração e proporcional à extrema seriedade desse crime; e b) Inicie no momento em que cessar o desaparecimento forçado, considerando-se a natureza contínua desse crime. 2. Cada Estado Parte garantirá às vítimas de desaparecimento forçado o direito a um recurso efetivo durante o prazo de prescrição”. (BRASIL, 2017c)

10 A impossibilidade de anistia e a imprescritibilidade.

mericana,¹¹ o Substitutivo ao PL nº 307/11 não o prevê, admitindo, em seu artigo 7º,¹² a possibilidade de atuação da jurisdição militar, de modo que, nesse tocante, tal projeto não se enquadra às diretrizes internacionais. O artigo 2º do Substitutivo prevê a aplicação do Código Penal Militar (BRASIL, 1969) aos crimes militares e àqueles que tiverem “conexão com os interesses militares da defesa do Estado Brasileiro”, o que Jardim (2017, p. 32) reputa ser uma “espécie indeterminada e arbitrária de conexão” não prevista nos artigos 9º e 10 do Código Penal Militar e interroga: “O que são interesses militares em matéria penal?”. Também inadequadamente, o Substitutivo propõe em seu artigo 126 (BRASIL, 2008, p. 36) a inclusão do artigo 10-A ao Código Penal Militar, nos seguintes termos:

São também crimes militares, sujeitos à lei brasileira, ainda que cometidos fora do território nacional, os crimes de guerra, qualquer que seja o seu agente, e os crimes de genocídio, contra a humanidade e contra a administração da justiça do Tribunal Penal Internacional, quando praticados por militar ou combatente, nacional, estrangeiro ou apátrida, nas situações descritas no inciso II do art. 9º.

Esse dispositivo atrai a aplicação do direito militar a crimes não previstos no Código Penal Militar (BRASIL, 2017f), haja vista que, dentre os crimes mencionados no artigo proposto, apenas o genocídio está contido no referido diploma normativo, sendo os demais regulados por legislação comum ou especial (diversa da militar), sem que, para isso, tenha que se verificar a hipótese do artigo 10, inciso IV, do Código Penal Militar, que prevê quando é que a jurisdição militar poderá julgar crimes previstos em lei penal comum ou especial (diversa da militar). Para Jardim (2017, p. 34), o projeto deveria restringir a jurisdição militar, vez que os crimes contra humanidade, de genocídio e contra a administração do Tribunal Penal Internacional podem ocorrer a qualquer tempo, em geral contra a população civil, e se distinguem das situações tipicamente militares.

Tanto o PLS nº 245/11 quanto o projeto do Novo Código Penal silenciam-se com relação à possibilidade de subordinação do processo por desaparecimento forçado de pessoa à jurisdição militar, até porque a definição da competência para

11 “Artigo IX. Os suspeitos dos atos constitutivos do delito do desaparecimento forçado de pessoas só poderão ser julgados pelas jurisdições de direito comum competentes, em cada Estado, com exclusão de qualquer outra jurisdição especial, particularmente a militar”. (BRASIL, 2016a)

12 “Art. 7º. Os crimes previstos nesta lei atentam contra interesses da União, sendo da competência da Justiça Federal ou da Justiça Militar da União”. (BRASIL, 2017m, p. 9)

a investigação, o julgamento e tudo o mais quanto disser respeito a tal crime é matéria processual, que foge à alçada de tais instrumentos normativos.

O terceiro parâmetro diz respeito à previsão de investigação da totalidade das condutas das pessoas implicadas na prática do desaparecimento forçado. Nesse tocante, todos os diplomas satisfazem em menor ou maior grau a diretriz. De fato, os instrumentos normativos preveem outros atos – além do ato central de privação da liberdade de outrem – como insertos no tipo, através de parágrafos ao *caput*, a exemplo da conduta de quem ordena a prática de atos que perfazem o desaparecimento forçado, e de quem mantém a pessoa sob custódia. Além disso, a normativa da parte geral do Código Penal brasileiro dispensada ao tratamento da coautoria e participação garante a investigação de qualquer conduta de qualquer agente que esteja relacionada ao fato supostamente criminoso. Desta sorte, é possível enquadrar e abranger no processo, ao final da investigação, condutas que, mesmo não se constituindo núcleos previstos pelos tipos, valem como atos de participação de alguma espécie. Decerto, entretanto, que o projeto de tipificação que abrange a maior gama de condutas e as esmiúça de forma mais detalhada e taxativa é, dentre os três, o PLS nº 245/11.

Como quarta diretriz, temos a previsão de que as sanções cominadas sejam proporcionais à gravidade do delito em questão. Essa é, sem dúvida, dentre as quatro, a diretriz mais abrangente e indeterminada – portanto, de difícil acerto e grande variação no que concerne aos projetos de implementação. A análise das penas cominadas pelos projetos comprova o quanto afirmado no período anterior, senão vejamos:

- a. o projeto de Novo Código Penal comina para as condutas do *caput* uma pena de dois a seis anos de prisão;
- b. o PLS nº 245/11, que inicialmente previa em seu texto uma sanção de dois a seis anos para condutas correspondentes – tal qual o projeto de Novo Código e, provavelmente inspirado nele, atualmente, em seu texto oficial remetido à Câmara dos Deputados –, prevê sanção 6 a 12 anos e multa, pena muito superior àquela inicialmente pensada para o crime;
- c. já o Substitutivo ao PL nº 301/07 comina a pena de 5 a 15 anos para o crime.

Nota-se que a abrangência e indeterminabilidade da diretriz, aliadas à multiplicidade de iniciativas legislativas, podem acabar gerando uma desproporcionalidade

entre as penas previstas para as duas formas de desaparecimento forçado, a depender dos rumos que tomarem os projetos no que diz respeito às suas aprovações. Isto porque, na hipótese de serem aprovados o Substitutivo ao PL nº 301/07 e o PLS nº 245/11, teremos cominada para o crime de desaparecimento forçado enquanto crime contra humanidade (forma mais grave da prática delituosa) uma pena de 5 a 15 anos, ao lado de uma pena de 6 a 12 anos para o crime enquanto violação de direitos humanos em geral (violação singular; forma menos grave). Desse modo, em tese, torna-se possível a condenação de alguém que pratique o delito na forma de crime contra a humanidade numa pena mais branda do que aquela imputada a alguém que pratique o delito na forma de violação em geral – por exemplo: Mathias condenado à pena mínima de cinco anos para o delito enquanto crime contra a humanidade *versus* Pedro condenado à pena mínima de seis anos pelo delito na espécie de violação em geral. Tal perspectiva deve ser levada em consideração quando da análise para aprovação dos referidos projetos, de forma que, cotejados, não sejam aprovados, gerando, desde o início, uma desproporcionalidade e uma consequente lesão à sistematicidade da normatização.

Com relação ao tipo objetivo do crime, especificamente no que tange ao ato principal e inicial de privação da liberdade, o *Estatuto de Roma* prevê formas taxativas de como tal ato pode ser realizado (detenção, prisão ou sequestro). De outro vértice, o Sistema Internacional e Interamericano, através das convenções, amplia as possibilidades de formas de iniciar-se a execução do crime com a expressão “privação de liberdade”, que abrange qualquer tipo de ação que tenha por escopo e resultado o cerceamento da liberdade da vítima. As três propostas legislativas brasileiras seguem o exemplo insculpido nas convenções e preveem, assim, a privação de liberdade da vítima através de qualquer método, de forma ampla, como forma de início da execução do crime.

Outra nota dogmática relevante é a que diz respeito aos possíveis sujeitos ativos do delito. As convenções sob comento preveem como possíveis agentes apenas o Estado e seus cúmplices, seja por sua atuação de forma direta ou indireta – mediante autorização, apoio ou aquiescência – na prática delitiva, enquanto que o *Estatuto de Roma*, de forma mais abrangente, inclui também como possível a responsabilização de qualquer organização política. As propostas legislativas brasileiras, por sua vez, seguiram os rumos mais amplos do *Estatuto de Roma*, prevendo, com poucas diferenças entre os diplomas, em síntese, a possibilidade de responsabilização da-

queles que agem em nome do Estado, de suas instituições,¹³ de organização política,¹⁴ de grupo armado ou paramilitar,¹⁵ concorrendo de forma direta ou indireta para a prática do crime.

No que concerne ao sujeito passivo, dado importante é o fato de que pessoas que participam de conflito armado, a exemplo de guerrilheiros, podem ser vítimas da prática do delito enquanto crime contra a humanidade, seja esse conflito interno ou internacional. Jardim (2017, p. 21-24) afirma que a ideia de crimes contra a humanidade adveio de práticas desumanas em contexto de guerra, após anos de desenvolvimento da jurisprudência internacional acerca do assunto, o que envolveu em grande medida as transformações de concepção em derredor do crime de genocídio. O *Estatuto de Roma*, entretanto, desvinculou ambas as realidades – crimes contra humanidade x contexto bélico – ao prever em seu bojo os crimes contra a humanidade como sendo situações parte de “ataque contra a população civil”, sendo que “ataque”, nesse contexto, não se refere a um ato militar – legítimo no contexto do conflito armado –, mas a um ato criminoso, lesivo ao direito humanitário. “População civil”, por outro lado, não se restringe ao coletivo de pessoas que não participam do conflito (como combatentes), explicamos: o ato de matar praticado entre combatentes ou entre um guerrilheiro e agentes de Estado, participantes de conflito armado, não constitui ato ilícito para o direito internacional humanitário, já a tortura, a execução extrajudicial, bem como o desaparecimento forçado, por sua vez, seriam práticas inadmitidas, configurando atos ilícitos. Essa análise não é feita no caso “Guerrilha do Araguaia”, mas sim no caso “Bámaca Velásquez”, no qual a CorteIDH responsabilizou o Estado da Guatemala pelo desaparecimento forçado de um guerrilheiro. Diante disso é que se torna possível concluir: pode ser vítima de crime contra a humanidade, a exemplo do desaparecimento forçado de pessoas, o militar, o membro de grupo armado, como o guerrilheiro – em resumo, o combatente num contexto de conflito armado, desde que tenha quedado fora da batalha, deixando de participar das hostilidades por qualquer motivo, tal qual

13 Apenas o PLS nº 245/11 prevê a responsabilidade dos que agem em nome de instituições estatais.

14 Apenas o Substitutivo ao PL nº 301/07 prevê a responsabilidade de quem age em nome de organizações políticas; ao menos, é o único que usa essa expressão, vez que é possível entender, a nosso sentir, que o texto previsto pelo projeto do Novo Código Penal e pelo PLS nº 245/11 torna possível abarcar agentes de organizações políticas dentro da expressão “grupo armado ou paramilitar”, desde que, por óbvio, as organizações políticas se constituem também em grupos armados ou paramilitares.

15 Apenas o PLS nº 245/11 e o projeto do Novo Código Penal preveem tais sujeitos, não havendo previsão de agentes de grupo armado ou paramilitar no Substitutivo ao PL nº 301/07.

ter saído do grupo, restar desarmado ou posto sob cuidados médicos por ter sido ferido. O que deve preponderar na identificação do indivíduo (potencial vítima) enquanto civil ou não é a situação em que o mesmo se encontrava no momento do cometimento do ato possivelmente criminoso, e não o seu *status* de guerrilheiro ou combatente. O guerrilheiro, assim, estando fora de combate devido a qualquer circunstância, pode ser sujeito passivo do crime de desaparecimento forçado, vez que, nesse contexto, o “ataque” deixa de ser militar e passa a representar o ilícito a que se refere o *Estatuto de Roma*, bem como tal indivíduo passa a integrar o conceito de população civil pelo fato de, apesar de ostentar o *status* de guerrilheiro ou combatente, ter deixado de participar das hostilidades, não integrando efetivamente o conflito armado no momento do crime.

No que diz respeito ao tipo subjetivo do crime, digna de nota é a filtragem feita pelos três projetos de tipificação no que concerne à adoção do dolo especial prevista na conceituação trazida pelo *Estatuto de Roma*, elemento que torna mais dificultosa a incidência do tipo. O referido estatuto (BRASIL, 2017e) dispõe, ao conceituar o fenômeno do desaparecimento forçado, na parte final do seu artigo 7º, item 2, alínea i, que as ações que consubstanciam o desaparecimento forçado devem ter por propósito (dolo específico) negar às vítimas a proteção da lei por um prolongado período de tempo. Tanto a Convenção Interamericana (BRASIL, 2016a) e quanto a Internacional (BRASIL, 2017c) não previram em suas conceituações do desaparecimento forçado de pessoas a necessidade desse elemento especial típico subjetivo para que o fenômeno se perfectibilizasse, e nesse sentido é que seguiram os projetos brasileiros de tipificação do referido fenômeno. Importa notar, ainda, com relação ao tipo subjetivo, que nenhum dos projetos exige que, para a configuração do delito, os atos praticados pelos agentes tenham por móvel a motivação de cunho político, o que amplia o campo de incidência do tipo penal se comparado com o contexto histórico – de disputas políticas – dentro do qual o fenômeno tipificado se desenvolveu.

Outro elemento que dificultaria a incidência do tipo, previsto pela conceituação do *Estatuto de Roma*, porém não repetido em ambas as convenções e nem nos projetos brasileiros de tipificação, é o encapsulado na expressão “por um prolongado período de tempo”, vez que se trata de enunciado aberto e indeterminado: quanto tempo decorrido, afinal, é suficiente para configurar um prolongado período de tempo? Por essa razão, nem a tipificação trazida pela proposta do Novo Código Penal (BRASIL, 2012) nem aquela trazida pelo PLS nº 245 (BRASIL, 2011) preveem qualquer cir-

constância temporal como elemento constitutivo do tipo penal do desaparecimento forçado. O Substitutivo ao PL nº 301/07 (BRASIL, 2008), diferentemente, prevê circunstância temporal como elemento do tipo, mas, fugindo à indeterminação do conceito fornecido pelo *Estatuto de Roma*, fixa um marco temporal determinado como configurador do delito, qual seja, o período superior a 48 horas.

Por fim, diretriz dogmática relevante refere-se à exigência, tanto por parte do artigo III da Convenção Interamericana (BRASIL, 2016a), quanto do tópico 287 da sentença do caso “Guerrilha do Araguaia” (CORTEIDH, 2017, p. 104), de que o desaparecimento forçado seja tipificado como crime continuado ou permanente, não cessando a permanência do ato enquanto não se estabelecer o destino ou paradeiro da vítima. Todos os três projetos brasileiros de tipificação seguem essa orientação internacional, que tem por objetivo dificultar o advento da prescrição – se eventualmente prevista a sua possibilidade no ordenamento interno –, uma vez que, enquanto crime permanente, a consumação do desaparecimento forçado se dá de forma contínua, findando apenas quando elucidado o paradeiro ou a sorte da vítima. Desse modo, só após o esclarecimento da situação da vítima é que o prazo prescricional da pretensão punitiva estatal começará a correr, não tendo tal prazo início desde o momento em que o ato de privação de liberdade é praticado, ou em que a vítima vem a óbito, como se poderia conceber.

Decerto que haveria outros apontamentos dogmáticos a serem feitos e críticas técnicas e de conformação legislativa interna-internacional a serem aventadas. Buscamos, tendo em vista o espaço próprio deste trabalho, elencar aquelas que consideramos as mais relevantes, no intuito de esclarecer em que medida os projetos legislativos brasileiros de tipificação se adequam ou não aos parâmetros internacionais, bem como de proporcionar uma visão mais próxima possível da feição e das características que terá o tipo do desaparecimento forçado de pessoas no Brasil, quando e se aprovados um ou mais dos referidos projetos.

Desvio funcional do direito penal a criminalização simbólica do desaparecimento forçado de pessoas

Dentre as sanções às quais foi condenado o Brasil na sentença do caso “Guerrilha do Araguaia”, encontram-se obrigações de “reparação”, consubstanciadas na

adoção de medidas de reabilitação, satisfação e garantias de não repetição – no capítulo XI, tópico C, da sentença. (CORTEIDH, 2017, p. 2) Uma dessas medidas, prevista na alínea ii, item 3, tópico C, capítulo XI da referida sentença, é a “tipificação do delito de desaparecimento forçado”. Ao lado de tal medida, nas alíneas i, iii e iv, foram estabelecidas as medidas de: (i) “educação em direitos humanos nas Forças Armadas”; (iii) acesso, sistematização e publicação de documentos em poder do Estado; e (iv) criação de uma comissão da verdade, formando, assim, um pacote de medidas destinado a garantir a não repetição (item 3) das violações aos direitos humanos que são objetos da sentença. (CORTEIDH, 2017, p. 102-107)

A previsão da obrigação de tipificar o complexo de condutas que perfaz o desaparecimento forçado revela a crença da jurisprudência internacional na função preventiva geral negativa do direito penal. Quer dizer, através do direito penal, com a previsão abstrata de condutas e respectiva cominação de sanção – criminalização primária (ZAFFARONI et al., 2013a, p. 43) –, a CorteIDH acredita que se possa dissuadir, por meio da intimidação (ZAFFARONI et al., 2013a, p. 117), aqueles que, não fosse por tal criminalização, cometeriam os atos que configuram o crime de desaparecimento forçado, tal qual fizeram parte de seus compatriotas antepassados.

Seguindo o caminho traçado por Zaffaroni e Nilo Batista em *Direito penal brasileiro – I* (2013a, p. 117-120), entendemos que o direito penal não tem a capacidade de cumprir a função de prevenção geral negativa que a jurisprudência internacional lhe atribui – dentre outros motivos, mas principalmente – em razão de o sistema penal operar de forma seletiva, ou seja, criminalizando secundariamente¹⁶ sempre os vulneráveis¹⁷ (ZAFFARONI et al., 2013a, p. 117), dentre os quais não estão inseridos, certamente, os agentes do Estado e seus cúmplices. Além do mais,

16 “Criminalização secundária é a ação punitiva exercida sobre pessoas concretas, que acontece quando as agências policiais detectam uma pessoa que supõe-se tenha praticado certo ato criminalizado primariamente, a investigam, em alguns casos privam-na de sua liberdade de ir e vir [...]”. (ZAFFARONI et al., 2013a, p. 43)

17 Baseados na criminologia crítica, Zaffaroni, Batista, Alagia e Slokar (2013a, p. 43-46) afirmam que a capacidade operativa das agências de criminalização secundária – policiais, promotores, advogados, juizes, agentes penitenciários – é muito limitada, de modo que elas ficam restritas a optar pela inatividade ou pela atuação seletiva. Ao optarem pela atuação seletiva, as agências selecionam os indivíduos que praticam fatos burdos ou grosseiros – a chamada “obra tosca da criminalidade”, cuja detecção é mais fácil – e que têm menos potencial de causar “problemas”, em razão de sua incapacidade de acesso positivo ao poder político e econômico ou à comunicação massiva; em outras palavras, o preto e pobre da classe baixa (vulneráveis). A comunicação social contribui para a criação do estereótipo do delinquente, o qual, associado aos preconceitos próprios da sociedade, fixa no imaginário coletivo uma imagem pública do delinquente formada por componentes de classe social, étnicos, etários, de gênero e estéticos. O estereótipo é o principal critério norteador da atuação seletiva da criminalização secundária, daí verificarmos a existência de certas uniformidades da população penitenciária associadas a desvalores estéticos, o que o biologismo/positivismo criminológico considerou causas do delito quando, em verdade, sempre foram elas causas da criminalização.

no que concerne especificamente ao desaparecimento forçado de pessoas, há que se atentar para o fato de que, à época dos famigerados acontecimentos que delinearam os contornos de tal fenômeno, tais como sequestros, torturas e assassinatos, existia previsão legislativa (tipos penais) suficiente para fins de responsabilização dos agentes dessas condutas, o que demonstra que a ocorrência de tais violações, bem como a não responsabilização de seus agentes, não decorreram de um problema de vácuo legislativo ou de falta de tipificação adequada.

A nosso ver, portanto, a tipificação do desaparecimento forçado de pessoas não passará de uma criminalização (legislação) simbólica, nos dizeres de Marcelo Neves, ou seja, de um texto “cuja referência manifesta à realidade é normativo-jurídica, mas que serve, primária e hipertroficamente, a finalidades políticas de caráter não especificamente normativo-jurídico”. (NEVES, 2007, p. 30) Ou seja, tendo em vista o já exposto com relação à estrutura e ao funcionamento do sistema penal, o texto de lei aprovado que preverá o tipo do desaparecimento forçado de pessoas não resultará em concretização normativa (eficácia instrumental), nem do ponto de vista da concreção da sua finalidade programática (prevenção geral das condutas tipificadas), nem do ponto de vista da sua aplicabilidade na repressão de casos concretos. Diferentemente, exercerá muito mais uma função simbólica, especificamente a função de legislação-álibi. (NEVES, 2007, p. 36-41)

Apresentada como um dos tipos de legislação simbólica por Marcelo Neves, a partir de modelo tricotômico proposto por Kindermann, a legislação-álibi consiste na elaboração de diplomas normativos com o fim de satisfazer as expectativas dos cidadãos, sem que haja condições de efetivação das respectivas normas. Através dela, o legislador busca descarregar-se de pressões políticas ou apresentar o Estado como sensível às exigências e expectativas dos cidadãos, que se satisfazem com a promulgação do texto de lei pelo fato de serem no ilusório potencial instrumentalista das leis de, por si só, solucionar problemas sociais. “No Direito Penal, as reformas legislativas surgem muitas vezes como reações simbólicas à pressão pública por uma atitude estatal mais drástica contra determinados crimes”. (NEVES, 2007, p. 38)

Também em relação à escalada da criminalidade no Brasil a partir das duas últimas décadas do século XX, a discussão em torno de uma legislação penal mais rigorosa apresenta-se como um álibi, uma vez que o problema não decorre da falta de legislação tipificadora, mas sim, fundamentalmente, da inexistência dos pressupostos socioeco-

nômicos e políticos para a efetivação da legislação penal em vigor. (NEVES, 2007, p. 38)

É interessante notar uma particularidade no que se refere à tipificação do desaparecimento forçado de pessoas: nesse caso, é nítido que o afã do Estado brasileiro decorre não só de uma pressão do público interno (cidadãos), mas também, e em grande medida, da pressão exercida pelo público externo (organismos internacionais), por assim dizer, personificado pela OEA, especificamente na pessoa de sua Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Os tipos que preverão a conduta complexa do desaparecimento forçado de pessoas não poderão ser utilizados para responsabilizar os agentes que praticaram tais atos no contexto histórico da ditadura militar no Brasil, tendo em vista a Lei de Anistia brasileira (BRASIL, 1979), que os blindou, cuja constitucionalidade foi ratificada na ADPF nº 153 (BRASIL, 2010), pelo STF, bem como os princípios da anterioridade e da irretroatividade da lei penal, reveláveis no artigo 5º, incisos XXXIX e XL, da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988), e no artigo 1º do Código Penal Brasileiro. (BRASIL, 1941) O Brasil, aliás, de forma consentânea com esse espírito, não ratificou a *Convenção sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes Contra a Humanidade*, de 1968 (ONU, [20-?]), uma vez que seu polêmico artigo 1º considera os crimes lá mencionados como imprescritíveis, independentemente da data em que foram cometidos, o que a doutrina considerou como um retrocesso da ciência penal e que provocou a não adesão por muitos países. (JARDIM, 2011, p. 27) Ademais, com relação aos atos futuros que possam ser considerados como crime de desaparecimento forçado de pessoas, nenhum dado empírico faz crer que sua respectiva tipificação servirá como filtro preventivo da prática desses atos ou que seus agentes serão mais eficaz e severamente punidos em razão da previsão específica do fenômeno. Ou seja, nada leva a crer que tal tipificação trará alguma inovação no que diz respeito à operacionalidade do sistema penal brasileiro. Não só desaparecimentos forçados de pessoas vulneráveis ao sistema, como também a execução sumária dessas pessoas, são praticados cotidianamente no Brasil, havendo tipos penais – como o do homicídio, do sequestro e da tortura – suficientes para fundamentar a responsabilização de seus agentes, o que, mesmo assim, em regra, não ocorre.

Diante disso, podemos afirmar que a tipificação do desaparecimento forçado de pessoas não atenderá à sua pretensa função jurídico-instrumental de prevenção e

coibição das condutas que o perfazem, servindo ela muito mais como uma prestação de contas simbólica e política aos cidadãos e à ordem internacional, diante das graves violações de direitos humanos ocorridas no contexto histórico da ditadura militar brasileira. Utilizado com esse fim não declarado, o direito penal brasileiro não se destina a exercer a única função que de fato o direito penal é capaz de realizar, qual seja, a de contenção/redução da irracionalidade do poder punitivo estatal (ZAFFARONI et al., 2013b, p. 20), mas sim a acalentar simbolicamente as angústias dos que sofrem pela memória do regime ditatorial. Ademais, serve assim atuação do sistema jurídico-penal como resposta aos anseios de responsabilização política da ordem internacional, incorrendo-se, assim, num desvio funcional que contribui para o paulatino descrédito do próprio sistema jurídico-penal,¹⁸ porquanto promete atingir finalidades que efetivamente não pode cumprir.

Conclusão

No que diz respeito à conformação dos projetos brasileiros de tipificação do desaparecimento forçado de pessoas às diretrizes internacionais, concluímos que todas as três propostas contemplam quase que integralmente os parâmetros exigidos pelo Sistema Interamericano e Internacional, havendo apenas alterações pontuais a serem feitas e poucas incongruências a serem retificadas, conforme esposado no decorrer da terceira seção deste trabalho.

A arte é, como a magia, a ciência de manipular símbolos, palavras ou imagens para operar mudanças de consciência. (VYLENZ, 2003) Também o direito – enquanto simbolismo – é capaz de gerar, através da manipulação de seus símbolos próprios, mudanças de consciência nas pessoas, fazendo-as crer, por exemplo, que estão protegidas, acobertadas, de algum tipo de ameaça social, ou que a sociedade forma uma unidade orgânica, composta por relações bem determinadas e harmo-

18 Por fim, é importante salientar que a legislação-álibi nem sempre obtém êxito em sua função simbólica. “Quanto mais ela for empregada, tanto mais frequentemente fracassará”. Isso porque o emprego abusivo da legislação-álibi leva à “descrença” no próprio sistema jurídico, “transtorna persistentemente a consciência jurídica”. Tornando-se abertamente reconhecível que a legislação não contribui para a positivação de normas jurídicas, o direito como sistema garantidor de expectativas normativas e regulador de condutas cai em descrédito; disso resulta que o público se sente enganado, os atores políticos tornam-se cínicos. (KINDERMANN apud NEVES, 2007, p. 40)

niosas entre seus membros. Assim é que o direito se sustenta enquanto mito, que, se tornado consciente, pode até perder sua força (FERRAZ JÚNIOR, 1980, p. 111), tal qual perde o cariz belo a obra de arte contemplada sem sensibilidade, e o ar sobrenatural o truque de mágica desvelado. Nesse sentido, a tipificação do desaparecimento forçado de pessoas consistirá numa criminalização simbólica, que não cumprirá a função redutora do poder punitivo, própria do mito do direito penal, e que fortalece a sua legitimidade, mas, ao contrário, contribuirá para a contínua descrença que há muito vem acometendo o sistema jurídico-penal, enfraquecendo o seu mito e, conseqüentemente, tolhendo-lhe o potencial liberal.

Referências

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 153*. Relator Ministro Eros Grau. Julgada em 29/04/2010. 2010. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=2644116>. Acesso em: 28 mar. 2017.

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF, Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 29 mar. 2017.

BRASIL. Decreto nº 8.766, de 11 de maio de 2016. Promulga a Convenção Interamericana sobre o Desaparecimento Forçado de Pessoas, firmada pela República Federativa do Brasil, em Belém, em 10 de junho de 1994. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 11 maio 2016a. Edição extra. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/decreto/D8766.htm. Acesso em: 28 mar. 2017.

BRASIL. Decreto nº 8.767, de 11 de maio de 2016. Promulga a Convenção Internacional para a Proteção de Todas as Pessoas contra o Desaparecimento Forçado, firmada pela República Federativa do Brasil em 6 de fevereiro de 2007. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 11 maio 2016b. Edição extra. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/decreto/D8767.htm. Acesso em: 28 mar. 2017.

BRASIL. Decreto nº 4.388, de 25 de setembro de 2002. Promulga o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 26 set.

2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4388.htm. Acesso em: 28 mar. 2017.

BRASIL. Decreto-Lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969. Código Penal Militar. *Diário Oficial da União*: seção 1, Brasília, DF, p. 6, Suplemento, 21 out. 1969. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del1001.htm. Acesso em: 31 mar. 2017.

BRASIL. Decreto nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 31 dez. 1940. Retificado em 3 jan. 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 29 mar. 2017.

BRASIL. Lei nº 12.528, de 18 de novembro de 2011. Cria a Comissão Nacional da Verdade no âmbito da Casa Civil da Presidência da República. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 18 nov. 2011. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112528.htm. Acesso em: 29 mar. 2017.

BRASIL. Lei nº 6.683, de 28 de agosto de 1979. Concede anistia e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 28 ago. 1979. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6683.htm. Acesso em: 28 mar. 2017.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei nº 301, de 06 de março de 2007*. Brasília, 2018. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=343615&ord=1>. Acesso em: 28 mar. 2017.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei nº 301, de 06 de março de 2007*: histórico de pareceres, substitutivos e votos. Brasília, 2009. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_pareceres_substitutivos_votos?idProposicao=343615. Acesso em: 28 mar. 2017.

BRASIL. Senado Federal. *Projeto de Lei do Senado nº 236, de 2012*. Anteprojeto. Segunda parte do Código Penal. Brasília, 2012. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=3515262&ts=1567533730788&disposition=inline>. Acesso em: 29 mar. 2017.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Substitutivo ao Projeto de Lei nº 301, de 06 de março de 2007 (Apensado PL nº 4.038). Define condutas que constituem crimes de violação do direito internacional humanitário, estabelece normas para a cooperação judiciária com o Tribunal Penal Internacional e dá outras providências. Brasília, 2008. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_

mostrarintegra?codteor=611195&filename=SBT+1+CCJC+%3D%3E+PL+301/2007.
Acesso em: 28 mar. 2017.

BRASIL. Senado Federal. *Texto oficial do Projeto de Lei do Senado nº 245, de 11 de maio de 2011, remetido à Câmara dos Deputados*. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=3505795&ts=1559272975288&disposition=inline>. Acesso em: 28 mar. 2017.

Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Caso Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia) c. Brasil*. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 24 de novembro de 2010. Série C nº 219. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf. Acesso em: 28 mar. 2017.

ESSE, Luis Gustavo; RODRIGUES, Daniel Gustavo de Oliveira Colnago. A Convenção Interamericana sobre o desaparecimento forçado de pessoas e a obrigatoriedade do estado brasileiro de legislar. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XV, n. 107, dez. 2012. Disponível em: http://ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12555. Acesso em: jun 2019.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Função social da dogmática jurídica*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1980.

JARDIM, Tarciso Dal Maso. Brasil condenado a legislar pela Corte Interamericana de *Direitos Humanos*: da obrigação de tipificar o crime de desaparecimento forçado de pessoas. *Textos para Discussão*, Brasília, DF, n. 8, jan. 2011. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/textos-para-discussao/td-83-brasil-condenado-a-legislar-pela-corte-interamericana-de-direitos-humanos-da-obrigacao-de-tipificar-o-crime-de-desaparecimento-forcado-de-pessoas>. Acesso em: 28 mar. 2017.

NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007. (Coleção justiça e direito).

ONU. *Convenção sobre a imprescritibilidade dos crimes de guerra e dos crimes contra a humanidade*. [S. l.], [20-?]. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Sistema-Global-Declaracao-C3%A7%C3%B5es-e-Tratados-Internacionais-de-Protecao-C3%A7%C3%A3o/convencao-sobre-a-imprescritibilidade-dos-crimes-de-guerra-e-dos-crimes-contra-a-humanidade.html>. Acesso em: 29 mar. 2017.

ONU. *Declaração sobre a proteção de todas as pessoas contra os desaparecimentos forçados*. [S. l.], 2006. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/>

comissoes/comissoes-permanentes/cdhm/comite-brasileiro-de-direitos-humanos-e-politica-externa/DecProtTodPesDesFor.html. Acesso em: 28 mar. 2017.

PERRUSO, Camila Akemi. O Brasil e o desaparecimento forçado de pessoas. *Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito*, Fortaleza, v. 30, n. 1, p. 61-73, Disponível em: <http://www.periodicos.ufc.br/nomos/article/view/1236/1198>. Acesso em: 30 mar. 2017.

PERRUSO, Camila Akemi. *O desaparecimento forçado de pessoas no sistema interamericano de direitos humanos: direitos humanos e memória*. 2010. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2135/tde-04012011-133617/pt-br.php>. Acesso em: 28 mar. 2017.

TAVARES, Amarilis Busch. O desaparecimento forçado como uma prática sistemática de estado nas ditaduras na América Latina: uma abordagem crítica sobre o papel do sistema interamericano de direitos humanos. *Revista Anistia Política e Justiça de Transição*, Brasília, DF, p. 290-317, n. 4, jul./dez. 2010. Disponível em: <https://www.justica.gov.br/central-de-conteudo/anistia/anexos/2011revistaanistia04.pdf>. Acesso em: 28 mar. 2017.

VYLENZ, DeZ. *The Mindscape of Alan Moore*. Tradução de: Patrick Berlinck; Revisão: fishii1411, Distribuído por Shadowsnake films, 2003.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito penal brasileiro, primeiro volume: teoria geral do direito penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2013a.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito penal brasileiro, segundo volume: teoria do delito: introdução histórica e metodológica, ação e tipicidade*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2013b.

SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO

um desafio à efetivação aos direitos humanos

Ricardo do Espírito Santo Cardoso

Introdução

O presente trabalho tem por objeto analisar a atual situação do sistema carcerário brasileiro em relação às violações constitucionais dos direitos humanos reconhecidos pelo ordenamento pátrio e por diversos tratados internacionais subscritos pelo Brasil. Esse fator propiciou a propositura de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL), provocando o Supremo Tribunal Federal (STF) para que, diante da sistemática violação a direitos fundamentais pelo Estado brasileiro no sistema penitenciário, venha a interferir positivamente na concretização de tais garantias constitucionais.

O sistema penitenciário brasileiro atingiu números alarmantes de violência institucional em desfavor dos custodiados, gerando um quadro caótico de violação de direitos humanos em todo o país, com a imposição de grave risco à vida e à integridade física e psicológica dos custodiados, dificultando por completo qualquer pretensão de ressocialização e reintegração do preso ao convívio social harmônico. A superpopulação carcerária – que hoje atinge aproximadamente 700 mil pessoas,

quando o número de vagas é absurdamente inferior ao número de presos – promove sérios problemas estruturais, que desencadeiam um tratamento cruel e desumano das pessoas ali inseridas, se transformando em um fator gerador de violência interna entre presos e agentes do estado.

Esse estado calamitoso, flagrantemente inconstitucional, traz para a pauta do dia o chamado “estado de coisas inconstitucional”, instrumento criado inicialmente pela Corte Constitucional colombiana que permite que, a através da Suprema Corte, órgão máximo do Judiciário, possa ocorrer uma intervenção nos demais poderes do Estado, vez que, nessas circunstâncias, ficam claras a existência de ação e a omissão de todos os agentes públicos, inclusive do próprio Judiciário na violação a direitos fundamentais. Nesse sentido, o STF brasileiro já reconheceu liminarmente a existência do estado de coisas inconstitucional do sistema penitenciário, deferindo parcialmente o pedido liminar para que o Estado, através de seus poderes constituídos, tome providências na concretização dos direitos humanos e fundamentais, a exemplo da imediata instituição da audiência de custódia.

A pesquisa que orientou a elaboração deste pequeno escrito é de natureza teórico-bibliográfica, seguindo o método descritivo-analítico que instruiu a análise da legislação e da doutrina, bem como dos relatórios estatais de constatação do estado de violações dos direitos humanos e fundamentais no sistema carcerário brasileiro.

Estado de coisas inconstitucional e a violação aos direitos fundamentais

O STF, em um de seus julgamentos mais importantes de sua história, em sessão plenária de 9 de setembro de 2015, em face da análise da ADPF tombada sob o nº 347, que teve por objeto a proteção dos direitos humanos, reconheceu a existência do estado de coisas inconstitucional pela violação a direitos fundamentais no sistema carcerário brasileiro. Reconhece, a Suprema Corte brasileira, como pressupostos para a existência do estado de coisas inconstitucional a ocorrência de:

- a. violação generalizada e sistêmica de direitos fundamentais;
- b. inércia ou incapacidade reiterada e persistente das autoridades públicas em modificar a conjuntura; e, por fim,

- c. transgressões a exigir a atuação não apenas de um órgão, mas sim de uma pluralidade de autoridades, conforme expõe informativo da corte de nº 798.¹

O instituto denominado de estado de coisas inconstitucional, recentemente adotado pelo STF na ADPF nº 347/DF, foi desenvolvido pela Corte Constitucional colombiana, reconhecendo a existência de uma sistemática e geral violação a direitos fundamentais, quando do julgamento, em 1997,² de uma demanda previdenciária proposta por professores que tiveram seus direitos previdenciários sistematicamente violados pelas autoridades públicas daquele país. Na ocasião, a Corte Constitucional colombiana, ao reconhecer o estado de coisas inconstitucional, estabeleceu ser necessária a constatação de que:

- a. é grave, permanente e generalizada a violação de direitos fundamentais, que afeta a um número amplo e indeterminado de pessoas;
- b. há comprovada omissão reiterada de diversos e diferentes órgãos estatais no cumprimento de suas obrigações de proteção dos direitos fundamentais, que deixam de adotar as medidas legislativas, administrativas e orçamentárias necessárias para evitar e superar essa violação, consubstanciando uma falta estrutural das instâncias políticas e administrativas;
- c. existe um número elevado e indeterminado de pessoas afetadas pela violação; e por fim,
- d. há a necessidade de a solução ser construída pela atuação conjunta e coordenada de todos os órgãos envolvidos e responsáveis, de modo que a decisão do Tribunal é dirigida não apenas a um órgão ou autoridade, mas sim a uma pluralidade de órgãos e autoridades, visando à adoção de mudanças estruturais.³

1 Dado extraído do Informativo nº 798 do STF. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo798.htm>. Acesso em: 24 mar. 2017.

2 *Sentencia de Unificación* (SU) nº 559, de 6 de novembro de 1997. Na espécie, 45 professores dos municípios de María La Baja e Zambrano tiveram os direitos previdenciários recusados pelas autoridades locais. A Corte constatou que o descumprimento da obrigação era generalizado, alcançando número amplo de professores além dos que instauraram a demanda. Cumprindo o que afirmou ser um “dever de colaboração” com os outros poderes, tomou decisão que não se limitou às partes do processo: declarou o estado de coisas inconstitucional; determinou aos municípios que se encontrassem em situação similar a correção da inconstitucionalidade em prazo razoável; e ordenou o envio de cópias da sentença aos ministros da Educação, da Fazenda e do Crédito Público, ao diretor do Departamento Nacional de Planejamento, aos governadores e Assembleias, aos prefeitos e aos Conselhos Municipais para providências práticas e orçamentárias.

3 Informações extraídas da SU nº 559, de 6 nov. 1997. Disponível em: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/SU559-97.htm>. Acesso em: 23 mar. 2017.

Sendo assim, a intervenção da jurisdição constitucional se mostra legítima diante de um quadro generalizado e insuportável de violações a direitos humanos e fundamentais, decorrente de atos comissivos e omissivos do Estado. No entanto, é preciso ressaltar para os riscos inerentes ao ativismo judicial⁴ em face da intervenção do Judiciário nos atos típicos dos Poderes Executivo e Legislativo, com a imposição na formulação e implementação de políticas públicas.

Por conseguinte, o conceito de políticas públicas só recentemente passou a ser analisado pela teoria jurídica, por se tratar de uma realidade inexistente ou desimportante antes do Estado de bem-estar social. Esse é, segundo Comparato (1998, p. 43), a baliza a partir da qual ocorreu a “indispensável reorganização da atividade estatal, em função de finalidades coletivas, de forma que a atribuição prioritária dos Poderes Públicos passa a ser a progressiva constituição de condições sociais básicas para todos os indivíduos”.

Nesse sentido, na difícil tarefa de conceituar o que seriam políticas públicas, fazendo uma relação com a conceituação almejada aos diferentes poderes, é importante pontuar a diferença apresentada na língua inglesa, sendo usual a distinção entre *policy*, que designa um sentido específico associado à política como administração, como ação dirigida; e *politics*, que indica o jogo político em si, a própria ação de governar e o movimento associado aos partidos, o Parlamento e a relação com os governados. (CONDÉ, 2006) Por seu turno, Dworkin (2010), sob a ótica da teoria política, entre a argumentação da política (*policy*) e de princípios, informa que o primeiro justificaria uma decisão que fomenta ou protege algum objetivo coletivo da comunidade como um todo, enquanto que o segundo justificaria uma decisão política, mostrando que a decisão respeita ou garante um direito de um indivíduo ou de um grupo.

Dedicando-se a elaborar a análise jurídica das políticas públicas, Freire Júnior (2005, p. 47-49) conceitua da seguinte maneira:

Não é tarefa simples a de precisar um conceito de políticas públicas, mas, de um modo geral, a expressão pretende significar um conjunto ou uma medida isolada praticada pelo Estado com o desiderato de

4 Expressão cunhada nos Estados Unidos e que foi empregada, sobretudo, como rótulo para qualificar a atuação da Suprema Corte durante os anos em que foi presidida por Earl Warren, entre 1954 e 1969, quando ocorreu uma revolução profunda e silenciosa em relação a inúmeras práticas políticas nos Estados Unidos, conduzida por uma jurisprudência progressista em matéria de direitos fundamentais, sem que qualquer ato do Congresso ou decreto presidencial fosse necessário.

dar efetividade aos direitos fundamentais ou ao Estado Democrático de Direito. Como destaca Eros Grau: 'A expressão política pública designa todas as atuações do Estado, desde a pressuposição de uma bem demarcada separação entre Estado e Sociedade' [...]. A expressão políticas públicas designa todas as atuações do Estado, cobrindo todas as formas de intervenção do poder público na vida social.

Sendo assim, as políticas públicas se mostram com instrumentos de implementação dos direitos fundamentais, especialmente os devidamente assegurados pela Constituição Federal, fazendo com que o Estado passe se organizar em prol da defesa e da realização dos mesmos. Portanto, em face da supremacia da Constituição, para concretizar normas constitucionais, no caso as de direitos humanos e fundamentais, sem que signifique uma interferência nos demais poderes, é plenamente factível que o Judiciário atue para concretizar normas constitucionais programáticas, passando a interferir ativamente na guarda dos direitos fundamentais.

É importante ressaltar que a própria Constituição Federal, no artigo 5º, inciso XXXV, estabelece o princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional, informado que nenhuma lesão ou ameaça ao direito pode ser subtraída da apreciação jurisdicional, bem como o parágrafo 1º do artigo 5º da Carta Magna indica que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. Assim, é evidente que as políticas públicas desempenham importante missão na concretização dos direitos humanos e fundamentais, sendo que a flagrante violação das regras constitucionais, como o tratamento degradante dispensado aos custodiados do sistema penitenciário brasileiro, por exemplo, legitima a intervenção do Poder Judiciário na restituição das garantias constitucionais impostas ao Estado.

A atuação do poder Judiciário na implementação de políticas públicas, julgando e reconhecendo atos de comissão e também de omissão dos agentes públicos que lesionam direitos humanos e fundamentais, é uma garantia que visa atender demandas sociais não satisfeitas pelos demais poderes. Para Barroso (2007, p. 9), “a ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes”, ressaltando que o ativismo judicial seria cabível somente em face de ações e omissões graves na concretização dos direitos fundamentais.

A esse respeito, Grinover, Lucon e Watanab (2015, p. 1) registram que:

O Judiciário brasileiro, há muito tempo, deixou de cumprir apenas a função que tradicionalmente lhe é atribuída – resolver com justiça litígios individuais de caráter patrimonial – para assumir também um papel de destaque no cenário político, assegurando, diante da inércia e da ineficácia de atuação dos outros poderes estatais, a efetivação de direitos e de garantias fundamentais previstos na Constituição de 1988.

Ressalta-se sempre a importância de estabelecer limite para essa ingerência do Poder Judiciário, servindo tão somente para resguardar e implementar direitos humanos e fundamentais assegurados constitucionalmente. É importante assinalar, ainda, ante o reconhecimento da complexidade da situação, que “a corte não mais se dirige a resolver problemas particulares, a assegurar direitos específicos de demandantes, e sim a proteger a dimensão objetiva dos direitos fundamentais em jogo”. (HERNÁNDEZ, 2003, p. 225)

Nesse contexto, a problemática do sistema carcerário brasileiro evidencia total rompimento com a ordem constitucional de proteção aos direitos humanos e fundamentais, trazendo, assim, para o STF, a figura do “litígio estrutural”, que é caracterizado pelo alcance a um número amplo de pessoas e entidades e por implicar ordens de execução complexa. Para enfrentar litígio da espécie, juízes constitucionais acabam fixando “remédios estruturais”, voltados ao redimensionamento dos ciclos de formulação e execução de políticas públicas, o que não seria possível por meio de decisões ortodoxas. (CAMPOS, 2015)

É caótico o sistema penitenciário brasileiro. Chega ser lugar comum afirmar que nosso sistema prisional é bárbaro e desumano, algo que gerou, recentemente, uma condenação do Estado brasileiro na Corte Interamericana de Direitos Humanos, em face do ocorrido em 2013 no caso envolvendo a rebelião no complexo penitenciário de Pedrinhas, no estado do Maranhão, no qual houve 41 mortes;⁵ no caso do Centro Penitenciário Professor Aníbal Bruno, de Recife, Pernambuco;⁶ no caso da Penitenciária Urso Branco, de Porto Velho, Rondônia;⁷ no Complexo do Tatuapé, de São Paulo;⁸ da Penitenciária Dr. Sebastião Martins Silveira, de Arara-

5 Cf. medida provisória expedida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos em 18 de novembro de 2014.

6 Cf. medida provisória expedida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos em 22 de maio de 2014.

7 Cf. resoluções expedidas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos em 19 de junho de 2002, 29 de agosto de 2002, 22 de abril de 2004, 7 de julho de 2004, 21 de setembro de 2005, 2 de maio de 2008 e 25 de novembro de 2009.

8 Cf. resoluções expedidas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos em 17 de novembro de 2005, 4 de julho de 2006 e 3 de julho de 2007.

quara;⁹ bem como a Comissão Interamericana, por sua vez, concedeu medidas cautelares contra o Estado brasileiro para salvaguardar a vida e a integridade pessoal dos internos do Presídio Central de Porto Alegre, no Rio Grande do Sul.¹⁰ Nesse mesmo sentido, a Organização das Nações Unidas (ONU), através do Conselho de Direitos Humanos (CDH), apresentou um relatório em que traz duras críticas à gestão penitenciária no Brasil, especialmente em relação à precariedade dos estabelecimentos prisionais, denunciando, ainda, a prática de torturas, mutilações, mortes, notadamente das minorias sociais.

Diante do cenário de completo desrespeito aos direitos humanos e fundamentais, o PSOL propôs a ADPF nº 347, pleiteando a declaração do estado de coisas inconstitucional do sistema penitenciário brasileiro, de forma que o STF, diante de omissões e de comissão dos Poderes Executivo, Legislativo e também do próprio Judiciário, atue supletivamente, impondo e coordenando medidas aptas a deter a violação de direitos fundamentais dos encarcerados. A referida ação desnuda por completo os horrores existentes em todo sistema prisional brasileiro, evidenciando a superlotação e as condições degradantes do cárcere, bem como as diversas ofensas a preceitos fundamentais, como a dignidade da pessoa humana, a vedação de tortura e de tratamento desumano e cruel, o direito de acesso à justiça e os direitos sociais à saúde, educação, trabalho e segurança dos presos.¹¹

Nesse diapasão, ficou caracterizada a multiplicidade de atos comissivos e omissivos dos poderes públicos da União, dos Estados e do Distrito Federal, incluídos os de natureza normativa, administrativa e judicial, criando um elevado grau de inconstitucionalidade da execução de penas no Brasil. Nesse sentido, foi arguido na petição inicial da ADPF nº 347 o estado de coisas inconstitucional exposto na inicial que deflagrou a referida ação do seguinte modo:

[...] cenários de grave e massiva violação de direitos, decorrentes de falhas estruturais em políticas públicas – que caracterizam o estado de coisas inconstitucional –, demandam muitas vezes soluções complexas dos tribunais, que não se afeiçoam à sua função tradicional, de invalidação de atos normativos. Nestas hipóteses, o papel de guardião

9 Cf. resoluções expedidas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos em 28 de julho de 2006 e 30 de setembro de 2006.

10 Cf. Resolução nº 14 da Comissão Interamericana de Direitos Humanos de 30 de dezembro de 2013.

11 Informações extraídas da peça inicial da ADPF nº 347. Disponível em: <https://jota.info/wp-content/uploads/2015/05/ADPF-347.pdf>. Acesso em: 24 mar. 2017.

da Constituição exige uma postura diferenciada, sob pena de frustração dos direitos fundamentais e inefetividade da Constituição [...].¹²

Portanto, o estado de total violação a direito inserido no ambiente carcerário brasileiro age como um câncer, permitido, infelizmente, verificar violações em quase todas as unidades prisionais do país, comprovando um quadro epidêmico de transgressões aos direitos fundamentais assegurados pela constituição brasileira. Assim, dispõe a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (2001): “quando os cárceres não recebem a atenção e os recursos necessários, a sua função se distorce e, em vez de proporcionarem proteção, se convertem em escolas da delinquência e comportamento antissocial, que propiciam a reincidência em vez da reabilitação”.

Nessa atmosfera, é claramente perceptível a falência por completo de todo o sistema penitenciário brasileiro em face do descaso dos agentes públicos, evidenciando a inoperância estrutural de políticas públicas de implementação de direito fundamentais, desencadeando uma sistemática e geral violação dos direitos humanos, provocando o estado de coisas inconstitucionais. Entretanto, em que pese inexistir no ordenamento constitucional ou em qualquer diploma infraconstitucional expressamente o estado de coisas inconstitucionais, é totalmente factível a intervenção da Suprema Corte brasileira na adoção de medidas para estancar quadro de violações graves, massivas e generalizada de direitos fundamentais adotados pela ordem constitucional pátria, intervindo nos Poderes Executivo e Legislativo, não apenas para determinar a implementação de medidas que visam reestabelecer direitos, mas também para realizar a devida fiscalização de seu cumprimento.

O reconhecimento pelo STF do estado de coisas inconstitucionais pressupõe, segundo aponta Campos (2015), a existência de uma afronta generalizada de direitos e garantias de uma parcela da população e a vulnerabilidade massiva; “falha estatal estrutural”, decorrente de negligência generalizada administrativa, legislativa e judicial em garantir a efetivação de direitos fundamentais, ocasionando violação por culpa do próprio Estado; e, por fim, a complexidade do problema envolvendo uma coletividade desafia a atuação de diferentes esferas estatais. Assim, tal constatação robustece a atuação da Suprema Corte e, em casos de excepcionalidade, a violação severa a direitos humanos, de total bloqueio institucional para a garantida

12 Informações extraídas da peça inicial da ADPF nº 347. Disponível em: <https://jota.info/wp-content/uploads/2015/05/ADPF-347.pdf>. Acesso em: 24 mar. 2017.

dos direitos fundamentais, exigindo intervenção jurisdicional para garantir regas essenciais ao Estado de direito, que é a efetivação dos direitos humanos e fundamentais, pedra angular do estado democrático de direito.

O sistema carcerário brasileiro e os direitos humanos

O sistema jurídico brasileiro, demarcado pela Constituição Federal de 1988, reconhece expressamente o princípio da dignidade da pessoa humana em seu artigo 1º, inciso III, princípio fundamental que rege o sistema de direitos fundamentais, fazendo com que o Estado, no desenrolar de sua função punitiva, o faça dentro dos limites inseridos pelos direitos humanos e fundamentais.

Nesse sentido, o rol de direitos individuais descritos no artigo 5º da Constituição Federal revela-se como desdobramento do princípio da dignidade da pessoa humana, impondo diretrizes de comportamento para o Estado, assegurando direitos inerentes à existência do homem e de seu desenvolvimento. Nesse sentido, é direito fundamental do homem:

- a. a vedação a tratamento desumano ou degradante (inciso III), assegurando-se ao preso o respeito à integridade física e moral (inciso XLIX);
- b. observância do devido processo legal (inciso LIV) com todos os seus consectários, entre os quais o contraditório e a ampla defesa (inciso LV), o julgamento por autoridade competente (inciso LIII), a não admissibilidade de provas obtidas por meio ilícito (inciso LVI), a proscrição de juízos ou tribunais de exceção (inciso XXXVII) e a consideração de que ninguém será reputado culpado senão antes do trânsito em julgado de sentença condenatória (inciso LVII), importando esta última em pressupor que a segregação do acusado, antes da sentença irrecorrível, somente se legitima em situações proporcionais previstas em lei;
- c. legitimidade material do direito de punir, tais como a reserva legal da definição de crimes e cominação de penas (inciso XXXIX), a individualização dessas na medida da culpabilidade do infrator (incisos XLV e XLVI), a interdição de determinadas sanções, tais como a pena capital, a prisão perpétua, os trabalhos forçados, o banimento e as penas cruéis (inciso XLVII);

- d. movimentação da competência prisional (incisos LXI a LXVI e LXVIII);
- e. execução da pena (incisos XLVIII e L).

Os elementos normativos ora citados demonstram claramente o compromisso, ao menos do ponto de vista formal, do Estado brasileiro em garantir os direitos humanos e fundamentais daqueles inseridos no sistema carcerário, tendo em vista que uma das funções, ao menos a declarada, seria a de ressocialização do preso, permitido sua integração ao convívio social harmônico. No entanto, a discrepância entre a realidade formal dos diplomas legais brasileiros e a realidade fática encontrada dentro das unidades do sistema prisional do país evidencia o total descompromisso do Estado na implementação de políticas públicas garantidoras dos direitos fundamentais, o que clarifica o discurso não declarado de controle social e neutralização do inimigo pelo sistema de justiça criminal.

A Anistia Intencional, após a realização de visitas em 33 instituições prisionais de 10 estados da federação brasileira, em relatórios, concluiu que o sistema prisional não só fracassa quando se propõe a viabilizar a ressocialização com a integração social do condenado, como também, durante o cumprimento inatingível desse objetivo, promove terríveis violações dos direitos humanos, expondo o seguinte (ANISTIA INTERNACIONAL, 2016, p. 15):

Os presidiários são verdadeiras vítimas esquecidas das violações dos direitos humanos no Brasil, onde os detentos são submetidos a condições e a tratamentos severos, como por exemplo uma superlotação que já ultrapassa 500%, o recurso rotineiro a violência e a tortura pelos guardas, más condições de higiene e frequentes recusas de acesso a assistência médica, mesmo no caso de presidiários paraplégicos ou portadores de doença mental. Os incidentes de revolta, fuga e tomada de reféns são frequentes, em parte resultante das pavorosas condições de detenção. Em várias ocasiões a Polícia Militar com a execução extrajudicial de detentos. Os presidiários dependem muito mais das ONGs de direitos humanos para a monitoração das condições vigentes nos presídios e o protesto em seu nome junto às autoridades.

Nesse sentido, a superlotação carcerária, com uma ocupação para além de sua capacidade máxima, inviabiliza a concretização de garantias mínimas de higiene, saúde, segurança, privacidade e conforto básico para permitir um cumprimento de pena adequado. A segregação de pessoas em celas superlotadas viola diretamente a

dignidade da pessoa humana, impondo ao preso tratamento degradante e cruel, o que promove violação a sua integridade física e psicológica.

A população carcerária brasileira, nos últimos 20 anos, teve um salto de 400%, segundo dados do Ministério da Justiça. De acordo com o Centro Internacional de Estudos Penitenciários, ligado à Universidade de Essex, no Reino Unido, a média mundial de encarceramento é 144 presos para cada 100 mil habitantes, enquanto que no Brasil esse número chega a 300 presos. O Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas (DMF), do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), em 2014, fez um levantamento da população carcerária brasileira, totalizando 711.463 presos, incluindo nessa estatística as pessoas em prisão domiciliar, colocando o Brasil na terceira posição mundial de maior população prisional, informando ainda a existência 373.991 mandados de prisão em aberto – que, se cumpridos fossem, a população carcerária saltaria para mais de um milhão de pessoas.¹³

Nesse contexto, ressalta-se que a ONU definiu “Regras Mínimas para o Tratamento de Prisioneiros” e a Comissão Interamericana de Direitos Humanos estabeleceu “Princípios e Boas Práticas para a Proteção das Pessoas Privadas de Liberdade nas Américas”, regras contempladas pela Constituição brasileira e pela lei de execuções penais, que, no artigo 85, *caput*, dispõe que o “estabelecimento penal deverá ter lotação compatível com a sua estrutura e finalidade”; e o artigo 88 determina ainda que o condenado deve ser “alojado em cela individual que contenha dormitório, aparelho sanitário e lavatório”, exigindo, ainda, como requisitos básicos da unidade celular, “salubridade do ambiente pela concorrência dos fatores de aeração, insolação e condicionamento térmico adequado à existência humana e área mínima de 6,00 m² (seis metros quadrados)”.¹⁴

No entanto, em que pesem os contornos normativos de garantia a direitos fundamentais de pessoas submetidas à execução de uma pena de prisão, sua violação

13 Dados extraídos do sítio eletrônico do CNJ. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/cidadania-nos-presidios>. Acesso em: 24 mar. 2017.

14 Lei nº 7.210/84: “Art. 85. O estabelecimento penal deverá ter lotação compatível com a sua estrutura e finalidade. Parágrafo único. O Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária determinará o limite máximo de capacidade do estabelecimento, atendendo a sua natureza e peculiaridades. [...] Art. 88. O condenado será alojado em cela individual que conterá dormitório, aparelho sanitário e lavatório. Parágrafo único. São requisitos básicos da unidade celular: a) salubridade do ambiente pela concorrência dos fatores de aeração, insolação e condicionamento térmico adequado à existência humana; b) área mínima de 6,00m² (seis metros quadrados)”. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210compilado.htm. Acesso em: 25 mar. 2017.

no Brasil é sistemática, sendo que a superlotação é uma regra do sistema prisional. Em 2009, a Câmara dos Deputados, após realização da Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) sobre o Sistema Carcerário, afirmou em seu relatório que a superlotação “é a mãe de todos os demais problemas do sistema carcerário” (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2009, p. 244):

Celas superlotadas ocasionam insalubridade, doenças, motins, rebeliões, mortes, degradação da pessoa humana. A CPI encontrou homens amontoados como lixo humano em celas cheias, se revezando para dormir, ou dormindo em cima do vaso sanitário. Em outros estabelecimentos, homens seminus gemendo diante da cela entupida. Em outros estabelecimentos, redes sobre redes em cima de camas. Mulheres com suas crianças recém-nascidas espremidas em celas sujas [...] Assim vivem os presos no Brasil. Assim são os estabelecimentos penais brasileiros na sua grande maioria. Assim é que as autoridades brasileiras cuidam dos seus presos pobres. E é assim que as autoridades colocam, todo santo dia, feras humanas jogadas na rua para conviver com a sociedade.

A realidade do sistema prisional brasileiro é dramática, sendo do cotidiano a existência de celas amontoadas de gente, com presos espremidos, às vezes sem camas ou colchões, dormindo em esquema de revezamento, no chão, em redes suspensas no teto e até em “tocas” incrustadas nas paredes ou de pé – fato inacreditável, porém real. (CNJ, 2014) Em caso aterrorizante, completamente surreal, em uma cela com capacidade para 2 detentos, abrigavam-se 35, na Penitenciária Coronel Odenir Guimarães, estado de Goiás. (CNJ, 2014)

No Espírito Santo, por conta da superlotação do sistema prisional, presos ficaram amontoados em contêineres metálicos sujeitos a elevadíssimas temperaturas. (UOL, 2010) No Rio Grande do Sul, por conta da falta de vagas, presos ficaram algemados em lixeiras nas portas de delegacias e presos em viaturas policiais. (SECRETÁRIO..., 2017)

Para além do problema da superpopulação carcerária, existe ainda grave problema de infraestrutura, o que inviabiliza a concretização das normas constitucionais, de preservação de integridade física e psicológica, bem como, sobrevivência digna na unidade prisional. Assim, *A visão do Ministério Público sobre o sistema prisional brasileiro* apontou que, dos 1.598 locais visitados pelo Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), 780 não contavam com camas e 365 não ofereciam colchões para todos os detentos, bem como, em 1.099 estabelecimentos, os presos não dispunham

de água quente para banho e, em 636, não eram fornecidos produtos de higiene pessoal. Além disso, em 66% dos estabelecimentos não eram fornecidas toalhas de banho e em 42% não havia distribuição de preservativos. Faltavam também bibliotecas e espaço para prática esportiva em, respectivamente, 60% e 47% das instituições prisionais. Em 10% delas, faltavam locais para banho de sol. (CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO, 2016)

Nesse diapasão, a violação a direitos humanos se tornou epidêmica em todo sistema carcerário brasileiro, devido às falhas na manutenção de direitos dos presos, a exemplo de auxílio material básico, assistência à saúde, a educação do interno, a promoção do trabalho ao preso, todos assegurados pela lei de execução penal, mas que, pela falta de investimento fica inviabilizada sua concretização, aprofundando os estigmas e malhas no cárcere.

Inobstante todo o arcabouço legal trazido pela Constituição Federal e legislação infraconstitucional, assegurando aos presos o respeito à integridade física e moral, a proibição da tortura, das penas cruéis e o tratamento desumano ou degradante, chegando ao ponto de qualificar a tortura como crime inafiançável e insuscetível de graça ou anistia (artigo 5º, III, XLIII, XLVII, alínea e, e XLIX), tamanho o repúdio manifesto contra essa prática odiosa, são sistemáticas as práticas de violências física e psicológica em relação aos presos.

O CNMP (2016) aponta que há registros de maus-tratos aos presos por parte dos servidores em todas as regiões do país e que, em cerca de 92% dos estabelecimentos prisionais, há aplicação de sanções sem instauração de prévio procedimento disciplinar. O Subcomitê de Prevenção da Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes da ONU, em relatório sobre sua visita ao Brasil, revelou grande preocupação com os relatos recebidos de diversos detentos, que se queixaram de “abusos e maus-tratos envolvendo insultos, sanções arbitrárias e humilhação por parte dos guardas das prisões” e narraram casos de espancamentos e da prática de métodos como “trancar um grande número de detentos em posições desconfortáveis, algemados e sem ventilação, abrir as portas para espirrar spray de pimenta nos detentos e depois fechar o veículo”. (ONU, 2012, p. 23-24)

Infelizmente, para ilustrar essa triste realidade, não faltam exemplos – seria até inadequado citar todos os casos constatados e reconhecidos pelos órgãos oficiais do Estado, dada a síntese de artigo. No entanto, caso emblemático foi o ocorrido no Presídio Urso Branco, em Rondônia. Em retaliação a uma rebelião ocorrida na

unidade, consta que agentes penitenciários teriam conduzido todos os internos à quadra de futebol da unidade, trajando apenas roupas íntimas, e os feito passar seis dias dormindo ao relento, obrigados a fazer as suas necessidades fisiológicas no local. Diversos presos teriam sofrido queimaduras de segundo e terceiro grau devido à exposição ao sol escaldante, com termômetros marcando 40 °C. (OBSERVATÓRIO DE SEGURANÇA, 2007)

Por fim, em situação de vulnerabilidade ainda maior, com flagrante agravamento de violações a direitos fundamentais, é a situação das mulheres e da população LGBT encarceradas no sistema prisional.

O Grupo de Trabalho Interministerial de Reorganização e Reformulação do Sistema Prisional Feminino (BRASIL, 2007) apresentou propostas urgentes a serem observadas na matéria, que incluem, dentre outras medidas, a construção de berçários e creches, para assegurar o convívio de mães e filhos, melhorias no tratamento de saúde, inclusive pré-natal, e fornecimento de material de higiene, sobretudo absorventes íntimos. Em que pese representar aproximadamente 6,4% da população carcerária brasileira total, as mulheres são um dos grupos que mais padece em função do tratamento prisional inadequado e vem tendo um crescimento proporcionalmente muito maior do que a masculina nos últimos anos.

Segundo os dados apresentados na ADPF nº 347, os números evidenciam verdadeiro descaso com a saúde das mulheres presas: em dezembro de 2007, para as 40 penitenciárias femininas existentes no Brasil, havia apenas 36 módulos de saúde para gestantes e parturientes. Até 2012, foram construídos apenas mais três desses módulos no país inteiro, apesar do crescimento de quase 36% da população carcerária feminina no período e apesar do aumento do número de penitenciárias femininas de 40 para 53.

A inaptidão do sistema prisional para ao atendimento a mulher impõe uma triste realidade às gestantes presas, que passam toda a gravidez sem realizar um único exame laboratorial ou de imagem, impossibilitando o conhecimento de doenças, as quais muitas vezes só são descobertas apenas na hora do parto, que às vezes ocorrem nas celas ou nos pátios das penitenciárias. Existem casos aberrantes sobre as situações em que mulheres presas, ao conseguirem chegar ao hospital para dar à luz, o faziam quase sempre em viaturas policiais ao invés de ambulâncias, muitas das vezes eram obrigadas a parir algemadas, a exemplo do que ocorreu no estado de São Paulo, posteriormente condenado judicialmente a pagar uma indenização

por danos morais. (CENTRO PELA JUSTIÇA E PELO DIREITO INTERNACIONAL, 2007)

A população carcerária LGBT, estigmatizada, também sofre profunda violação a direito humanos no sistema penitenciário. O Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCCP) e o Conselho Nacional de Combate à Discriminação (CNCD), conjuntamente editaram a Resolução Conjunta nº 1, em 15 de abril de 2014, disciplinando medidas importantes, criando alas especiais para os presos LGBT, de adesão voluntária (artigo 1º); a permissão do uso de roupas adequadas à identidade de gênero e de manutenção de cabelos compridos para travestis ou transexuais em privação de liberdade (artigo 5º); o direito à visita íntima para a população LGBT (artigo 6º); e o acesso a tratamento hormonal, no âmbito da assistência à saúde do preso (artigo 7º).

No entanto, tais regras são solenemente violadas, permitindo que, no sistema prisional, as minorias sexuais sofram sistematicamente abusos sexuais que vão de simples relacionamentos habituais a estupros, a exemplo de uma travesti violentada por 20 homens em uma só noite, caso revelado pelo secretário para Assuntos Penitenciários da Paraíba em entrevista, e o caso de travestis leiloadas para servirem de escravas sexuais, além de violência física.

Ademais, o próprio Estado promove violência: de início, já impõe a proibição de utilização do nome social nos registros e prontuários, bem como há dificuldade no recebimento de visita íntima, a imposição do uso de roupas inadequadas e do corte de cabelo, a inadequada assistência material e especialmente a assistência à saúde, pela falta do fornecimento de tratamento hormonal para travestis e transexuais.

Por outro lado, é necessário pontuar que o sistema de justiça criminal possui uma função evidente na implementação de uma política excludente. O sistema punitivista característico do direito penal traz em sua gênese o controle social através do encarceramento, contendo aqueles não “adequados” às exigências do modelo econômico neoliberal excludente, sendo evidente a percepção de que, embora pregue o tratamento igualitário para todos, independentemente de suas condutas, na prática, os instrumentos de garantia aos direitos humanos ficam esquecidos.

Nesse aspecto, mesmo se tendo clareza da impossibilidade de alcançar a reintegração social do sentenciado através do cárcere, intenta-se buscá-la, apesar dele, conforme Baratta ([20-], p. 2) expõe:

Não se pode conseguir a reintegração social do sentenciado através do cumprimento da pena, entretanto se deve buscá-la apesar dela; ou seja, tornando menos precárias as condições de vida no cárcere, condições essas que dificultam o alcance dessa reintegração. Sob o prisma da integração social e ponto de vista do criminoso, a melhor prisão é, sem dúvida, a que não existe.

O sistema jurídico penal, ao longo de sua história, tem se mostrado verdadeiro meio de controle social, como condição básica de sobrevivência do próprio sistema social, constituído sob o mecanismo de limitação das liberdades, no disciplinamento da conduta humana e a imposição de sanção, em caso de eventual frustração das expectativas via estabilização contrafactual *a posteriori*. (MUÑOZ CONDE, 1985) No entanto, a intervenção penal através da aplicação da pena como forma de solução de conflitos sociais, ao longo da história, tem deixado um rastro vil de violência estatal, uma vez que as penas (violência pública) constituem o capítulo da história que produziu maiores danos do que a própria história dos delitos (violência privada), porque são mais cruéis e mais numerosas e, ao contrário dos delitos, as penas seriam programadas, conscientes e organizadas pelas agências de punitividade, denunciadas por Ferrajoli (2010, p. 355), afirmando “que o conjunto das penas cominadas na história tem produzido ao gênero humano um custo de sangue, de vidas e de padecimentos incomparavelmente superior ao produzido pela soma de todos os delitos”.

Nesse contexto, as funções não declaradas da pena, reveladas na contenção dos marginalizados, diferentemente do discurso oficial, demonstram que “o controle social possui uma dimensão *real* pela qual cumprem a função de reproduzir a realidade, e uma dimensão *ilusória* pela qual ocultam ou encobrem a natureza da realidade reproduzida”. (SANTOS, 2006, p. 88) No entanto, assevera Carvalho (2013, p. 41), que “os discursos de justificação (teorias da pena), invariavelmente, naturalizam as consequências perversas e negativas da pena como realidade concreta”.

A pena como instrumento de contenção e solução dos conflitos penais, ao longo de sua história, se mostrou fracassada, não conseguindo efetivamente cumprir seu propósito, ao menos, os do discurso de legitimação oficial. O sistema de justiça criminal, ao longo do tempo, foi se perdendo e aprofundando a crise na solução do conflito entre vítima e autor do fato delituoso, não satisfazendo nenhum dos interesses – muito pelo contrário, apenas infligindo dor e aprofundando o processo de marginalização do apenado.

O discurso crítico em face da teoria da pena, sistematizado por Raúl Zaffaroni e Nilo Batista, denominado de “teoria agnóstica da pena”, fundado na dicotomia estado de direito/estado de polícia, demonstra a necessidade de reformulação do sistema de justiça criminal, com elaboração de alternativa de sanção penal. Portanto, a teoria agnóstica ou negativa da pena é, acima de tudo, a negação das funções declaradas da pena criminal – retribuição e a prevenção geral e especial –, por reconhecer suas falibilidades, pois “adotando-se uma teoria negativa, é possível delimitar o horizonte do direito penal sem que seu recorte provoque a legitimação dos elementos do estado de polícia próprios do poder punitivo”. (ZAFFARONI; BATISTA; ALAGIA; SLOKAR, 2011, p. 98-94)

Direitos humanos e os desafios para sua efetivação

O arcabouço normativo do Estado brasileiro, conforme devidamente delineado, reconhece claramente os direitos humanos e fundamentais como um dos objetivos da nação, prevendo, inclusive, instrumentos legais de concretização e de proteção dos direitos. No entanto, a realidade brasileira escancara o grande abismo entre o reconhecimento e a concretização do respeito pelo Estado dos direitos fundamentais, lançando séria discussão em face do que seria necessário para a efetivação dos direitos reconhecidos.

O moderno direito brasileiro, que possui como marco teórico a Constituição Federal de 1988, conhecida como Constituição Cidadã, valoriza os princípios democráticos e de cidadania. Complementando essa ideia, temos a definição clara de Brega Filho (2002, p. 39): “a Constituição de 1988, novamente inspirada por ventos democráticos, ampliou os direitos fundamentais, e seguindo a tendência mundial, além dos direitos individuais e sociais, reconheceu os direitos de solidariedade (direitos fundamentais de terceira geração)”.

No entanto, no Brasil, a chegada da modernidade representou uma grande decepção no tocante às transformações sociais esperadas, especialmente quando temos em foco um país com o quadro social do Brasil, demonstrando, na verdade, que “no Brasil, a modernidade é tardia e arcaica. O que houve (há) é um simulacro de modernidade”. (STRECK, 2000, p. 26) Acontece que as grandes promessas pregadas, quais sejam, o Estado social democrático capitalista e o direito de base

comunitária e garantista, fracassaram; “as promessas da modernidade, por não terem sido cumpridas, transformaram-se em problemas para os quais parece não haver solução”. (SANTOS, 2000, p. 29)

Nesse sentido, o fracasso na efetivação do princípio da dignidade humana é evidente, e a Constituição Federal não tem se mostrado eficaz, o que revela, na verdade, que “as constituições escritas não têm valor nem são duráveis a não ser que expressem fielmente os fatores do poder que imperam na realidade social: eis aí os critérios fundamentais que devemos sempre”. (LASSALE, 2001, p. 40) Nesse caso, a identificação das relações de poder que estão presentes na sociedade atual – o que evidencia ainda mais as funções não declaradas do direito penal: o controle social e a neutralização dos indesejáveis – permite que o sistema prisional funcione como máquina de massacre, sendo efetivo no papel de marginalizar e estigmatizar determinados grupos historicamente indesejados, fazendo da Constituição mero papel escrito.

A ideologia punitivista, através do discurso, permite dissimular a realidade de um país sem políticas públicas efetivas, e o que é pior: utiliza-se o discurso para que não seja, na verdade, necessária a implementação das políticas públicas de garantia aos direitos fundamentais, fazendo com que o reconhecimento dos direitos humanos sirva apenas como um placebo, existindo somente no âmbito jurídico formal. Nesse sentido, a discussão sobre a construção e desconstrução de linguagens é ponto-chave para a modificação da linguagem da punição, uma vez que sua sedução faz buscar dentro do sistema penal proteção, e como isso não é possível, logo, continua nessa aposta esquizofrênica por mais repressão, conforme exemplifica Zaffaroni (1991, p. 34): “jamais compraríamos um apartamento de uma imobiliária insolvente, não é mesmo? E o que nos faz continuar comprando um sistema penal insolvente?” – na verdade, o desejo de neutralização.

Hulsman e Bernat (1993, p. 53) entendiam bem dessa complexidade quando escreveram:

É preciso desafiar as ideias preconcebidas, repetidas abstratamente, sem qualquer reflexão pessoal e que mantêm de pé os sistemas opressivos. Quando se veicula a imagem de um comportamento criminoso de natureza excepcional, muitas pessoas, no geral inteligentes e benevolentes, passam a acreditar que se justifica a adoção de medidas excepcionais contra as pessoas apanhadas pelo sistema penal. E, quando se imagina que se trata de colocar tais pessoas separadas das outras, para que fiquem impedidas de causar mal, passa-se a acei-

tar facilmente o próprio princípio do encarceramento, que as isola. Para encarar os verdadeiros problemas que, de fato, existem, urge desmistificar tais imagens.

A política de controle social e de segregação dos indesejáveis, compreendida no sistema ideológico punitivista, promove profundas barreiras na concretização dos direitos humanos no sistema carcerário. Uma sociedade de cultura punitivista, adestrada para pensar na lógica da punição, gera pequenos carrascos no fundo de cada uma de suas almas, permitindo a demonização dos direitos humanos para o outro – e como os destinatários do sistema penal sempre serão os outros, a efetividade de direitos fica comprometida.

A construção de novas linguagens pode representar a quebra da ideologia punitiva e oferecer outras perspectivas de mundo, abrindo caminho para construção de novas respostas, quebrando essa cruel e mentirosa visão de mundo de que temos apenas uma resposta da punição e que ela resolve. A linguagem não é inocente, com bem destaca Warat (2000, p. 23):

não existem palavras inocentes. O espaço social onde elas são produzidas é condição da instauração das relações simbólicas de poder. A dimensão política da sociedade é também um jogo de significações. Isso supõe que a linguagem seja simultaneamente um suporte e um instrumento de relações moleculares de poder. Mas também um espaço nela mesma. A sociedade como realidade simbólica é indivisível das funções políticas e dos efeitos de poder das significações.

O sistema penitenciário brasileiro reflete perfeitamente a relação de poder que rege todo sistema de justiça criminal: a população carcerária é formada em sua quase maioria pelos menos favorecidos, marginalizados, os verdadeiros indesejáveis da sociedade.

Nesse diapasão, existe uma relação intrínseca entre, em direto penal, desigualdade social e a ineficácia dos direitos humanos no sistema penitenciário. O controle social exercido pelo sistema de justiça criminal tem seu significado político escancarado pelas funções reais desse setor, protegendo interesses das classes hegemônicas detentoras de poder e formação social, com forte incriminação de condutas lesivas às relações de produção e de circulação de riqueza. (SANTOS, 2017) Por consequência, as relações de poder exercidas através do controle social desempenhado pelo sistema de justiça criminal, predominantemente punitivista, criam uma bar-

reira na implementação dos direitos humanos no exército da atividade do Estado dentro do sistema carcerário, que se transforma programadamente em um fator criminógeno.

Assim, a sistemática violação de direitos básicos de quem cumpre pena no sistema carcerário brasileiro, violação a direitos humanos de primeira geração, revela a indiferença para com o outro, fruto da ideologia punitivista, geradora de uma cultura de ódio, legitimando, por sua vez, a concepção do não cidadão, pessoas destituídas de que qualquer direito ou garantia.

Por outro lado, para além da cultura punitivista, existe ainda a necessidade de uma mobilização popular, atuação de uma democracia participativa que compreenda a necessidade de efetivação de políticas públicas para a garantia dos direitos fundamentais, impulsionando uma mudança de comportamento do Estado brasileiro. O papel fiscalizador dos cidadãos e das Organizações Não Governamentais (ONG) é fundamental para a concretização dos direitos humanos. A sociedade civil organizada tem o dever de protagonizar movimentos em defesa de que a Constituição seja efetivada em face de direitos comezinhos no tratamento de pessoas sobre a custódia do Estado, além de pleitear pelas liberdades públicas, dos direitos sociais, culturais e econômicos.

Nesse sentido, fica evidenciada, ainda, a existência de um feixe de complexidades para dar eficácias às regras constitucionais de direitos humanos. A partir da análise de todo sistema jurídico formal, fica claro o descompasso entre a formação da consciência da sociedade brasileira sobre direitos fundamentais básicos e todo corpo normativo nacional. Assim, desvenda os reflexos da formação do próprio Estado brasileiro, que não se constitui a partir de uma formação da sociedade consciente da necessidade da construção de um Estado, mas sim da união de forças oligárquicas hegemônicas, que constitui um Estado elitista, marcando a história brasileira pelo domínio das elites, o controle dos subalternos e a neutralização dos indesejáveis.

Finalmente, a efetividade dos direitos humanos não é um problema essencialmente jurídico. É claro que sua positivação em tratados internacionais, na Constituição e na legislação infraconstitucional foi um grande passo para a universalização de princípios e compromissos de fortalecimento da dignidade humana no mundo, especialmente no Brasil. No entanto, o principal desafio ainda é o de concretizá-los na realidade social brasileira, sobretudo com o fortalecimento da igualdade de

oportunidades e a distribuição equitativa das prestações civilizatórias. Para tanto, é preciso a conjunção de esforços das instituições democráticas e da sociedade civil no sentido exigi-los e incorporá-los em sua atuação cotidiana, transformando-se em exercício da cidadania e da democracia participativa.

Considerações finais

Antes de tecer algumas considerações, é importante destacar que o presente trabalho buscou fazer uma análise sintética da complexidade que envolve o sistema carcerário brasileiro, tendo em vista que direitos comezinhos de garantia à vida, liberdade, integridade física e psicológica, todos integrantes de direitos fundamentais de primeira geração, em pleno século XXI, são solenemente violados pelo estado brasileiros, que é regido pela festejada Constituição Cidadã, que tem por finalidade a proteção da dignidade humana. Este artigo trata-se muito mais de um convite à reflexão e ao debate para a eficácia de direitos do que a fixação de conclusões absolutas.

O estado de coisas inconstitucional decorre da existência de uma sistemática e geral violação a direitos humanos decorrente de ações e omissões de um número generalizado de agentes público, ligados diretamente aos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, fato que se enquadra perfeitamente na realidade penitenciária brasileira. Nesse sentido, em face das violações constitucionais de normas instituidoras e garantidoras de direitos humanos e fundamentais, a atividade do STF é legítima e necessária na imposição aos demais poderes do Estado de medidas a serem observadas para o reestabelecimento da ordem constitucional do sistema penitenciário.

A evidente violação dos direitos humanos no cárcere brasileiro é fruto de uma ineficiência estatal na implementação de políticas públicas necessárias para dar efetividade aos mandados normativos de garantia ao princípio da dignidade da pessoa humana e do descompromisso do Estado com a formação de uma sociedade livre e harmônica.

As graves violações à vida, integridade física e psicologia das pessoas submetidas ao cárcere, para além de uma ineficiência da prestação de serviços públicos, representa seriamente uma política ideológica punitivista, que estimula o ódio

e a neutralização de determinados grupos, os indesejáveis, para assegurar a livre produção e circulação de riqueza das classes dominantes. Revela-se, assim, o seu perfeito funcionamento, tendo em vista que a verdadeira função do sistema de justiça criminal – o controle social dos subalternos e a política de neutralização do marginalizado – opera com efetividade em detrimento das funções declaradas de proteção do homem.

A eficácia das normas que reconhecem os direitos humanos como expressão do princípio da dignidade da pessoa humana somente ocorrerá no momento em que houver um esforço conjunto do Estado brasileiro e da sociedade civil organizada, superando primeiramente a ideia de neutralização e punição na implementação de políticas públicas efetivas. É necessária e urgente uma política educacional que possa atingir toda a população brasileira, a fim de esclarecer o que são os direitos humanos e qual a sua importância na construção de um país democrático, livre e desenvolvido socialmente.

Referências

ANISTIA INTERNACIONAL. *Defensores dos direitos humanos: protegendo os direitos humanos de todos*, 2016.

BARATTA, Alessandro. *Ressocialização ou controle social: uma abordagem crítica de “reintegração social” do sentenciado*. Universidade de Saarland, Alemanha, [20-]. Disponível em: http://www.juareztavares.com/textos/baratta_ressocializacao.pdf. Acesso em: 24 mar. 2017.

BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito. (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)*, Salvador, n. 9, mar./abr./maio 2007.

BRASIL. Ministério da Justiça. Grupo de Trabalho Interministerial. Reorganização e Reformulação Do Sistema Prisional Feminino. *Relatório Final*, Brasília, DF, 2007. Disponível em: http://carceraria.org.br/wp-content/uploads/2012/09/RELATORIO_FINAL_-_vers%C3%A3o_97-20031.pdf. Acesso em: 26 mar. 2017.

BREGA FILHO, Vladimir. *Direitos fundamentais na Constituição de 1988: conteúdo jurídico das expressões*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Relatório da CPI do sistema carcerário*, 2009. Câmara dos Deputados. (doc. 6). Disponível em: <http://bd.camara.gov.br/bd/handle/bdcamara/2701>. Acesso em: 25 mar. 2017.

CARVALHO, Salo de. *Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro* (Fundamentos e aplicação judicial). São Paulo: Saraiva, 2013.

CENTRO PELA JUSTIÇA E PELO DIREITO INTERNACIONAL *et al.* *Relatório sobre mulheres encarceradas no Brasil*. 2007. (doc. 17) Disponível em: <http://carceraria.org.br/wp-content/uploads/2013/02/Relato%CC%81rio-para-OEA-sobre-Mulheres-Encarceradas-no-Brasil-2007.pdf>. Acesso em: 26 mar. 2017.

CNJ. *Mutirão carcerário Pernambuco*. 2014. (doc. 9). Disponível em: http://www.cnj.jus.br/images/programas/mutiraocarcerario/relatorios/Relatorio_Mutirao_Curado_PE_2014_alterado.pdf. Acesso em: 23 mar. 2017.

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Informe sobre los derechos humanos de las personas privadas de libertad en las Américas*, 2011, p. 4-5. (doc. 7) Disponível em: <http://www.oas.org/es/cidh/ppl/docs/pdf/ppl2011esp.pdf>. Acesso em: 24 mar. 2017.

COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, DF, ano 35, n. 138, abr./jun. 1998.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Da inconstitucionalidade por omissão ao “Estado de Coisas Inconstitucional”*. 2015. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2015.

CONDÉ, Eduardo Salomão. Diversidade em processo: as políticas públicas em perspectiva. *Teoria e Cultura*, Juiz de Fora, v. 1, n. 1, 2006.

CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. *A visão do Ministério Público sobre o sistema prisional brasileiro*. Brasília, DF, 2016. Disponível em: http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Publicacoes/documentos/2016/Livro_sistema_prisional_web_7_12_2016.pdf. Acesso em: 26 mar. 2017.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

ESPÍRITO Santo deve responder por abusos cometidos em celas-contêineres, diz ONG. UOL Notícias. Cotidiano set. 2010. Disponível em: <https://noticias.uol.com>.

br/cotidiano/ultimas-noticias/2010/09/06/apos-desativar-celas-containers-espirito-santo-deve-responder-por-abusos-cometidos-diz-ong.htm. Acesso em: 24 mar. 2017.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 3. ed. Trad. Ana Paula Zomer Sica et al. São Paulo: Saraiva, 2010.

FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. *O controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

GRINOVER, Ada Pellegrini; LUCON, Paulo Henrique dos Santos; WATANABE, Kazuo. *PL sobre controle jurisdicional de políticas públicas é constitucional*. 2015. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-fev-23/pl-control-jurisdicional-politica-publica-constitucional>. Acesso em: 24 mar. 2017.

HERNÁNDEZ, Clara Inés Vargas. La Garantía de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales y labor del juez constitucional colombiano em sede de acción de tutela: el llamado “estado de cosas inconstitucional”. *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, Talca, ano 1, n. 1, 2003.

HULSMAN, Louk; CELIS, Jacqueline Bernat de. *Penas perdidas. O sistema penal em questão*. Tradução Maria Lúcia Karam. Niterói: Luam, 1993.

MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho Penal y control social*. Jerez: Fundación Universitaria, 1985.

LASSALE, Ferdinand. *A essência da Constituição*. 6. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2001. (Coleção Clássicos do Direito).

OBSERVATÓRIO DE SEGURANÇA. Relatório “Presídio Urso Branco: a institucionalização da barbárie”. Out. 2007. Disponível em: http://www.observatoriodeseguranca.org/files/Relatorio_Presidio_Urso_Branco_institucionalizacao_da_barbarie_2007.pdf. Acesso em: 24 mar. 2017.

ONU. Subcomitê de Prevenção da Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos Ou Degradantes. *Relatório sobre a visita ao Brasil do Subcomitê de Prevenção da Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes*. Fevereiro, 2012. Disponível em: http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/publicacoes/tortura/relatorio_visita_ao_Brasil_subcomite_prevencao_tortura_jun2012. Acesso em: 14 jun. 2019.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para um novo senso comum: a ciência, o direito e a política na transição paradigmática*. São Paulo: Cortez, 2000.

- SANTOS, Juarez Cirino. *Direito penal*. Curitiba: Lumen Juris, 2006.
- SANTOS, Juarez Cirino. *Direito penal*. Curitiba: Emporio do Direito, 2017.
- SECRETÁRIO pede sindicância sobre presos algemados na rua em Canoas. *G1 Globo*. 2 fev. 2017. Disponível em: <http://g1.globo.com/rs/rio-grande-do-sul/noticia/2017/02/secretario-pede-sindicancia-sobre-presos-almemados-na-rua-em-canoas.html>. Acesso em: 26 mar. 2017.
- STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 2. ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.
- ZAFFARONI, Eugênio Raúl. *Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal*. Rio de Janeiro: Revan, 1991.
- ZAFFARONI, Eugenio; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito penal brasileiro – I: teoria geral do direito penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.
- WARAT, Luís Alberto. *A Ciência Jurídica e seus dois maridos*. 2. ed. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2000.

PARTE IV
VIOLAÇÕES A DIREITOS HUMANOS

A ENCRUZILHADA SEM EXU ENTRE O DIREITO DO TRABALHO E AS RELAÇÕES RACIAIS NO BRASIL o trabalho doméstico e o pós-escravismo

Gabriela Batista Pires Ramos

Introdução

Exu é uma divindade da tradição yorubá que lida com diversos elementos, mas tem no cruzamento de passagens seu hábitat litúrgico. Por fazer ligações entre duas dimensões/caminhos/retas, atua também no domínio da comunicação entre os planos universais, entre as demais divindades e os mortais, no início, meio e na continuidade. Evocamos a encruzilhada enquanto referência de contextos históricos, fatos sociais e possibilidades teóricas que deviam ter se encontrado, mas parecem ter tomado caminhos paralelos por uma escolha de quem produziu as narrativas e os conhecimentos hegemônicos. Nesse sentido é que a encruzilhada estava sem Exu, estavam sem comunicação, sem possibilidades, fechado, ensimesmado.

Considerando o quanto expresso por Ana Luiza Flauzina sobre o sistema penal ser a face mais vulnerável do genocídio, nos arriscamos a percorrer uma outra face desse genocídio: as relações de trabalho. O trabalho no Brasil tem um histórico que guarda inescusável relação com a escravidão e o colonialismo. Por mais piegas que essa afirmação soe e por mais que canse a alguns ouvidos e olhos, sobretudo

dos acadêmicos e intelectuais de carteirinha, esse é um dado que sempre parece camuflado em outras dimensões das desigualdades sociais no país, frequentemente invisibilizando a racialização que atravessa as relações de trabalho. O direito do trabalho que resguarda dimensões sociais caras a qualquer país cujo Estado se pretenda de bem-estar social, mesmo com todos os seus contornos humanistas e a proteção que seus princípios esposa sobre os trabalhadores, não parece ter conseguido dar conta desse aspecto crucial da sociedade brasileira que é a sua racialização.

Este trabalho está dividido em três grandes tópicos. No primeiro, fazemos ponderações sobre a história do direito do trabalho e como ele se distancia das relações raciais que foram estruturadas no Brasil. No segundo tópico, vamos tratar das implicações desse distanciamento, consignando as concepções de pós-escravismo e colonialidade às relações de trabalho. No terceiro tópico, trataremos mais especificamente dos atravessamentos das questões apresentadas nos outros dois tópicos no trabalho doméstico, sobretudo no que tange à sua invisibilidade jurídica, na desigualdade perante a lei diante dos marcos legais atualmente em vigor e em como, ao revés desse cenário, as trabalhadoras domésticas tiveram uma postura decolonial que pode ser importante para toda a reestruturação do direito do trabalho.

Direito do trabalho e relações raciais

Embora com esparsa observação sobre a existência de outros marcos históricos para definir a origem do direito do trabalho,¹ em alguma medida, foi pacificada na doutrina trabalhista a relação direta com a primeira Revolução Industrial à medida que acirrou a questão social; mudou o enfoque e forma de acumulação de capital; e concentrou os trabalhadores em grandes centros urbanos.

A Revolução Industrial levou novos elementos para o trabalho nas sociedades, criando outra dinâmica da relação entre produção e renda, saindo da manufatura artesanal, se deslocando para relação agora com outra figura na centralidade: o empregador. “A manufatura é, sem dúvida, a precursora da grande indústria e

1 Nesse sentido, as ponderações de Gerson Lacerda Pistori apontam como mal traçada a linha que define o marco inicial do esboço de um direito do trabalho, tendo em vista que, precedendo a Revolução Industrial, havia outros meios de produção e, conseqüentemente, outra dinâmica de relações de trabalho e também outras formas de regulá-los. Ver mais na obra *História do direito do trabalho: um breve olhar sobre a Idade Média*. (PISTORI, 2007)

data dos séculos XVI e XVII, só se transformando na Revolução Industrial, do século XVIII, porque foi esta que modificou radicalmente a técnica de produção”. (FERRARI; NASCIMENTO; MARTINS FILHO, 2011, p. 40)

A industrialização e a Revolução Industrial vieram circundadas também pela emergência de um novo sistema econômico nessas sociedades em transformação. O liberalismo econômico implicou a persecução do acúmulo de capital passando ao largo de redimensionar as relações sociais para acompanhar esse novo momento, que acabou se tornando fenômeno mundial.² Foi decisivo, dentre outros fatores, o que historiadores chamaram de “maquinismo”, processo de aprimoramento de artificios mecânicos de produção, que foi se difundindo de forma generalizada. Essa expansão do uso de máquinas se, de um lado, atendeu a algumas pretensões dos donos dos meios de produção, por outro, instaurou uma sistemática precarização das condições de trabalho e alto nível de exposição a doenças e acidentes. Conforme preleciona Amauri Mascaro Nascimento (2011), foram essas as circunstâncias que criaram o que foi mais tarde intitulada de “classe proletariada”, conforme aponta a seguir:

Proletário é um trabalhador que presta serviços em jornadas que variam de 14 a 16 horas, não tem oportunidades de desenvolvimento intelectual, habita em condições subumanas, em geral nas adjacências do próprio local da atividade, tem prole numerosa e ganha salário em troca disso tudo. (NASCIMENTO, 2011, p. 36)

A falta de mecanismos mais firmes na estabilização de tantas relações criou diversas distorções e iniquidades sociais. A classe trabalhadora foi sobremaneira vulnerabilizada, submetida a um empobrecimento massificado que alcançou um estado de pauperização, instalando, dessa forma, o que foi denominado pela sociologia de “questão social”.

O trabalho se tornou o espaço social cujas regras eram ditadas por quem detinha o poder, já que uma massa de pessoas com necessidades extremas não tinha condições nem poder de negociação. Estava posta a questão social, não só pelo extremo desequilíbrio dessa relação, mas sobretudo pelas consequências avassaladoras para as relações sociais que foram gestadas nessas circunstâncias, a saber: uma

2 Porque, mesmo nos países não europeus, com as colonizações, o mundo inteiro acabou entrando nessa nova ordem mundial, uns explorando, outros sendo explorados, mas todos com o paradigma moderno liberal orientando a instauração de novas dinâmicas sociais.

gama imensa de pessoas vivendo em situação de vulnerabilidade social e ausência de políticas públicas que dessem aporte à segurança e à saúde na execução do trabalho. A liberdade, em verdade, era o sustentáculo da exploração e, em algum momento, aquela gama de explorados, a essa altura já se entendendo como classe proletariada, resolveu contestar àquela ordem. Nesse diapasão é que muitas construções teóricas acerca das relações de trabalho começaram a surgir.

A ação direta do proletariado no quadro das condições adversas que lhe criou a primeira Revolução Industrial foi, pois, o fator principal para a formação histórica do Direito do Trabalho. Sob este aspecto pode afirmar-se que surgiu, primeiro, um Direito Coletivo impulsionado pela consciência de classe e, em seguida, um Direito Individual do Trabalho. (GOMES; GOSTTSCHALK, 2005, p. 3)

Todas essas movimentações sociais e econômicas aconteciam nos países da Europa Ocidental, ao passo que nas Américas, com destaque para o Brasil, persistiam a colonização e a escravidão, ainda que ambas já submetidas a grandes fragilidades. A discussão acerca dos direitos sociais chegou tardiamente nas Américas, sobretudo no Brasil, tendo em vista a sua condição de colônia. Enquanto, na Europa Ocidental, o processo social e político se desencadeava conforme relatado em linhas anteriores, aqui, as relações de trabalho ainda se desdobravam basicamente na escravidão negro-africana, criada e fomentada pela colonização. Desse modo, uma transição para a industrialização ocorreu *pari passu* com a transição do trabalho escravo para o trabalho supostamente livre, com o deslocamento das monoculturas das lavouras escravistas para a uma agricultura empresarial que “pavimentaria a transição para a industrialização”. (JACINTO, 2014, p. 22)

Por impulso do avanço do liberalismo no cenário internacional e as disputas que foram travadas entre as potências mundiais do século XIX, sobretudo entre Inglaterra, França e Espanha, os países da América portuguesa foram impelidos a abolir legalmente a escravidão. É importante destacar que a escravidão já se via desestabilizada pelas revoltas das escravizadas; no entanto, chamamos atenção para o contexto internacional e para o avanço do liberalismo, porque foi um motivo determinante para que a elite política da época decidisse pela abolição.

O trabalho escravo, núcleo do sistema produtivo do Brasil Colônia, vai sendo gradativamente substituído pelo trabalho livre no decorrer dos anos 1800. Essa substituição, no entanto, dá-se de uma forma par-

tualmente excludente. Mecanismos legais, como a Lei de Terras, de 1850, a Lei da Abolição, 1888, e mesmo o processo de estímulo à imigração, forjaram um cenário no qual a mão-de-obra negra passa a uma condição de força de trabalho excedente, sobrevivendo, em sua maioria, dos pequenos serviços ou da agricultura de subsistência. (THEODORO, 2008, p. 19)

É imperioso mencionar que o direito nacional começava a se desvencilhar oficialmente do Império Português no século XIX, mas continuava se valendo de seus aportes teóricos e epistemológicos, criando diversas distorções na sociedade pós-colonial que se desenhava. Aquele direito português fortemente influenciado pelo direito romano durou mais no Brasil que em Portugal. É interessante como a noção de colonialidade já aqui se desenhava fortemente, tendo em vista que, mesmo após Portugal promulgar sua primeira Constituição, revogando as Ordenações do Império, o Brasil permaneceu regulamentando suas relações por aqueles diplomas legais, conforme aponta Orlando Gomes (2006, p. 10):

O Brasil permaneceu fiel à tradição, enquanto Portugal se deixa influir pelas ideias francesas, a ponto de consagrar inovações chocantes no seu Código de 1867. É que a estrutura social do Brasil, nessa época, não comportava essa influência alienígena. Sobre o vasto império projetavam-se os tentáculos da sociedade colonial baseada no trabalho escravo [...].

A circunstância de não ter elaborado o Código Civil pátrio no século XIX deve ter concorrido para a preservação, em maior escala, da tradição lusitana.

Ao revés da legislação civil que tinha dificuldade em ser editada justamente porque encontrava embaraços na escravidão, normas penais não tiveram os mesmos percalços pra serem erigidas. A Constituição de 1824, por exemplo, não fez referência a nada que dissesse respeito às populações nativas, nem à população negra ainda oficialmente escravizada, quicá qualquer perspectiva de lhes tentar garantir cidadania. No entanto, o Código Criminal de 1830 traz uma abordagem intrigante:

Em relação aos escravos diz tão somente que as penas de trabalhos forçados em galés e as de morte serão substituídas pela de açoites, para que o seu dono não sofresse prejuízo, isto é, a direção da norma é a proteção da propriedade do senhor, não a pessoa do apenado. (WOLKMER, 2015, p. 100)

Confrontando a invisibilidade das normais civis e constitucionais com as abordagens criminais, podemos ao menos suscitar a questão da criação de um Estado policial para os grupos sociais marginalizados ao passo em que lhes negava uma cidadania. É, portanto, sintomático que a doutrina trabalhista e a cultura jurídica brasileira em geral tenham por consenso velado o obscurecimento de determinadas questões, como se não houvesse um trato sistemático das relações escravistas, como sustentáculo da história do trabalho no Brasil e, conseqüentemente, também na imprescindibilidade desse fato histórico para a estruturação do direito do trabalho pátrio.

No que tange à sistematização do direito do trabalho, é importante apontar, ainda que incipientemente, sua estreita relação com o constitucionalismo no Brasil, para além de evidenciar que ainda seus aspectos hegemônicos e invisibilizadores estavam em consonância com as ordens constitucionais que estiveram vigentes no país. A primeira Constituição brasileira foi outorgada ainda no Império, em 1824, influenciado pelo liberalismo clássico que trazia também valores individualistas à sociedade e um absentismo estatal, além de hipervalorização da propriedade privada. A que lhe sucedeu foi promulgada em 1891, com o Estado brasileiro já firmado enquanto República, mas é só na promulgada em 1934 que os direitos sociais começaram a ser delinear no constitucionalismo brasileiro sob a égide dos preceitos da Constituição do México de 1917 e de Weimar (Constituição alemã de 1919). Contando com as mencionadas e a atual, o Brasil teve oito constituições e só no período pós-abolição, final do século XIX e início do século XX, é que começou a se projetar no país um arcabouço legal de temáticas relacionadas às relações do trabalho.³ Nesse ínterim, só na Constituição de 1937 o direito do trabalho apareceu explícita e especificamente e, em 1939, foi criada a Justiça do Trabalho na estrutura do Poder Judiciário. Embora haja normas trabalhistas criadas antes dessa data, apenas em 1943 foi criado um instrumento normativo específico desse ramo e que tentou agregar, senão todas, a maioria das questões que diziam respeito à temática. A Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) foi promulgada na gestão do então presidente Getúlio Vargas e, justamente por não alcançar a totalidade dos aspectos e detalhes das relações laborais, já sofreu diversas alterações, além de

3 A exemplo da lei que proibia o trabalho de menores de 12 anos, normas previdenciárias de algumas categorias e o Código Civil de 1916 que tratava as relações de emprego como locação de serviços denunciando os sinais de preservação de uma visão conservadora, autocrática e “objetificadora” da figura do trabalhador/empregado.

ter como aliada a jurisprudência,⁴ que, nesse campo do direito, tem permitido um melhor acompanhamento da dinâmica social, política e processual desse ramo.

Diante da já explicitada contradição entre o contexto socioeconômico do Brasil e a importação dos aportes teóricos e epistemológicos dos países europeus ocidentais, temos dificuldade de vislumbrar a naturalidade da instalação de uma questão social brasileira, quando parecia que essa encruzilhada estava sem Exu, uma vez que um fator e outro não se comunicavam.

Trabalho, pós-escravismo e colonialidade

O Brasil passou por uma transição entre o trabalho escravo e o trabalho supostamente livre que não teve um marco estanque, mesmo considerando que alguns marcos legais denunciavam a transitoriedade do período histórico que vai das primeiras leis abolicionistas na primeira metade do século XIX até a abolição legal no final desse mesmo século. Essa transição, também permeada por diversos conflitos e disputas, dentre as quais estão as revoltas das escravizadas, gerou uma classe de trabalhadoras diversificada: escravizadas, livres, libertas e *colonas*.

É possível destacar 3 razões principais para as profundas mudanças econômicas, sociais e políticas que ocorreram ao longo do século XIX, em especial na sua segunda metade, que levaram ao fim do trabalho escravo: a lógica do capitalismo; a escassez de cativos e a luta dos trabalhadores escravizados por libertação. (JACINTO, 2014, p. 19)

Com a abolição legal da escravidão, não houve uma inclusão e absorção geral dessa massa de ex-escravizadas aos meios de produção que se inovavam, logo, bem como ao novo mercado de trabalho. Ao revés, o Estado brasileiro adotou a imigração de europeus como política pública para fins de formação da População Economicamente Ativa (PEA) do país: de um lado, porque a questão social tão acirrada nos países colonizadores precisava escoar essa mão de obra pauperizada e que se insurgia; do outro, havia um entendimento de que aquelas escravizadas não se adequariam à nova forma de produção e trabalho.

4 Termo jurídico que designa o conjunto das decisões tomadas pelos tribunais que consolidam o entendimento acerca de determinado assunto ou situação específica cujo tratamento legal foi insuficiente ou dúbio e exigiu um alinhamento na interpretação.

No Brasil, a abolição significará a exclusão dos ex-escravos das regiões e setores dinâmicos da economia. Em sua grande maioria, eles não serão ocupados em atividades assalariadas. Com a imigração massivas, os ex-escravos vão se juntar aos contingentes de trabalhadores nacionais livres que não têm oportunidades de trabalho senão nas regiões economicamente menos dinâmicas, na economia de subsistência das áreas rurais ou em atividades temporárias, fortuitas, nas cidades. (THEODORO, 2008, p. 31)

Ainda nesse sentido, havia uma compreensão de que a escravidão havia deixado aqueles homens e mulheres negras incólumes a qualquer hábito de consumo, imputando a elas a indiferença ou mesmo estranheza à acumulação de capital, além de uma limitação cognitiva que lhes impediria de se adaptar àquela nova forma de vida. Reitera essas ponderações o exposto a seguir:

[...] compreensão de que estrangeiros e progresso eram sinônimos e os trabalhadores nacionais, os negros em especial, eram incapazes de se adaptarem às novas formas de trabalho. Estes, por sua vez, foram estigmatizados, paulatinamente afastados do mercado de trabalho e relegados aos setores de menor importância econômica, com pior remuneração e menos valorizados socialmente. Expulsos dos espaços urbanos que ocupavam, tinham ainda de disputar o 'trabalho de negro' com brancos brasileiros empobrecidos, caboclos expulsos do campo para as cidades e estrangeiros que por alguma razão não foram absorvidos na indústria e nos serviços modernos. (JACINTO, 2008, p. 24-25)

A imigração para criação de mão de obra assalariada, por conseguinte, também tinha como propósito o branqueamento da população e do próprio trabalho, promovido enquanto política de Estado. O Decreto nº 528, de 20 de junho de 1890, evidencia isso quando autoriza e incentiva o livre acesso de imigrantes europeus ao país, mas embaraça explicitamente os indígenas da Ásia ou da África, dos quais era exigida autorização do Congresso Nacional. Nessa dimensão, as teorias, sobretudo da antropologia criminal, permeadas pelo racismo científico também foram decisivas para a naturalização de alguns lugares sociorraciais no Brasil. Exemplo disso foram as formulações de Cesare Lombroso, que atualmente recebem críticas ferrenhas, mas já gozaram de grande prestígio acadêmico, seja por parte daqueles ditos intelectuais conservadores, seja dos ditos progressistas.

Os antropólogos criminais lombrosianos não eram sádicos abjetos, profascistas, ou mesmo ideólogos políticos conservadores. Eram antes partidários de uma política liberal e até mesmo socialista, e consideravam-se pessoas modernas iluminadas pela ciência. Tinham a esperança de usar a ciência moderna para varrer da jurisprudência a antiquada bagagem filosófica do livre arbítrio e da responsabilidade moral ilimitada. Eles se autodenominavam a escola ‘positiva’ de criminologia, não porque estivessem muito seguros (embora, na verdade, o estivessem), mas como referência ao sentido filosófico do empírico e do objetivo em lugar do especulativo. (GOULD, 1999, p. 140)

As relações raciais no Brasil se consolidaram com a contribuição de diversos fatores, dentre os quais estão a política pública de branqueamento e o racismo científico. Não se esgotam aqui as dimensões e os vetores de operacionalização dessas relações raciais, mas indubitavelmente estes foram fundamentais para a transversalização do racismo nessa sociedade em todas as suas dimensões, inclusive nas relações do trabalho. Com isso, não temos pretensão de desconsiderar a persistente empreitada capitalista e a categorização de classes na forja de tantas desigualdades sociais no país. No entanto, propomos aqui uma reflexão sobre a possibilidade de inversão desses vetores na análise histórica e conjuntural, para fins de desmobilizar também as epistemologias que se impõem universais e neutras, mas não conseguiram responder a um pós-colonialismo e ao pós-escravismo (ANDRADE; FERNANDES; CARLI, 2015) aqui exposto.

Do paradigma dominante à colonialidade do poder-saber

Boaventura de Sousa Santos (2005) se remete às perguntas elementares de Rousseau para deslindar as questões que lhe causam desconforto no que tange ao discurso sobre as ciências. Parafraseando-o e buscando também propor uma reflexão acerca das contribuições que o paradigma dominante impôs às construções teórico-jurídicas brasileiras, trazemos à baila a seguinte pergunta: foi a questão social que criou uma classe de pobres majoritariamente negra no Brasil ou foi a questão racial que empobreceu a população negra no país? Esse pode ser o questionamento que aponta para uma “defesa de uma posição epistemológica anti-positivista” (SANTOS, 2005, p. 9) nas construções teóricas e políticas sobre as quais se debruçaram o direito do trabalho brasileiro. Mais do que isso, tal como

Boaventura (2005), acreditamos que “todo conhecimento científico é socialmente construído” (THEODORO, 2008, p. 9), ao mesmo passo que a reivindicação de neutralidade em qualquer construção teórica tem mais relação com um esforço intelectual de escamotear a imposição de um determinado posicionamento, que uma proposição de relação que dialogue com os interlocutores de forma isenta. Nesse sentido, não só pretendemos fazer a defesa de uma posição epistemológica antipositivista, mas também contra-hegemônica e decolonial, nas dimensões em que essa área do conhecimento se pretende progressista. É nessa perspectiva que não temos a pretensão de dar uma resposta hermética e exaustiva sobre o questionamento feito, apenas apontamos para um esboço histórico e conjuntural que não permite negar a existência de uma questão racial, ao passo em que ponderamos sobre a possibilidade da invenção⁵ da questão social brasileira.

Trazendo essa perspectiva para a temática do trabalho, poderemos vislumbrar como não só no Brasil, mas na América colonizada como um todo, houve uma divisão racial do trabalho, conforme apontam os estudos sobre colonialidade:

Assim, cada forma de controle do trabalho esteve articulada com uma raça particular. Conseqüentemente, o controle de uma forma específica de trabalho podia ser ao mesmo tempo um controle de um grupo específico de gente dominada. Uma nova tecnologia de dominação/exploração, neste caso raça/trabalho, articulou-se de maneira que aparecesse como naturalmente associada, o que, até o momento, tem sido excepcionalmente bem-sucedido. (QUIJANO, 2005, p. 118)

Diante do que já fora exposto até aqui, podemos analisar como a consolidação do direito do trabalho veio envolta na atenção às desigualdades de classe, frequentemente ignorando questões afetas à escravidão e aos povos não dominadores. O marxismo, portanto, foi o aporte teórico que engendrou toda uma história social no propósito de desmobilizar as desigualdades sociais e libertar a classe proletariada do jugo exploratório das classes dominantes e sua sanha capital-liberalista.

Na teoria geral de Marx e Engels, tal justificativa ‘científica’ para a agressão ocidental estava em perfeita harmonia com suas ideias so-

5 Aqui, consideramos o termo na sua acepção que diz respeito à exercício criativo, considerando que a política imigratória, por exemplo, trouxe uma população com a finalidade específica de criar a classe trabalhadora da industrialização que o país ensaiava e já trouxe esse grupo com as agruras da questão social que permeava a Europa Ocidental. Nesse sentido, não estamos negando existência de uma questão social brasileira, e sim apontando como ela foi fruto do exercício criativo do Estado, uma obra, uma invenção.

bre o desenvolvimento social. O raciocínio de ambos era simples: a carnificina e a pilhagem fora da Europa seriam a base para o desenvolvimento vertiginoso, no Ocidente, do Capitalismo industrial e da classe de trabalhadores assalariados. Por sua vez, isso levaria à revolução e, enfim, ao Socialismo. Eles poucos se importavam com as consequências do imperialismo ocidental para suas vítimas não ocidentais. Na verdade, estavam convencidos de que a dominação ocidental era o agente da ‘civilização’ e, assim, para o bem dos próprios povos colonizados [...]. O fundadores do Marxismo estavam condicionados a justificar qualquer forma que a expansão ocidental pudesse assumir, contanto que isso resultasse em benefícios econômicos ou políticos para o Ocidente. (MOORE, 2010, p. 79-80)

Por óbvio que as construções teóricas sobre as relações de classe hoje não estão mais exclusivamente fundadas nas propostas originais de Marx, havendo nítida permeabilidade para outras contribuições teóricas, no entanto, nenhuma delas deixando de se reportar aos brocardos mais ontológicos do marxismo. Mais grave que essa dificuldade de se dissociar dessas amarras é a visível dificuldade de conseguir elaborar pressupostos teóricos que desatem os nós da questão racial que empobreceu parcela significativa da população e criou uma classe proletariada eminentemente negra e uma classe dominante quase exclusivamente branca. O que nos impõe imensa preocupação não é exatamente o que as figuras de Marx e Engels pensavam sobre os negros e outros povos não brancos, e sim como seus postulados foram ganhando notoriedade em tom universal para responder a questões a que eles sequer se debruçaram, possivelmente não por simples falta de interesse, mas por deliberada opção política.

A despeito da nossa opção de não respondermos taxativamente à questão proposta no início deste tópico, não podemos nos furtar de registrar como as premissas do paradigma dominante também permearam o direito, fazendo com que o Estado moderno nada mais fosse que uma nova roupagem para valores e premissas culturais de um Estado ainda colonial e escravista. É nesse sentido que importa registrar a noção de pós-escravismo para deslindar como reflete no século XXI, postulados dos séculos XIX e XX.

A funcionalidade do termo pós-escravismo é a de problematizar o mito historiográfico da transição do trabalho escravo para o trabalho livre no Brasil. Esse mito foi construído epistemologicamente por vertentes do pensamento social brasileiro em torno de um modelo teórico de transi-

ção econômica, de uma economia colonial a uma economia capitalista. Nesta transição, no entanto, não houve diretamente uma relação de causa e consequência no que se refere à mão-de-obra. Isto porque, entre outros fatores, o trabalho assalariado, como definido por Marx, tipicamente capitalista, não foi exatamente o tipo de mão-de-obra que surgiu com a abolição da escravidão. (ANDRADE; FERNANDES; CARLI, 2015, p. 560)

A república brasileira emergia se pretendendo um Estado moderno, mas se modernizava à medida que jogava pra debaixo do tapete as sujeiras da escravidão e do colonialismo. A pós-modernidade e a crise do paradigma dominante de que trata Boaventura de Sousa Santos (2005) denunciam, dentre outras fissuras, esses desajustes que as ciências da modernidade não deram conta. O Estado não se modernizou para se livrar de tudo que havia de pérfido nele, mas sim para transmutá-lo. Nesse diapasão é que a emersão de um novo paradigma dominante talvez seja apenas mais uma fase dessa transmutação, não uma verdadeira e significativa virada dos estamentos, valores ou, muito menos, a abertura para a prevalência de bases epistemológicas das matrizes civilizatórias outras que não a atualmente hegemônica europeia.

Trabalho doméstico e a desigualdade perante a lei como violação aos direitos humanos

Ante o exposto quanto à formação da sociedade brasileira e às relações entre a questão social, as relações raciais e o direito do trabalho, passamos agora a analisar os fatores históricos que contribuíram para a formação da categoria de trabalhadoras domésticas e em que medida aspectos sociais, raciais e de gênero podem ter contribuído pra um trato institucional marginalizado e um retardo nas alterações legislativas que diminuiriam as desigualdades.

No final do século XIX, o movimento abolicionista perpetrado por homens e mulheres negras através de fugas, revoltas e aquilombamentos desde o século XVIII, na historiografia oficial, acabou tendo o protagonismo capitaneado por políticos e intelectuais que entendiam que a abolição urgia por questões outras que não a meramente humanista. Estes, motivados pela consolidação e expansão

do capitalismo, somado ao afã dos interesses econômicos internacionais, uniram esforços em extinguir a escravidão. O sistema econômico à época emergente “necessitaria de um contingente de força de trabalho adaptado a relações laborais mais modernas, sobretudo ao assalariamento”. (THEODORO, 2008, p. 35) Entendiam eles que as escravizadas, pela objetificação, absoluta subalternização e nenhuma autonomia, não se adaptariam a um modo de vida de consumo, tal como que a escravidão havia desaparelhado homens e mulheres negro-africanas para responder aos estímulos econômicos, uma vez que eles quase não tinham hábitos de vida familiar, tanto quanto não tinham nenhuma afinidade com a concepção de acumulação de riqueza. (FURTADO, 1970 apud THEODORO, 2008, p. 35)

A ausência de políticas de inclusão na sociedade pós-abolição oficial afetou as mulheres negras em todos os campos de suas vidas individuais e coletiva e, logicamente, também na integração e posicionamento no mercado de trabalho. Como agravante, o Estado brasileiro foi proativo na implementação de uma política imigratória, atraindo estrangeiros europeus para embranquecer e formar a sua população economicamente ativa. Esses fatos somados fizeram com que a mão de obra negra fosse colocada na informalidade e em atividades de absoluto desprestígio social. Muitas escravizadas já faziam atividades externas antes mesmo da abolição legal se perfazer; eram as denominadas “escravas de ganho”. Estas, após a abolição, em sua maioria, conseguiram empreender e sobreviver, mesmo que precariamente, de atividades outras que não fossem as do âmbito doméstico nas casas dos ex-senhores. Entretanto, boa parte das mulheres ex-escravizadas permaneceram executando o serviço doméstico nas casas em que já eram escravizadas ou o buscou em outras, sendo não só útil como também rentável que permanecessem nesses lugares, já que eram os que supostamente lhes restavam. Os preços praticados eram módicos e as condições de trabalho permaneciam as mesmas.

Embora a abolição legal tenha sido estabelecida pela Lei Áurea em 1888, a exploração de trabalho escravo ainda se alastrou clandestinamente até quase metade do século XX. Desse modo, é importante destacar que o histórico de escravidão do país é bastante recente, sendo então impossível tratar de toda e qualquer questão sem partir da perspectiva de que o Brasil não vive atualmente apenas resquícios de uma colonização e escravidão, e sim ainda é um Estado em que o racismo é estrutural e estruturante das suas hierarquias sociais e, mais que isso, base fundante de suas instituições.

É nesse aspecto que insistimos na acepção de pós-escravismo, se destacando por não ser sinônimo de pós-abolição justamente porque quer denotar, além do marco temporal, “a continuidade de um conjunto de ideologias, princípios, instituições, esquemas, atitudes, ações políticas, decisões que contribuíram para manter o modo de vida da população negra o mais próximo possível daquilo que era o escravismo”. (ANDRADE; FERNANDES; CARLI, 2015, p. 559)

Segundo conclusão da Organização Internacional do Trabalho (OIT), o trabalho doméstico é uma das ocupações mais antigas e importantes em vários países e que está vinculada à história mundial da escravidão, do colonialismo e outras formas de servidão. (ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, 2010) A América Latina é o continente recordista em número de trabalhadoras domésticas, não havendo na Europa a mesma proporção, sendo os países em via de desenvolvimento os que mais utilizam o trabalho doméstico. O Brasil foi o país para o qual mais se traficaram escravizados, além de ter sido o último a cessar com o tráfico e a abolir a escravidão legalmente. Tais fatos somados evidenciam como o trabalho doméstico se apresenta de forma diferente em outros lugares do mundo, tendo uma formatação peculiar na sociedade brasileira. Não por acaso, no Brasil, em 2009, tínhamos 7,2 milhões de pessoas ocupadas no serviço doméstico, das quais 93% eram mulheres e 61,1% delas eram negras.

Essa formatação peculiar na sociedade brasileira não quer dizer que em outros países não tenha também restado às mulheres negras o estigma de servidão, mesmo que no seio social destes não se tenha cultural e tradicionalmente se entranhado o uso do trabalho doméstico, a exemplo do que indica Bell Hooks (1995), ao afirmar que, na maioria dos lares norte-americanos, o trabalho doméstico não está sob a responsabilidade de mulheres negras e sim das latinas, mas que, ainda assim, há no pensamento cultural de que a mulher negra é naturalmente mais capaz de cuidar dos outros. Os números supramencionados também são importantes para não restar dúvidas sobre o sexismo que permeia o mercado de trabalho e remonta à divisão sexual do trabalho do século XIX:

[...] uma das consequências da revolução industrial é a participação da mulher no trabalho produtor: nesse momento as reivindicações feministas saem do terreno teórico, encontram fundamentos econômicos; seus adversários fazem-se mais agressivos. Embora os bens de raiz se achem em parte abalados, a burguesia apega-se à velha moral que vê, na solidez da família, a garantia da propriedade privada: exige a pre-

sença da mulher no lar tanto mais vigorosamente quanto sua emancipação torna-se uma verdadeira ameaça; mesmo dentro da classe operária os homens tentaram frear essa libertação, porque as mulheres são encaradas como perigosas concorrentes, habituadas que estavam a trabalhar por salários mais baixos. (BEAUVOIR, 1967, p. 17)

Essas aceções exclusivamente feministas sobre a divisão sexual do trabalho, embora importantes, não alcançaram a interseccionalidade das discriminações de raça e gênero⁶ que atingem as trabalhadoras domésticas no Brasil que são majoritariamente mulheres negras. É importante observar que a Revolução Industrial volta ao centro da discussão como fator que reorientou algumas ordens nas sociedades, aqui, agora, quanto ao acesso das mulheres ao mercado de trabalho e saída do âmbito domiciliar/privado. Mas de que mulheres Simone de Beauvoir estava tratando? Quem são essas mulheres que ainda estavam aquarteladas no âmbito privado de suas relações sociais e iniciaram uma empreitada de busca pelo acesso ao mercado de trabalho e à vida pública? Esses questionamentos são cruciais pra descortinarmos as imbricações sobre as quais as teorias feministas clássicas não se debruçaram e geraram uma disparidade também nas conquistas dos direitos das mulheres.

Como já apontamos, à época da Revolução Industrial na Europa Ocidental, o Brasil e outros países da América permaneciam colonizados e utilizando como lastro das relações de trabalho a escravidão, conforme já foi descrito no capítulo anterior. Nesse ínterim, a divisão do trabalho também tinham outros contornos ou, em verdade, era uma divisão mais racializada que sexual. A industrialização tardia, a política imigratória e o branqueamento do trabalho inventaram, no mesmo lastro da questão social, a divisão sexual do trabalho brasileira.

À época da escravidão, tanto homens quanto mulheres negras participavam dos cuidados da casa grande e da família dos seus senhores, além de também ser mista a participação nas outras atividades laborais-escravas. Nesse período, já se esboçava uma divisão sexual do trabalho, no entanto, com outra configuração. No pós-abo-

6 Optamos por tratar apenas dos aspectos de gênero e raça por entender que a questão de classe que se direciona às mulheres negras no Brasil é ocasionada pelas opressões do racismo, machismo e sexismo, que, juntos, determinaram um lugar de pobreza e desqualificação cultural, profissional, acadêmica e, conseqüentemente, o empobrecimento. A questão de classe, portanto, é mais um consequência dos fatores mencionados, e não um fator determinante em si mesmo. Dizemos isso porque, mesmo as mulheres negras que têm condições financeiras confortáveis ou ascendem socialmente, frequentemente, são lembradas pela sociedade patriarcal branca dos lugares que esta acha que são os únicos que lhes convêm.

lição, as mulheres negras não passaram da condição de trabalhadoras exploradas pelo capitalismo escravista para a condição de senhora do âmbito familiar. Ao revés, com a transição entre trabalho escravo e trabalho assalariado na sociedade brasileira, elas viraram, dentre outras coisas, as empreendedoras das ruas ou as empregadas domésticas dos seus senhores ou de outros senhores, enquanto os homens negros foram também se estabelecendo nas disputas das ocupações com os trabalhadores livres, tanto imigrantes quanto alforriados de outrora, mas ambos se adequando a uma estrutura social permeada pela divisão sexual do trabalho que, mesmo dentro dessa sociedade racializada, forjava também uma configuração sexista do mercado de trabalho. Os reflexos disso ainda são latentes nos arranjos atuais dos lugares masculinos e femininos nas ocupações laborais e explicam o porquê do trabalho doméstico ainda hoje ser uma ocupação tipicamente feminina e que traz a marca sexista até dentro desse universo.

Segundo Hildete Pereira de Melo (2002), há uma diferença das tarefas domésticas executadas pelos homens e pelas mulheres. Houve uma mudança na formatação do serviço doméstico que hoje majoritariamente é executado por apenas uma empregada por casa e esta concentra todas as tarefas ocupando o lugar da “dona de casa”. Já as atividades especializadas, tais como jardineiros e motoristas, são atribuídas aos homens e, nesse sentido, acabam gerando também uma desigualdade remuneratória, tendo em vista que só famílias mais abastadas contratam serviços domésticos setorializados e mais específicos e, tanto pelo poder aquisitivo quanto pela valorização social dessas funções, os salários sempre são mais altos. Quando associamos o racismo à questão de gênero, essa interseccionalidade destaca a perversidade histórica que continua relegando à mulher negra não só lugares sociais, mas um estigma cultural difícil de desengrenar.

O sexismo e o racismo, atuando juntos, perpetuam uma iconografia de representação da negra que imprime na consciência cultural coletiva a ideia de que ela está nesse planeta para servir aos outros. Desde a escravidão até hoje, o corpo da negra tem sido visto pelos ocidentais como símbolo quintessencial de uma presença feminina ‘natural’, orgânica, mais próxima à natureza, animalística e primitiva. (HOOKS, 1995, p. 468)

O histórico de marginalidade institucional do trabalho doméstico guarda estreita relação com essa engrenagem e com esse imaginário, tendo muito mais relação

com a colonialidade do poder do que com números estatísticos. A divisão sexual do trabalho atingiu as mulheres negras de forma particular, posto que a elas estava também sendo imposta um dispositivo racial. Portanto, quando tratamos da inserção das mulheres no mercado de trabalho, não há como se falar genericamente como se houvesse uma coletividade coesa nesse grupo social. As mulheres negras estavam em via oposta na luta de emancipação e autonomia engendrada pelo movimento feminista tradicional. Ao se mobilizar para pleitear a ocupação nos postos de trabalho, essa militância passou ao largo de pontuar a quem delegaria ou com quem compartilhariam as responsabilidades domésticas, logo, foram as mulheres negras que ficaram com esse legado da inserção das mulheres não negras no mercado de trabalho, conforme aponta o Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos (DIEESE) e a OIT:

Especialmente nas décadas de 70 e 80, ocorre uma entrada maciça de mulheres no mercado de trabalho brasileiro. Ao sair de seus lares para desempenhar funções profissionais, parte das mulheres deixou de poder realizar certas tarefas e afazeres domésticos, que na sociedade brasileira são consideradas como tipicamente femininas. Houve assim a necessidade de contratação de profissionais para a execução desses serviços. (DEPARTAMENTO INTERSINDICAL DE ESTATÍSTICA E ESTUDOS SOCIOECONÔMICOS; ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, 2006, p. 12)

Há, portanto, nesse momento, uma nova onda⁷ de perpetuação de lugares sociais para as mulheres negras, ratificando o legado histórico e confirmando que há um hiato na discussão de gênero no mercado de trabalho quando se buscam respostas aos dados com as inferências relacionadas a raça.

Enquanto as mulheres brancas rompem estereótipos e atingem números significativos em áreas antes restritas aos homens, as mulheres negras ainda têm que lutar para ter acesso a funções como as de secretária ou recepcionista, ocupações tidas como ‘femininas’, mas com que podem ser melhor descritas como ‘femininas e brancas’. Mais de um século após a abolição da escravatura, após décadas de avanços no status das mulheres em todo o mundo, no Brasil, a mulher negra continua associada às funções que ela desempenhava na sociedade colonial e imediatamente após abolição. (RUFINO, 2003, p. 33-34)

7 Considerando que a primeira foi no período pós-abolição.

Desse modo, é indubitável que há uma impossibilidade científica, técnica e política de tratar dessa temática fazendo uma abordagem isolada de gênero sob o espectro dos fatos históricos e sociais que desencadearam o avanço das pautas feministas clássicas, sem mensurar a forma que as questões de gênero que afetam as mulheres negras são intrínseca e particularmente relacionadas ao seu lugar racial. Nesse diapasão, o trabalho doméstico, ocupação eminentemente feminina e negra, guarda relação direta com o imaginário escravista e o que já tratamos sobre colonialidade do poder e pós-escravismo em linhas anteriores. Aliada a isso, a divisão sexual do trabalho da modernidade arrematou a configuração dessa classe trabalhadora que coincide os contingentes de grupos em vulnerabilidade social nas mais diversas esferas da nossa sociedade.

Invisibilidade jurídica

Antecedendo à CLT, o Código Civil de 1916 abordou incipientemente a prestação de serviços, mas não delineou explicitamente a categorização do trabalho doméstico. Em 1923, foi promulgado o Decreto presidencial nº 10.607, que elencou amplamente os tipos de prestação de serviço que pertenciam ao âmbito doméstico. Em 1941, voltou a restringir o rol de trabalhadoras domésticas e disciplinou o aviso-prévio. A CLT, em 1943, não disciplinou nenhum tema referente ao trabalho doméstico e, durante 29 anos, permaneceu o silêncio legislativo acerca dessa categoria, que só veio a ser perfilhada conceitual e legalmente no rol de classes trabalhadoras na Lei nº 5.859, de 11 de dezembro de 1972.⁸ Mesmo com a implementação de diversos direitos, essa lei ainda estava bem distante de lhes trazer dignidade.

Com o fortalecimento de suas bases políticas e o advento da Lei nº 5.859/72, as trabalhadoras domésticas conseguiram sair da absoluta invisibilidade jurídica e deram início a uma nova fase de lutas institucionais. A lei supracitada, embora trouxesse novidades, carregava em seu bojo limitações, não só de direitos, mas também no plano conceitual. Em seu artigo 1º, define as trabalhadoras domésticas como sendo aquela “que presta serviços de natureza contínua e de finalidade não

8 Ressaltamos que, aqui, fora feita breve análise das normas de âmbito federal, porque, no âmbito dos estados e municípios, havia normas esparsas e descontraídas acerca do trabalho doméstico. Em São Paulo, por exemplo, até 1914, era atribuição da polícia lidar com questões afetas ao serviço doméstico; só a partir da Lei nº 1.794 é que essa atribuição fora transferida para a prefeitura.

lucrativa à pessoa ou à família no âmbito residencial destas”.⁹ Na doutrina jurídica trabalhista, há o entendimento de que o que caracteriza a empregada doméstica é a inexistência de fins econômicos na sua atividade e de que o legislador teria cometido um equívoco terminológico.

Entretanto, é notório que houve equívoco de ambas as partes. É de se compreender que o legislador e a doutrina jurídica tenham tentado criar critérios palpáveis e objetivos para distinguir tal categoria daquelas que, também executando tarefas de natureza doméstica, mas em outros locais que não o âmbito residencial ou que, no âmbito residencial, executam atividades para atender demandas externas ao seio familiar. Embora seja essa a intenção, há uma grave injustiça em escolher a suposta não finalidade lucrativa do trabalho doméstico para defini-lo. Esse conceito traz um reducionismo às funções social e econômica das trabalhadoras domésticas e ratifica a nocividade da divisão sexual do trabalho, ao reforçar aquilo que Beauvoir apontou como sendo a intenção de que as mulheres permanecessem no seu estado de meras reprodutoras e com a vedação ao acesso direto à produção do capital.

É certo que o serviço doméstico não produz, diretamente, uma mercadoria que possa gerar fruto palpável e imediato. Entretanto, é o seu serviço que possibilita que empregadores e empregadoras desempenhem suas funções laborais em outros ambientes à medida que delegam a essa categoria de trabalhadoras as atividades que não lhes interessa executar ou que suas concepções de vivência das relações sociais não permitem executar. Aos empregadores, o tempo e a disposição física e mental que seriam despendidos nessas atividades são deslocados para lidar com as atividades pelas quais optaram que podem se transformar em mercadoria ou outros serviços cujos lucros se destacam dentro da redoma do capital, em detrimento das atividades domésticas das quais se desoneraram.

Nesse sentido, entendemos que as empregadas domésticas executam, sim, uma atividade com uma finalidade lucrativa para a sua empregadora, mas legisladores e juristas reproduziram e reproduzem o equívoco de só reconhecer como lucrativo o que pode ser quantificado e traduzido monetariamente na concepção capitalista. Tanto reproduzem e tanto a colonialidade do poder se alastra pela pós-modernidade que, mesmo em tempos de crises de paradigmas, esse conceito de trabalho

9 O trabalho doméstico não se limita à higienização da casa, se estendendo a todas as tarefas que são efetuadas para a casa e o seio familiar que ela abriga; portanto, engloba nesse ramo laboral as funções de cozinheiras, motoristas, jardineiras, lavadeiras, cuidadoras de idosos, babás, profissionais da área de saúde que trabalham em residências prestando assistência a enfermos, dentre outras.

doméstico veio repetido *ipsi litteris* na Lei Complementar (LC) nº 150/2015, da qual trataremos mais adiante.

Considerando não só os lapsos temporais em que o trabalho doméstico ficou sem regulamentação no ordenamento jurídico brasileiro, mas também destacando que algumas normas, enquanto em vigor, permaneceram em desuso, definimos que esse ramo do trabalho esteve numa grave invisibilidade jurídica. É salutar que, na última década, muitas coisas tenham saído de seus lugares jurídicos e sociais sagrados, mas ainda vislumbramos que, da invisibilidade, o trabalho doméstico transitou pra uma marginalidade jurídica. Na subseção a seguir, essa questão ficará melhor explicitada.

Marcos legais em vigor e a desigualdade perante a lei

A Proposta de Emenda Constitucional (PEC) que deu origem às recentes modificações no ordenamento jurídico brasileiro no que tange aos direitos das trabalhadoras domésticas foi encaminhada inicialmente pretendendo que fosse excluído o parágrafo único do artigo 7º da Constituição Federal,¹⁰ que excepcionava os direitos garantidos às mesmas, no intuito de que a elas fossem estendidos todos os direitos que a constituição e a legislação infraconstitucional já asseguram às demais categorias profissionais. A PEC foi encaminhada às casas legislativas em 2010; ao longo de sua tramitação, recebeu algumas sugestões de emendas e, no final, a revogação do parágrafo único foi substituída por alterações no próprio texto. Essas alterações novamente não estabeleceram uma igualdade plena às trabalhadoras domésticas, sobretudo porque a maioria dos direitos a elas estendidos ficou pendente de regulamentação.

Dos incisos que ficaram pendentes de regulamentação, merecem destaque os que tratam do seguro-desemprego e o do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS). O destaque fica por conta da “desnecessariedade” dessa regulamentação quando já há uma normatização para as demais trabalhadoras, sendo suficiente a inclusão das domésticas nesse regramento. O FGTS antes era facultativo, ou seja, estava a critério do empregador o recolhimento ou não. O não recolhimento impossibilitava que a trabalhadora tivesse alguma garantia em caso de desempre-

¹⁰ “Parágrafo único. São assegurados à categoria dos trabalhadores domésticos os direitos previstos nos incisos IV, VI, VIII, XV, XVII, XVIII, XIX, XXI e XXIV, bem como a sua integração à previdência social”.

go involuntário, como sacar o próprio FGTS ou requerer o seguro-desemprego. O FGTS passou a ser obrigatório, mas, durante as discussões da regulamentação, surgiram diversas propostas para que estabelecessem diferenças de alíquota e forma de recolhimento.

O inciso XXXIII diz respeito, nessa discussão, diretamente à questão do trabalho doméstico infantil para o que a Constituição não havia ainda atentado, o que chama a atenção do que é muito comum e que atinge mais de meio milhão de jovens nessas condições. É certo que, antes da Emenda, já havia uma proteção infraconstitucional consolidada no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), mas o atraso constitucional denuncia um descaso com essa questão. Isso tem implicações a curto e longo prazo: à medida que prejudica o desenvolvimento dessas crianças e adolescentes, dificulta seus acessos à educação e lhes impõe, dessa forma, desde muito cedo, uma redução na perspectiva de mobilidade social.

A contribuição sindical que não está no artigo 7º da Constituição Federal, e sim no artigo 8º, é uma das grandes preocupações por que o seu não recolhimento ocasiona uma barreira na organização sindical da categoria, que fica com a impossibilidade de arrecadar verba e, conseqüentemente, tem suas atividades limitadas. Esse entrave dificulta a mobilização das trabalhadoras domésticas organicamente porque, além de já ser uma classe de trabalhadoras com uma das piores rendas do mercado, a ausência da contribuição sindical precariza a institucionalização da organização.

A Emenda Constitucional nº 72/2013 foi aprovada, mas deixou pendente de regulamentação a maioria dos seus dispositivos, conforme já destacamos no tópico anterior. A regulamentação só aconteceu dois anos depois, em junho de 2015, e, enquanto não foi promulgada a LC nº 150/2015, os mais diversos direitos em tese conquistados pelas trabalhadoras domésticas não foram gozados nesse período. Chama atenção que tantos desses direitos tenham ficado aguardado aplicabilidade por dois anos para logo então serem regulamentados tal como previstos na CLT e na Constituição. Desse modo, resta evidente que não havia necessidade institucional nem social de que fossem regulamentados, sendo bastante que fossem legalmente equiparados e sua eficácia fosse imediata, conforme se pretendia inicialmente na PEC. Ultrapassada essa questão, alguns aspectos da própria lei nos chamam atenção.

O trabalho doméstico é exercido em âmbito privado, domiciliar, e isso acarreta algumas dificuldades de fiscalização e maior controle do Estado, uma vez que esbarra na intimidade dos empregadores e direito à inviolabilidade de domicílio. Ocorre que a LC nº 150/2015 podia ter sido mais progressista na criação de alguns mecanismos que prevenissem abusos. Exemplo disso é a normatização a respeito das horas extras e da possibilidade de se fixar acordo entre trabalhadoras e empregadas para criação e gozo de banco de horas, sem que haja nenhuma interferência dos órgãos de fiscalização ou mesmo dos sindicatos (onde houver). Na mesma esteira, a falta de qualquer mecanismo mais eficiente pra evitar que as trabalhadoras que moram no local de trabalho não permaneçam em regime constante de sobreaviso ou prontidão sem que, para tanto, sejam recompensadas ou remuneradas.

Há uma especificidade no ramo do trabalho doméstico que não foi abordada na LC nº 150/2015 e que deixa aberta uma discussão que já tem grande desgaste no judiciário, a saber: as diaristas. Acreditamos que o Legislativo perdeu a oportunidade de criar uma regulamentação a contento para essa peculiaridade dessas relações trabalhistas e deixou que permanecesse aberta a discussão judicial, mesmo que com vasta jurisprudência, mas sem que houvesse uma normatização mais taxativa e que economizasse a energia judiciária.

Uma outra questão que vemos com preocupação é o tratamento que foi dado às viagens que as trabalhadoras fazem junto a seus empregadores, sendo remuneradas apenas pelas horas que porventura estejam efetivamente trabalhando. Ora, se a trabalhadora está fora do seu local de residência, por óbvio não está tendo o descanso conforme se espera por questões de saúde, exceto se lhe fosse assegurado lazer, entretenimento, e pagos valores (diárias) por esses dias fora da sua região de moradia. Ademais, fora do ambiente contumaz de trabalho, pode restar prejudicado o controle de jornada.

Quanto ao adicional noturno, embora atendendo à regulamentação equiparada à CLT, deve-se destacar a diferenciação na normatização quanto aos horários mistos. Em relação às demais trabalhadoras, o artigo 73 da CLT cumulado com súmula 60, inciso II, e a Orientação Jurisprudencial (OJ) nº 388, Seção de Dissídios Coletivos (SDI-I) do Tribunal Superior do Trabalho (TST), asseguram que, iniciado em horário diurno ou se estendendo em horário não noturno, o adicional se aplica a toda a jornada. No entanto, a LC nº 150/2015 expressamente restringiu o adicional apenas às horas compreendidas no turno noturno, a saber, entre 22 horas da noite e 5 horas da manhã.

Dentre as questões controversas que ponderamos ser uma das mais graves é no que tange às limitações do benefício do seguro-desemprego, que restringe a apenas três parcelas no valor de um salário mínimo. Ora, e se a trabalhadora doméstica contar com muitos anos de vínculo com determinada empregadora e receber mais que um salário mínimo, ao ser dispensada sem justa causa, não poderá receber mais que as três parcelas e sofrerá imediatamente com a redução de sua renda, já que cada uma delas não excederá um salário mínimo. A injustiça é evidente.

Para arrematar esse leque de entraves que apontamos na LC nº 150/2015, há, na nova legislação, a previsão de obrigatoriedade de visita dupla para só então acontecer a atuação pelo fiscal do trabalho, bem como aponta como função prioritária a orientação. Destacamos a limitação à fiscalização do trabalho doméstico por um aparente conflito de direitos fundamentais na consolidação da igualdade material. Se, de um lado, temos a inviolabilidade do domicílio, *pari passu*, temos a dignidade humana, e esta não deve ser pomenorizada, sobretudo levando-se em consideração todo o histórico de invisibilidade dessa categoria profissional e todas as violações de direitos, não necessariamente trabalhistas, mas humanos, a que estiveram submetidas. Sob a alegação de que o domicílio é inviolável por imposição de norma constitucional, tem se pensado sobre a possibilidade eminente de determinadas normas se tornarem inócuas. Entretanto, não podemos olvidar que nenhuma norma é absoluta, mesmo que seja uma norma constitucional. Logo, atentando para o fato de que há interesses maiores a serem resguardados, não há por que se estabelecer a intransponibilidade do direito à inviolabilidade do domicílio. Nesse sentido é que entendemos que a nova ordem legal aborda de forma precária a fiscalização, deixando escapar a oportunidade de criar mecanismos de fiscalização e garantia da saúde e segurança da trabalhadora doméstica.

Destacamos, no entanto, que tudo quanto tratamos aqui sobre as desigualdades perante a lei se configura como violação a direitos humanos do trabalhador, seja pelas normas internacionais gerais acerca dos direitos humanos, a exemplo da dignidade humana, direito à vida saudável e à não discriminação, seja no que tange a normas internacionais específicas sobre o trabalho e os trabalhadores. É notório que os entraves à efetivação dos direitos das trabalhadoras domésticas perpassam por questões discriminatórias de uma sociedade em que o racismo e o sexismo estão arraigados em suas instituições, uma vez que não se apresenta outra

justificativa plausível para tantas barreiras na superação de embaraços legislativos pós-escravistas.

Trata-se da forma estratégica como o racismo garante a apropriação dos resultados positivos da produção de riquezas pelos segmentos raciais privilegiados na sociedade, ao mesmo tempo em que ajuda a manter a fragmentação da distribuição destes resultados no seu interior. O racismo institucional ou sistêmico opera de forma a induzir, manter e condicionar a organização e a ação do Estado, suas instituições e políticas públicas – atuando também nas instituições privadas, produzindo e reproduzindo a hierarquia racial. (GELEDÉS, 2013, p. 17)

O aparato normativo de um Estado deve acompanhar os ideais de seu tempo a fim de estabelecer a ordem e promover a justiça social, sobretudo no caso de um Estado social como se posiciona constitucionalmente o Brasil. No entanto, no tocante ao trabalho doméstico, o que podemos observar é que houve uma transição da invisibilidade jurídica para a marginalidade. Entendemos que o estado jurídico do trabalho doméstico hoje é o de desigualdade perante a lei, tendo em vista que as várias discriminações impostas pelo próprio ordenamento jurídico não têm o condão de alcançar a igualdade material dessa categoria de trabalhadoras; ao revés, lhe impõe novas hierarquias e distanciamentos ao estado jurídico dos demais trabalhadores.

Não obstante fosse possível elencar um enorme leque de normas internacionais de direitos humanos que o Estado brasileiro tem violado ao insistir na manutenção dessa desigualdade, destacamos a Convenção nº 111 da OIT sobre discriminação em matéria de emprego e ocupação, que fora ratificada pelo Brasil através do Decreto nº 62.150, de 19 de janeiro de 1968. Destarte, o Brasil, até o presente momento, não ratificou a Convenção nº 189 da OIT sobre o trabalho decente das trabalhadoras doméstica que foi aprovada no âmbito da instituição internacional em 2011. Por óbvio, a soberania nacional resguarda ao Estado brasileiro o direito de não ratificar, não podendo ser compelido. No entanto, é com pesar que observamos esse (não) ato, uma vez que é o Brasil o país que mais tem trabalhadoras domésticas no mundo, logo, acreditamos, se não fosse o pós-escravismo e a colonialidade, seria interesse eminentemente seu ratificar com maior brevidade possível essa norma internacional.

A decolonialidade como pressuposto de um direito do trabalho emancipatório através dos discursos jurídicos das trabalhadoras domésticas

Leis não mudam mentalidades. Exemplo disso é o alto percentual de informalidade de trabalho nessa categoria, mesmo sendo o registro na carteira de trabalho obrigatório desde 1972. A propósito, a informalidade é um dos fatores que em muito dificulta e continuará dificultando que avanços ainda maiores sejam perpetrados no campo prático dessas relações de trabalho.

As normas constitucionais e infraconstitucionais não operarão uma mudança imediata e absoluta nas condições de trabalho doméstico se não estiverem acompanhadas de uma atuação estatal – que exceda os limites legislativos – na regulação dessas relações. Para além disso, há questões acerca do trabalho doméstico que estão fora da esfera normativa e estão fundadas nas relações sociais em geral. As noções que o imaginário coletivo resguarda dessa ocupação é que cria barreiras, algumas delas que já pareceram intransponíveis, mas que foram suplantadas a partir da própria altivez das resistências e reexistências das trabalhadoras domésticas. (BERNARDINO, 2014)

Considerando o direito como sendo um ordenamento jurídico, uma cultura e uma rede de instituições, a história do direito pode se construir por uma dessas perspectivas ou pela correlação entre elas. Há historiadores que entendem que toda a história é construída pela indicação e sistematização de eventos/fatos relevantes. No entanto, é importante destacar um questionamento: quais os critérios que elegem os eventos relevantes? (SIQUEIRA, 2005)

Alguns teóricos vislumbram a história do direito como tradicionalmente uma história normativa e, nesse sentido, o Estado autodeterminado com a exclusividade na produção do direito, a saber:

O Estado não só pretende criar o direito, mas também se afirmar como o único sujeito produtor do mesmo, com a consequência imediata e grave de se colocar também como o único ente em condições de conferir uma regra social genérica: a impressão e o privilégio da juridicidade, transformando-a em norma jurídica. (GROSSI, 2005, p. 2)

Essa intenção de monopólio da produção do direito e o positivismo que tanto influenciou o direito brasileiro trouxeram algumas fissuras para a trajetória de diversos segmentos sociais em vulnerabilidade e, dentre eles, as fissuras relegaram o trabalho doméstico à marginalidade institucional e à invisibilidade na história do direito. No entanto, embora mencionemos a importância da atuação estatal na desmobilização das desigualdades, chamamos atenção para o comportamento das trabalhadoras domésticas que foram as verdadeiras produtoras dos novos direitos. Através da sua organização política desde a década de 1930, as trabalhadoras domésticas colocaram os direitos que lhes eram negados na pauta das instituições políticas e jurídicas diversas vezes no cenário nacional. A organização, iniciada em São Paulo com protagonismo de Laudelina de Campos Mello, tomou corpo pela sua atuação ramificada nos mais diversos movimentos sociais, sobretudo nos movimentos sindicalista, negro e feminista, evidenciando a inescusável interseccionalidade de questões sobre as quais se esposavam as suas demandas. Como afirma Joaze Bernardino Costa (2014, p. 154):

Nesses espaços culturais e políticos, luta-se não apenas pela obtenção de pequenas reivindicações, mas pela possibilidade de construir um novo modelo civilizatório, que supere as distinções classistas, racistas e sexistas entre humanidade e infra-humanidade. Em outras palavras, no interior destes espaços político-culturais tem-se tanto um movimento de resistência como um movimento de recriação de valores, denominado reexistência. Estes movimentos são efetivamente movimentos decoloniais, pois objetivam superar o padrão de poder constitutivo da modernidade/colonialidade, que não somente criou raças novas, mas as associou a determinadas posições e funções.

Identificou-se este movimento decolonial entre as trabalhadoras domésticas, mais especificamente entre as trabalhadoras domésticas organizadas, primeiramente, via associações profissionais e atualmente via sindicatos.

É nesse sentido que entendemos que as trabalhadoras domésticas produziram discursos jurídicos através de uma conduta militante decolonial que, se lhes emancipou e emancipa gradativamente, também pode, enquanto construção de um novo modelo civilizatório de regulação da vida, servir como pressuposto à produção de todo um direito do trabalho emancipatório.

Considerações finais

Estão inscritas na cultura jurídica brasileira a emersão e a sistematização de um direito do trabalho de uma questão social que gerou desgastes e fragilidades para o tecido social de tal modo que foi imposta uma regulação das relações trabalhistas. O Brasil, ainda vivendo sua condição de colônia-escravista, não acompanhou no mesmo ritmo que a Europa Ocidental as Revoluções Industriais que geraram essa questão social e seus desdobramentos. No entanto, mesmo tendo essa fissura temporal, não deixou de importar seus aportes teóricos e epistemológicos, demarcando também a sistematização de um direito do trabalho. No entanto, não podemos olvidar que, anteriormente a essas regulações, existia uma extensa mão de obra no país sob o jugo do escravismo. A relação de escravidão também tinha aporte jurídico e a doutrina trabalhista, em geral, trata como fato episódico da nossa história, como se não tivesse sido esse um fator estrutural e estruturante da construção de nossa identidade nacional pós-colonial e pós-escravista.

Diante das considerações *supra*, importa registrar também como mesmo aportes teóricos que recebem a pecha de progressistas fizeram da história do trabalho brasileiro e do direito do trabalho uma fantasia, e isso repercute nas soluções não procuradas para desmobilizar as iniquidades sociorraciais no Brasil. Nesse sentido é que compreendemos que o direito do trabalho, enquanto área do conhecimento jurídico, ao desconsiderar a existência de uma questão racial como dimensão essencial à sua consolidação no Brasil, se põe numa encruzilhada sem progresso, sem comunicação possível com todos os grupos em vulnerabilização social, sem possibilidade de virada epistêmica – portanto, sem Exu.

A despeito desse panorama, reconhecemos o trabalho doméstico como um dos campos em que resta manifesta a perpetuação de concepções de vida e modo de produção do período colonial-escravista que se desdobram nas acepções sócio-históricas enfrentadas como colonialidade do poder e pós-escravismo. No entanto, também é aí que se podem vislumbrar enorme força contra-hegemônica e conduta decolonial das trabalhadoras domésticas que foram as próprias produtoras dos principais discursos jurídicos que repercutiram em mudanças positivas substanciais para as condições de trabalho. É nesse sentido que entendemos que, na mesma proporção que o trabalho doméstico é uma ocupação relegada à subalternidade e desigualdade sistemáticas, também é onde o direito do trabalho se renova

e reinventa de baixo pra cima com maior potencialidade de ser transformador e emancipatório.

Acreditamos que o direito é instrumento de dominação, mas pode, diante da postura dos subalternos, se inscrever como emancipatório a partir da sua construção horizontalizada que desmobiliza as hierarquias a partir de outro ponto de partida que não o estatal, embora, ao fim e ao cabo, mexa com a própria estrutura desse Estado. No caso do trabalho doméstico, podemos vislumbrar que as trabalhadoras domésticas, diante das distâncias criadas entre o direito do trabalho e as relações raciais (e de gênero), trouxeram à encruzilhada novamente o Exu que lhes possibilitasse comunicação e atravessamentos.

Referências

ANDRADE, Bruno; FERNANDES, Bruno Diniz; CARLI, Caetano de. O fim do escravismo e o escravismo sem fim: colonialidade, direito e emancipação social no Brasil. *Revista Direito & Praxis*, Rio de Janeiro, v. 6, n. 10, p. 551-597, 2015.

BEAUVOIR, Simone. *O segundo sexo: a experiência vivida*. São Paulo: Difusão europeia de livros, 1967.

COSTA, Joaze Bernardino. Decolonialidade e interseccionalidade emancipadora: a organização política das trabalhadoras domésticas no Brasil. *Sociedade e Estado*, Brasília, DF, v. 30, p. 147-163, 2014.

DEPARTAMENTO INTERSINDICAL DE ESTATÍSTICA E ESTUDOS SOCIOECONÔMICOS (DIEESE); ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT). *O emprego doméstico: uma ocupação tipicamente feminina*. Brasília: OIT - Secretaria Internacional do Trabalho, 2006.

FERRARI, Irany; NASCIMENTO, Amauri Mascaro; MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. *História do trabalho, do direito do trabalho e da justiça do trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTR, 2011.

GELEDÉS. Instituto da Mulher Negra. *Racismo Institucional*. Uma abordagem conceitual. Brasília, DF, 2013. Disponível em: <http://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2016/04/FINAL-WEB-Racismo-Institucional-uma-abordagem-conceitual.pdf>. Acesso em: 13 jun. 2018.

- GOMES, Orlando. *Raízes históricas e sociológicas do código civil brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson. *Curso de direito do trabalho*. 17. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005.
- GOULD, Stephen Jay. *A falsa medida do homem*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- HOOKS, Bell. Intelectuais Negras. *Estudos Feministas*, Florianópolis, v. 3, n. 2, p. 464-469, 1995.
- JACINTO, Ramatis. *Transição e exclusão: o negro no mercado de trabalho em São Paulo pós-abolição - 1912 a 1920*. São Paulo: Nefertiti, 2014.
- GROSSI, Paolo. *O direito entre o poder e o ordenamento*. Tradução de Arno Dal Ri Júnior. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.
- MELO, Hildete Pereira. *Trabalhadoras domésticas: o eterno lugar feminino. Uma análise dos grupos ocupacionais*. Organização Internacional do Trabalho: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, Brasília, DF, 2002. Mimeo.
- MOORE, Carlos. *O marxismo e a questão racial: Karl Marx e Friedrich Engels frente ao racismo e à escravidão*. Belo Horizonte: Nandyala, 2010.
- NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito do trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho*. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT). *Trabalho doméstico no Brasil: rumo ao reconhecimento institucional*. Brasília, DF, 2010.
- PISTORI, Gerson Lacerda. *História do direito do trabalho: um breve olhar sobre a Idade Média*. São Paulo: LTR, 2007.
- QUIJANO, Aníbal. Colonialidade do poder, eurocentrismo e América Latina. In: LANDER, Edgard (org.). *A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais. Perspectivas Latino-americanas*. Buenos Aires: Clacso, 2005. p. 107-126.
- RUFINO, Alzira. Configuração em Preto e Branco. In: ASHOKA E. SOCIAIS; TAKANO CIDADANIA (org.). *Racismos Contemporâneos*. Rio de Janeiro: Takano Editora, 2003, p. 29-38.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. *Um discurso sobre as ciências*. São Paulo, Cortez, 2005.

SIQUEIRA, Gustavo Silveira. *História do direito pelos movimentos sociais: cidadania, experiências e antropofagia jurídica nas estradas de ferro (Brasil, 1906)*. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito e Ciências do Estado, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2011.

THEODORO, Mario Lisboa. A formação do mercado de trabalho e a questão racial no Brasil. In: THEODORO, Mario Lisboa; JACCOUD, Luciana de Barros; OSÓRIO, Rafael Guerreiro (org.). *As políticas públicas e a desigualdade racial no Brasil 120 anos após a abolição*. Brasília, DF: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, 2008. p. 19-47.

WOLKMER, Antonio Carlos. *História do direito no Brasil*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

RELIGIOSIDADE, SOCIEDADE SECULAR E ESTADO LAICO

Durval Carneiro Neto

Introdução

Por mais que os empiristas convictos insistam que o homem, por sua consciência existencial no mundo, tem todos os hábitos racionalmente construídos pela experiência adquirida após o nascimento¹¹ – e, sobretudo, pelos signos das práticas culturais sob as quais veio convivendo com os seus semelhantes, geração após geração –, muito ainda resta a ser compreendido em termos de comportamento humano.

O meio cultural decerto explica boa parte dos hábitos humanos. Explica, por exemplo, por que os muçulmanos têm certos costumes religiosos diferentes dos cristãos ou judeus; explica por que há grupos humanos que acreditam em vários

11 Na clássica concepção empirista que remonta a John Locke, adotando a teoria da “lousa vazia” (ou da “tábula rasa”), acredita-se que “todo conhecimento advém de observação e experiência. Segundo ele, não há ideias inatas. [...] Locke sustentou que não nascemos com nenhuma. Obtemos todas elas pela experiência; não apenas ideias de objetos realmente observados – como hidratantes e caldos de galinha – mas conceitos abstratos também, como número, forma e tamanho. Locke fornece uma explicação detalhada de como obtemos todas as nossas diferentes e complexas ideias pela experiência no famoso *Ensaio acerca do entendimento humano*. Nessa obra, ele afirma que os sentidos e a mente funcionam em conjunto para transformar experiência em entendimento. Segundo ele, nosso entendimento constitui-se de impressões ideias, sensações entre si para produzir tudo o que pensamos. Mesmo ideias imaginárias, como dragões, fantasmas e acertadas na loteria, formam-se a partir de experiências reais”. (LOCKE [16-] apud STEVENSON, 2002, p. 181)

deuses, enquanto outros devotam a sua fé a um único Deus. Pode explicar, outrossim, por que alguns acreditam em vida após a morte em outra dimensão, enquanto outros nada creem fora do mundo material em que vivemos e cuja realidade extraímos pelos sentidos e exclusivamente a partir da experiência individual e culturalmente adquirida.

Nas mais diversas escolas da antropologia, com suas variantes em função dos seus objetos de estudo – sejam estes os aspectos biológicos ou genéticos do homem (antropologia biológica), a organização social de cada grupo (antropologia social) ou, ainda, seus sistemas simbólicos de comportamento (antropologia cultural) –, as conclusões quase sempre estiveram centradas em elementos descritivos acerca da diversidade e da interação cultural entre os povos.

O que os estudos da antropologia parecem não mostrar claramente – mesmo se levarmos em conta as conclusões tomadas em algumas de suas vertentes contemporâneas, como na antropologia simbólica¹ – é a razão pela qual certos padrões de comportamento apresentam-se como universais e vieram se repetindo mesmo entre povos que jamais tiveram qualquer contato em termos de influência cultural.² Um desses padrões diz respeito ao comportamento de devoção a uma fonte superior de inspiração e orientação, com um aspecto transcendental que consubstancia o que aqui chamamos de religiosidade, mas que comumente se associa ao aspecto institucional da religião, enquanto conjunto de dogmas e práticas calcadas na fé em algo acima do plano dos homens e que não se pode compreender, uma força inteligente perante a qual o homem busca de alguma forma se comunicar, obter orientações e louvar.

De fato, a veneração à divindade foi um fenômeno observado em todos os povos do mundo, desde os primórdios, e, ao que parece, a semelhança é grande demais para ser tratada apenas como mera coincidência, havendo indícios contundentes de que esse dado religioso comum revela-se talvez como uma “resposta às

1 Sobre as escolas antropológicas simbólicas, ao lado da antropologia cultural, da antropologia social e do estruturalismo, ver: Filoramo e Prandi (1999). Os autores fazem uma ampla abordagem sobre o estudo científico das religiões, destacando os enfoques dados pelas escolas fenomenológicas, histórico-religiosas, sociológicas clássicas, sociológicas contemporâneas, psicológicas clássicas, psicológicas contemporâneas e antropológicas.

2 Citando Karl Jaspers, José de Magalhães Campos Ambrósio (2011, p. 22) salienta que “há períodos da História que produzem uma riqueza tão significativa que se tornam o eixo no qual os tempos posteriores irão se desdobrar. Um deles é período axial, ou seja, aquele correspondente entre os séculos VIII a. C. e II d. C. no qual conviveram sem se comunicar entre si os grandes filósofos da Grécia, o Buda na Índia, Zaratrusta na Pérsia, os Profetas de Israel e Confúcio na China”.

necessidades universais da psique humana”. (BOTTON, 2011, p. 143) Menos pelo simples desejo de compreender o funcionamento do mundo, a religiosidade do homem parece ter sido despertada muito mais em razão do instinto de sobrevivência, do medo do porvir e da morte, um medo que lhe fez aflorar, também instintivamente, a necessidade de buscar modelos ideais a seguir na organização da vida. À míngua de qualquer tentativa de explicação racional sobre a complexidade do mundo, dado o baixíssimo grau de desenvolvimento científico ou tecnológico dos povos primitivos, os modelos ideais somente poderiam advir mesmo das crenças e superstições em torno da divindade.

De certo modo, pode-se dizer que a religiosidade tornou-se algo tão essencial para a existência humana quanto a própria linguagem; e se é verdade, como disse Homero, que todo homem tem necessidade de deuses (ALEXANDER, 2014), a razão disso somente pode estar no fato de que a prática religiosa, qualquer que tenha sido a sua forma ou época, sempre esteve relacionada com os fundamentos últimos do homem, isto é, as mais profundas e inconscientes necessidades do ser humano. E é impressionante a maneira como as práticas religiosas afagaram tais necessidades, por meio de rituais que remontam a fase pré-histórica da humanidade, como ocorreu, por exemplo, no culto aos lugares sagrados pelos *pawness*, nos sacrifícios humanos com que os maias e astecas acreditavam satisfazer o desejo de sangue dos seus deuses, na crença dos quichuas e aimarás nos espíritos orientadores de seus ancestrais, no poder dos xamãs em visitar outros mundos, como acreditava o povo sami, dentre muitos outros. (ALEXANDER, 2014, p. 18) Ainda nos primórdios da fase histórica, notadamente na Antiguidade grega em sua era pré-clássica, a prática religiosa se revelava por meio da mitologia, de modo simbolicamente rico em significações que transmitiam as ideias e valores existenciais que os homens precisariam conhecer e valorizar.

Que ditas necessidades profundas e inconscientes tenham deixado de existir com o advento da modernidade e o seu extraordinário culto à razão (em lugar da revelação) não é algo que se possa afirmar inexoravelmente e, aliás, nem é sequer o que parece. Ao que tudo indica, tais necessidades, que, segundo pensamos, vão muito além dos hábitos culturais adquiridos durante a existência, ainda perduram no mesmo plano profundo em que sempre estiveram e sempre estarão lá, pois o homem delas não conseguirá se desvencilhar. E, se por um lado, algo pode ter sido colocado no lugar da religiosidade para aplacar as íntimas necessidades humanas,

por outro lado, a pergunta que se deve fazer é se tal substituição teve o condão de produzir bons frutos e surtir os efeitos desejados.

Nessa linha de argumentação, o presente texto tem por finalidade examinar como valores tradicionalmente fomentados por práticas míticas e religiosas influenciaram grandes civilizações e muito contribuíram, inclusive, na formação dos sistemas jurídicos contemporâneos, ressaltando-se a necessidade de seu resgate mesmo no seio de uma sociedade secular e ainda que sob o paradigma da laicidade estatal. Indo além da exclusiva perspectiva religiosa que impera nos direitos dos Estados teocráticos (como tem sido de praxe nos países de tradição islâmica) ou nos Estados confessionais (os quais contam com religião oficial), centraremos o foco na análise de por que, mesmo nos modernos Estados ditos laicos, a cultura jurídica absorveu e ainda absorve muito dos valores religiosos que vieram ao longo do tempo marcando a história de cada civilização e que deixaram vestígios indelévels nos seus principais institutos jurídicos.

No tocante aos costumes sociais em cada país, buscaremos refletir por que, mesmo dentre as pessoas que se afirmam ateias, muitos dos valores que tradicionalmente eram associados a práticas religiosas continuam sendo tomados de empréstimo e fomentados pelo Estado, ainda que desvestidos do tradicional elemento teológico e agora travestidos sob a forma de valores jurídicos que lhe cabe preservar por meio do direito. O objetivo será demonstrar que esses valores fundamentais albergados pelos sistemas jurídicos contemporâneos, muitos deles atualmente encarados sob a ótica principiológica da dignidade da pessoa humana ou da solidariedade social, são os mesmos que há séculos vieram sendo pregados e repetidos pela tradição religiosa, tradição essa cujas práticas de repetição e reflexão se viram desprestigiadas ou até abandonadas frente ao paradigma racionalista vigente nos modernos Estados capitalistas, sob o pretexto da laicidade da política.

Defenderemos que, não obstante ser a laicidade um ideal político condizente com os anseios de uma sociedade marcada pela pluralidade de hábitos e pelo multiculturalismo, é louvável resgatar algumas das práticas que as religiões sempre souberam ritualizar muito bem, reconhecendo que os valores por meio delas revelados estão, na verdade, muito acima da matriz teológica a que se supõe pertencerem, sendo, antes de tudo, valores universais. Não se quer, com isso, apoiar o restabelecimento do elo político entre Estado e religião, tampouco recair em modelos teocráticos de governo. O foco aqui está nas práticas religiosas que bem serviram

à absorção de valores substancialmente preciosos para a comunidade, e não propriamente no elemento formal identificador das igrejas que adotaram ou ainda adotam tais práticas.

Como bem sustenta Alain de Botton (2011, p. 17), as religiões merecem a nossa atenção não por sua pretensão de verdade quanto aos seus dogmas teológicos, mas sim “pela sua absoluta ambição conceitual, por mudarem o mundo de uma maneira que poucas instituições seculares fizeram”, haja vista que somente as religiões se valeram “de um conjunto de rituais reconfortantes, sutis ou apenas encantadores para os quais temos dificuldades de encontrar equivalentes na sociedade secular”. (BOTTON, 2011, p. 14)

Aspectos transcendental e institucional da religião

Falando em religiosidade, não estamos nos referindo a esta ou aquela religião, mas sim a uma concepção substancial de religião, enquanto prática de devoção a um poder inteligente tido como acima dos homens, um “fenômeno que aparece em todas as culturas, desde a pré-história até os dias atuais, conforme evidenciado nas pinturas das cavernas, nos costumes funerários de nossos ancestrais distantes e na contínua busca por um objetivo espiritual de vida”. (ALEXANDER, 2014, p. 12)

Com efeito, a ideia de religião deve de ser compreendida sob duas dimensões:

1. a primeira, concernente ao aspecto substancial ou transcendental, ontologicamente localizando a religião no domínio do sagrado; e
2. a segunda, sob enfoque orgânico ou institucional, compreendendo-se a religião como uma igreja ou crença corporificada sob um determinado conjunto de dogmas, rituais e normas de conduta.³

³ Distinguindo essas duas dimensões religiosas, José de Magalhães Campos Ambrósio (2011, p. 19) aponta que “a primeira delas é ligar o religioso ao domínio do sagrado com o transcendente. Nesse momento - íntimo e introspectivo - a religião se refere à necessidade metafísica que o homem possui de, sendo finito, ligar-se ao infinito, ao absoluto. [...] Por essa razão, por reivindicar a verdade do homem como um todo, promovendo um sentimento criador de uma atitude pessoal numa busca radical do que o homem é, é que a religião ocupa lugar de destaque na vida humana. Mas, ainda que esse seja um aspecto fundamental do religioso, ele não é o único. A segunda dimensão da religião representa a projeção que a consciência religiosa faz no mundo como desdobramento necessário da verdade que representa: a instituição, ou seja, o corpo em que a religião se encarna. Tomando existência institucionalizada, a religião consegue organizar suas crenças, estabelecer seus ritos e códigos de conduta. Dessa forma, a religião escapa no momento estritamente individual de sua dimensão sagrada e alcança a objetividade que lhe dá força: a vida social. Aqui,

É quanto à primeira dimensão, incorporando a essência transcendental do fenômeno religioso e dissociado do seu eventual elemento institucional, que aqui aludimos ao empregar o termo “religiosidade”.

Esses dois aspectos estão dispostos numa relação dialética ao longo da história, pois, como escreveu Hegel, a religião é uma das maneiras, ao lado da arte e da filosofia, em que a esfera espiritual do absoluto se revela enquanto identidade eterna.⁴ O foco do presente texto, como já se anteviu, está no primeiro aspecto da religião (substancial ou transcendental), denotando a religiosidade sempre presente nas mais variadas formas de práticas religiosas e em diversas religiões institucionalizadas.

O homem em busca de sentido e orientação

Desde que o homem se viu lançado no mundo ao lado dos seus semelhantes, na luta pela sobrevivência frente a uma natureza extremamente hostil e ameaçadora, nunca houve o que a razão moderna insiste em chamar de autonomia individual ou, em outras palavras, aquilo que desde o paradigma secular passou-se a compreender como liberdade humana.

Na verdade, a liberdade do homem não passa de um idealismo de total livre-arbítrio que nunca encontrou nem jamais encontrará espaço no mundo da vida como ela é de fato, o que não significa em absoluto que o homem não deva buscar organizar sua vida ou ser responsabilizado por seus atos. Ao ironizar com a fábula da liberdade inteligível, proposta por Platão e outros filósofos clássicos e que bem serviu posteriormente de apoio ao paradigma racional iluminista, Friedrich Nietzsche (2005, p. 45-46) assevera que “a história dos sentimentos morais é a história de um erro, o erro da responsabilidade que se baseia no livre-arbítrio”, aduzindo que é porque o homem se considera livre – e não porque é livre – que ele sofre arrependimento e remorso.

Não endossamos integralmente a filosofia nietzschiana – que, levada às últimas consequências, poderia ensejar uma visão de total irresponsabilidade do homem

portanto, o religioso não é mais ambiente da plenitude subjetiva, é mais: é patrimônio cultural que o sujeito encontra pronto e que se impõe a ele”.

4 “Para o filósofo alemão, o absoluto se mostra de três maneiras: como intuição imediata na arte ou seja, como expressão subjetiva universal em uma obra exterior que busca a beleza; como representação na religião, isto é, quando o conteúdo do sujeito é pressuposto na divindade revelada; como saber, ou conhecimento, na filosofia, que, na atividade especulativa, olha para trás (como a coruja de Minerva) e, vendo toda a obra humana, toma claro o Espírito para si mesmo”. (AMBRÓSIO, 2011, p. 20)

por seus atos. Porém, reconhecemos a sua profundidade e importância para ao menos alertar que a autonomia individual, tal como veio sendo tratada pela tradição jurídica ocidental, padece de grandes ilhas de incompreensão no tocante aos desejos e fraquezas humanas que permanecem sendo desprezadas pelos métodos racionais da ciência secular.

Talvez, como insiste Nietzsche (2005, p. 47), a moral seja mesmo uma mentira necessária que fez com que o homem, tomando-se por algo mais elevado do que realmente é, viesse a impor a si mesmo leis severas de comportamento social, nutrindo “ódio aos estágios que ficaram mais próximos da animalidade”. Não se olvida, porém, que a moral, assim como acontece com o próprio direito, seja uma criação imprescindível à convivência humana na ordem social. O que o filósofo chama a atenção – e nesse ponto endossamos o seu ponto de vista – é para os motivos mais elevados, sutis e espirituais do agir humano, que tornaram necessária tal criação.

Em síntese, concordamos com o diagnóstico dado por Nietzsche, não obstante discordemos da terapêutica por ele defendida à guisa de suposta emancipação, sobretudo nos ataques ferozes que dirige à fé religiosa. Como adiante será abordado, não incorremos nesse ponto em qualquer contradição, mas, por ora, cumpre-nos ressaltar que qualquer conduta humana se comunica e se relaciona com todo o universo a sua volta, e o máximo que se pode dizer é que a tal sensação de liberdade individual (falsa, segundo Nietzsche) se produzirá apenas como um espaço de ação condicionado pelos fenômenos da natureza e acontecimentos provocados pelos demais homens.

Foi justamente a primária falta dessa sensação de liberdade – em seu âmago, uma verdadeira falta de segurança frente à natureza e perante os outros homens – que fez sobressair o instinto humano de buscar sentido e orientação externa para a vida, desenvolvendo um hábito de se curvar frente a uma força superior que lhe pudesse revelar o caminho a seguir. Assim que, percebendo a inconstância das coisas a sua volta e a sua gritante incapacidade de lidar com a natureza e seus semelhantes, o homem, desde os primórdios da civilização, buscou apoio no que aqui denominamos religiosidade, enquanto o aspecto substancial ou transcendental da religião.

Na transição para o poder político, antes de se imaginar a noção de Estado – aliás, antes mesmo de se conceber qualquer fator de hierarquia social entre os homens –, foi esse sentimento transcendental que se desenvolveu como forma de organizar os grupos sociais e de auxiliar os homens a lidar com a angústia diante da

complexidade mundana. A religiosidade se revelou aí nesse momento – é bom destacar mais uma vez – desvinculada de qualquer elemento institucional (como Igreja ou crença corporificada), ou seja, essencialmente como uma devoção a uma fonte superior de inspiração e orientação, na primeira dimensão religiosa já enfocada.

A ética religiosa na transição para o poder político

O padrão de devoção a uma fonte superior de inspiração e orientação esteve, num primeiro momento, inteiramente associado às forças da natureza. Vale dizer, os nossos primeiros ancestrais caçador-coletores, formando inúmeras tribos nômades que transitavam pelas mais longínquas terras e vivendo basicamente da caça e da pesca, acreditavam que a natureza era detentora de um poder sobrenatural e, com isso, adotavam uma visão animista do mundo.⁵

Quando as tribos nômades começaram a fixar moradia às margens dos rios, passando a se dedicar intensamente à agricultura, foram se formando os pequenos povoados que levaram à adoção das primeiras formas de organização política de que se tem notícia, as quais se estabeleceram, contudo, sem perder o foco da tradição religiosa predominante no seu modo de vida. Daí porque – e não poderia ser diferente naquele contexto – o fator de autoridade entre os homens era necessariamente associado a algum atributo espiritual por parte do detentor do poder político, fosse essa uma única pessoa tida como um representante divino ou fosse alguém guiado por um grupo de sacerdotes incumbidos de captar a vontade revelada pela divindade.

5 Sob essa ótica, “os seres humanos são vistos como parte da natureza, e para viver em harmonia com ela precisam demonstrar respeito com os espíritos. Os indivíduos dessa época tentavam explicar o mundo por meio de associações entre divindades e fenômenos naturais específicos. O nascer do sol, por exemplo, representava a libertação da escuridão da noite e era controlado pelo deus Sol; de modo similar, os ciclos naturais, como as fases da lua e as estações – vitais para o estilo de vida daqueles povos – eram atribuídos às suas próprias deidades. Além de criar uma cosmologia para explicar o funcionamento do Universo, a maioria das culturas incorporou alguma história da criação em seu sistema de crenças. Essa história, de modo geral, constituía uma analogia com a reprodução humana: uma deusa-mãe deu à luz o mundo, em alguns casos com a ajuda de um deus-pai. Às vezes essas divindades parentais eram personificadas como animais ou elementos da natureza – rios, mar, Mãe Terra, Pai Céu. Os sistemas de crenças da maioria das religiões primitivas incluíam alguma forma de vida após a morte, geralmente relacionada à existência de um plano da realidade separado do mundo físico, um lugar de deuses e criaturas míticas para onde os espíritos dos mortos iriam”. (ALEXANDER, 2014, p. 18-19)

Com o desenvolvimento de tais comunidades, surgiram, então, as primeiras grandes civilizações, todas marcadas pela estreita relação entre o religioso e o político, característica do chamado Estado antigo, oriental ou teocrático. Essas antigas civilizações, em sua maioria formadas no Oriente e ao longo do Mediterrâneo, foram marcadas por uma organização política essencialmente unitária e por um intenso grau de religiosidade.⁶ Em síntese, desde as primeiras formas de organização política, Estado e religião parecem estar fundados sob a mesma essência da condição humana no mundo.⁷

6 “A família, a religião, o Estado, a organização econômica formavam um conjunto confuso, sem diferenciação aparente. Em consequência, não se distingue o pensamento político da religião, da moral, da filosofia ou das doutrinas econômicas. Há, entretanto, duas marcas fundamentais, características do Estado desse período: *a natureza unitária e a religiosidade*. Quanto à primeira, verifica-se que o Estado Antigo sempre aparece como uma unidade geral, não admitindo qualquer divisão interior, nem territorial nem de funções. A ideia da natureza unitária é permanente, persistindo durante toda a evolução política da Antiguidade. Quanto à presença do fator religioso, é tão marcante que muitos autores entendem que o Estado desse período pode ser qualificado como *Estado Teocrático*. A influência predominante foi religiosa, afirmando-se a autoridade dos governantes e as normas de comportamento individuais e coletivos como expressões da vontade de um poder divino. Em alguns casos o governante é considerado representante do poder divino. Essa *teocracia* significa, de maneira geral, que há uma estreita relação entre o Estado e a divindade, podendo-se, entretanto, apontar a existência de duas formas diferentes, conforme a distinção muito bem lembrada por Jellinek: a) em certos casos, o governo é unipessoal e o governante é considerado um representante do poder divino, confundindo-se, às vezes, com a própria divindade. A vontade do governante é sempre semelhante à da divindade, dando-se ao Estado um caráter de objeto, submetido a um poder estranho e superior a ele; b) em outros casos, o poder do governante é limitado pela vontade da divindade, cujo veículo, porém, é um órgão especial: a classe sacerdotal. Há um convívio de dois poderes, um humano e um divino, variando a influência deste, segundo circunstâncias de tempo e lugar”. (DALLARI, 2010, p. 62-63)

7 “O relacionamento entre Estado e Religião é de longa duração, ou melhor, de longuíssima duração. Sem querer determinar a origem do Estado, é provável que esse enlace ocorra desde sempre, e que a origem do Estado esteja na origem da Religião. Isso significa dizer que a Religião nunca esteve desvinculada das relações de poder. Esclarece Nelson Saldanha que as religiões nunca ocorreram como um fenômeno puro, desligado das estruturas de poder ou de atividades terrenas. [...] A religião também participa da ambiguidade que é própria das coisas humanas; ela organiza a convivência com o sagrado e estabelece uma ordem concreta dentro da sociedade. Existe, portanto, uma afinidade histórica entre o conteúdo estatal e o religioso, na medida em que o religioso foi o que por mais longo tempo doou sentido para as ações do Estado – mesmo quando é negado – e, além disso, o garantidor da existência daquele. Essa aguda aproximação ocorre por dois motivos: o conteúdo mesmo em que se fundamentam os dois fatores e a articulação histórica que o Estado promove no caminhar do Absoluto. Hegel nos apresenta indispensável nesse sentido; quando à primeira motivação, escreve: [...] o Estado repousa na disposição ética, e está na religiosa [...]. Os dois (lados) são inseparáveis: não pode haver dupla consciência moral, uma religiosa, e uma ética, diferente dela pelo teor e conteúdo. [...] assim, a religião é, para a consciência-de-si, a base da eticidade do Estado. É o enorme erro de nosso tempo querer considerar esses inseparáveis como separáveis um do outro, e mesmo indiferentes um ao outro”. (AMBRÓSIO, 2011, p. 22)

O poder político legitimado pela religião

Dada a estreita natureza unitária e a intensa religiosidade das antigas civilizações, o seu desenvolvimento deu origem a crenças milenares. A religião desempenhava um papel central para todos os povos da antiguidade, de maneira que o poder político jamais poderia estar desvinculado de práticas e rituais religiosos; antes, eram estes que o legitimavam.

A começar pelos sumérios, que já habitavam a região da Mesopotâmia em 4000 a.C., distribuídos em 12 cidades-estados, cada uma com o seu rei, porém, cujo poder político dependia da vontade do sumo sacerdote. Posteriormente, com a conquista dos sumérios pelos babilônicos, houve uma fusão de tradições dos dois povos, quando “os líderes babilônicos valeram-se da mitologia suméria para reforçar a hierarquia estabelecida, o que ajudou a reafirmar seu poder em relação a seu próprio povo e os sumérios suplantados”. (ALEXANDER, 2014, p. 57) Nessa nova mitologia de que se apropriaram os babilônios, o poder político supremo estava entregue nas mãos de Marduk, o primeiro deus-chefe da Babilônia, cujo mito é narrado no *Enuma Elish*, um poema épico fundamental para a religião babilônica.⁸

Foi com base nessa legitimação que o rei Hammurabi reivindicou a autoridade divina para introduzir o seu famoso código de leis da Babilônia. Também no Egito antigo, em cerca de 2000 a.C., a figura do rei faraó era reverenciada como uma autoridade divina e com o privilégio de viver mesmo após a morte. Posteriormente, esse privilégio foi incorporado à tradição egípcia sob a forma do Mito de Osíris.⁹ Para os antigos gregos, eram os oráculos que revelavam a vontade dos deuses e guiavam os reis, inclusive nos assuntos de Estado.

Diversas outras religiões surgiram desde a Pré-história, passando pela Antiguidade até os dias modernos, sempre exercendo influência sobre a ordem política dos povos em diversas partes, citando-se o hinduísmo (com vestígios ainda na Era Pré-histórica, na Índia, com suas inúmeras ramificações ao longo da história), o

8 O *Enuma Elish* “era recitado e encenado num festival de Ano-Novo, conhecido como Akitu, realizado no equinócio da primavera. Além de marcar a mudança de ano, o evento era uma recriação ritualística do cosmos, que permitia a Marduk definir o destino das estrelas e dos planetas para o ano seguinte. Tanto na mitologia quanto no ritual, o propósito do Akitu era legitimar a realeza – uma demonstração pública de que o rei babilônico recebia sua autoridade diretamente de deus”. (ALEXANDER, 2014, p. 57)

9 “A história da morte e ressurreição de Osíris foi o mito que deu aos egípcios a esperança de vida após a morte – inicialmente só para o rei, mas depois para todos os egípcios, no Médio Império”. (ALEXANDER, 2014, p. 59)

xintoísmo (ainda na Era Pré-histórica, no Japão), o judaísmo (2000 a.C., em Canaã, atual Israel, com suas diversas ramificações ao longo da história), o zoroastrismo (1400 a.C., na Pérsia, atual Irã), o taoísmo e o confucionismo (século VI a.C., na China), o jainismo (550 a.C., na Índia), o budismo (520 a.C., na Índia, com suas diversas ramificações ao longo da história), o cristianismo (século I, com suas variantes centradas no catolicismo e nas inúmeras correntes protestantes), o islamismo (século VII, na Arábia, com suas diversas ramificações ao longo da história), os credos *vikings* (século VIII, na Escandinávia), o sikhismo (século XV, na Índia, e, mais recentemente, desde o século XIX, as diversas religiões de matriz africana, tais como a santeria, em Cuba; o candomblé, no Brasil; o orixá xangô, em Trinidad e Tobago; o movimento rastafári, na Jamaica etc.

Citam-se ainda outras religiões específicas, tais como o *cai dai*, no Vietnã; a cientologia, nos Estados Unidos; o *falun dafa*, na China; o *fé baha'i*, no Irã; a Igreja da unificação, na Coreia do Sul; o *tenrikyo*, no Japão; bem como derivações do cristianismo surgidas nos Estados Unidos, a saber: os Testemunhas de Jeová, a Igreja de Cristo, a Igreja de Jesus Cristo dos Últimos Dias (mórmons), dentre outras. (ALEXANDER, 2014) Enfim, o modo como Estado e religião se inter-relacionaram variou muito, numa longa e complexa dialética que somente pode ser compreendida mediante a análise de todos os fatores culturais transcorridos ao longo da história de cada povo.¹⁰

Fato é que boa parte das religiões que ainda dominam o mundo contemporâneo surgiram em épocas nas quais o poder político buscou legitimação nas crenças divinas de cada povo governado, de modo que a influência religiosa foi uma realidade mundial pelo menos até o século XVII, ainda hoje ocorrendo nos Estados que adotaram um modelo de unidade formal e substantiva com feição nitidamente teocrática – total interpenetração entre poder político e poder religioso –, bem

10 “O relacionamento histórico entre as duas potências também não se dá de maneira linear. A tensão é permanente e a reconciliação é sofrida. No seu arquétipo para uma história universal, Jacob Burckhardt elegeu o trio Estado, Religião e Cultura como os articuladores da História; dentre eles são os dois primeiros que possuem força universal e que permanecessem por mais tempo na condução da História. Explica ainda que a História revela que as três potências trocam de função no decorrer do tempo: ora o Estado assume a função de Religião; ora a Religião assume a condução do Estado; ora a Cultura é protagonista e dinamiza as outras duas forças. Como forças constantes, as influências mútuas ocorrem todo o tempo, com predominância desse ou daquele fator. Nessa longuíssima duração, percebemos a dialética imanente desse inter-relacionar. Ainda nesse tempo longo é possível identificar a ordem nesse processo: o religioso sempre esteve presente na construção da identidade estatal transmutado de diferentes formas através do avanço da liberdade e da criatividade humanas. Não é de fora da História que a religião doa sentido ao processo político, é do seu interior mesmo que, pela sua essência, avança e se une ao político para alcançar seus fins. Aqui, portanto, religião não é assunto de fé, é assunto de política e como tal é tratada como obra humana que almeja, obviamente, a ligação com o divino”. (AMBRÓSIO, 2011, p. 24)

como nos que seguiram um modelo de unidade formal com divisão substantiva de viés confessional – separação entre as esferas política e religiosa, porém com religião oficial. Mas se engana quem considera que nos modernos Estados laicos não haja também essa impregnação pelo fator religioso, pois o simples fato de não se admitir o envolvimento do poder político com o aspecto institucional da religião não pode obstar a intensa presença do seu aspecto transcendental – este, sim, a marca característica do profundo e, muitas vezes, inconsciente sentimento de religiosidade do homem.

O pretenso “muro de separação”

Em matéria de filosofia política e religião, a expressão “muro de separação” (*wall of separation*) costuma ser atribuída a Thomas Jefferson, que, por ocasião da independência e formação dos Estados Unidos da América, teria se valido da metáfora para defender a separação entre o Estado e a Igreja como forma de se garantir a liberdade religiosa no novo país.¹¹ Entrementes, abstraindo-se qual seria o verdadeiro intuito desse posicionamento de um dos mais importantes *founding fathers* da América e as consequências políticas de tal entendimento,¹² o caminho que se trilhou desde a Antiguidade até o presente momento da nossa civilização foi e continua sendo movediço nesse tema.

Desde os primórdios, como dito, Estado e religião sempre andaram juntos em todas as culturas políticas, com a autoridade religiosa, de certa forma, conferindo legitimação ao poder dos governantes. Em alguns casos, como elementos unifica-

11 Como leciona Aldir Guedes Soriano (2009), a metáfora do muro de separação entre a Igreja e o Estado, cunhada por Thomas Jefferson em 1802, foi constitucionalizada por duas importantes decisões do juiz Hugo L. Black da Suprema Corte Americana em *Everson vs. Board Education* (1947) e *McCullum vs. Board Education* (1948). Assim prevaleceu o entendimento de que nem os Estados nem o governo federal podem estabelecer uma igreja. Essa metáfora explica graficamente a relação entre os dois poderes, religioso e secular, e a vedação da intromissão de um para com o outro. Segundo Black, o muro deveria ser mantido alto e intransponível.

12 A questão é polêmica, havendo quem sustente que “na constituição americana não há nenhum ‘muro de separação’ entre religião e Estado. Quando Thomas Jefferson criou essa expressão, foi para proteger as igrejas contra o Estado. É só num mundo pós-orwelliano que ela pode ser usada como pretexto para legitimar a repressão estatal da religião. Mas o confinamento mesmo de Deus na esfera ‘religiosa’, Sua exclusão dos debates científicos e filosóficos, que hoje até mesmo os religiosos aceitam como cláusula pétrea da ordem pública, já é uma herança mórbida da estupidez iluminista. O ‘muro de separação’ entre conhecimento e fé é uma farsa kantiana erguida entre dois estereótipos”. (CARVALHO, 2005, p. 1)

dos no mesmo centro de poder; noutros, como aliados que se afagavam mesmo à distância, combinando seus discursos de legitimação. Por muito tempo, os governantes vieram exercendo o seu poder como produto da delegação divina, que, por sua vez, era revelada por meio do sacerdote – um sistema no qual poder temporal e poder religioso se retroalimentavam.

Tal padrão de governabilidade que se repetiu em diversas partes do Oriente e do Ocidente, ainda que variando muito na sua forma, foi aos poucos sendo estremeado por conflitos que vieram ocorrendo entre os detentores do poder político e religioso, sendo que as sementes filosóficas para o gradativo enfraquecimento dessa união podem ser identificadas ainda no final da Antiguidade.

No Oriente, ainda no século VI a.C., Confúcio já pregara que a virtude pessoal do governante não viria dos deuses, colocando em cheque a tradição chinesa da dinastia Zhou, que tratava o imperador como um representante divino, advindo daí a sua bondade. Para Confúcio, porém, a superioridade moral não é um privilégio divino, mas sim um elemento inerente à humanidade que pode ser cultivado.¹³

Na mesma época, no Ocidente, o mito e a tradição espiritual do poder político-religioso esbarrou na figura de Sócrates, o primeiro filósofo grego que questionou avidamente o politeísmo oficial de um Estado extremamente guiado pela religião e alimentado por uma autocracia que impunha uma escravidão política em nome dos deuses. Tais ideais, propagados por Platão e outros discípulos socráticos, repercutiram na Antiguidade Clássica, não obstante sempre tenha predominado na Grécia a estreita ligação moral entre o político e o divino, o que também perdurou durante todo o Império Romano, apesar dos discursos filosóficos que procuravam racionalmente localizá-las em distintos planos. Aliás, mesmo no âmbito religioso, é conhecida a passagem do Novo Testamento em que Jesus, tendo a sua pregação espiritual confrontada pelo governante romano da época, disse que o seu reino (o reino de Deus) não era deste mundo e que, portanto, fosse dado “a César o que é de César e a Deus o que é de Deus”. É nítida, portanto, a mensagem cristã de que o poder espiritual não deveria se envolver institucionalmente com a organização política da sociedade.

13 “Os governantes da dinastia Zhou acreditavam que sua autoridade vinha diretamente dos deuses, sob o ‘mandato dos céus’, e que a qualidade de *ren* (ou *jen*) – benevolência – era um atributo das classes dominantes. Confúcio também considerava o céu como a fonte da ordem moral, mas argumentava que as bênçãos celestiais estavam abertas para todos e que a qualidade de *ren* poderia ser adquirida por qualquer um”. (ALEXANDER, 2014, p. 74-75)

Com o passar dos séculos, por questões históricas, reis e sacerdotes foram se afastando. Porém, isso não se deu de modo uniforme, sendo que ainda perdura em muitas nações a forte ligação entre os poderes político e religioso no campo institucional. Na verdade, as matizes desse entrelaçamento de poderes são bem variadas no tempo e no espaço, podendo-se identificar, dentre os modelos estruturais de relação entre Estado e religião, dois extremos bem definidos.

De um lado, há Estados que adotam um modelo de secularismo absoluto – também chamado de modelo da agressividade –, no qual existe não apenas um ateísmo formal por parte do Estado, mas também uma expressa proibição de todo e qualquer ato religioso. É o caso, por exemplo, do que ocorreu na antiga União das Repúblicas Socialistas Soviéticas (URSS) e, ainda segundo alguns, na França.¹⁴ No outro extremo, há Estados que adotam um modelo teocrático, em que há uma completa simbiose entre o poder político e o religioso, integrados numa unidade formal e substantiva, como ocorre, por exemplo, nos países muçulmanos.¹⁵

Discorrendo sobre a total ligação entre religião e direito nos Estados muçulmanos, Mario Losano (2007, p. 401) aponta que, sendo “vinculado a um texto sagrado, o direito islâmico está subordinado ao ritual religioso; por isso a ciência jurídica é vinculada pela teologia, ainda que essas disciplinas tenham na cultura islâmica uma extensão e uma relação recíproca diferentes das que possuem na cultura ocidental”. Também René David dá conta de que “numerosos Estados de

14 Tal modelo “adota como prática ideológica, constitucional ou política, uma atitude abertamente anti-religiosa e hostil, forçando igrejas e grupos religiosos ao anonimato ou buscando seu extermínio. Foi o que se viu nos Estados comunistas da ex-URSS, cuja ideologia leninista-marxista via a religião como o ópio do povo, é dizer, como forma de manipulação de uma classe sobre a outra. Da mesma maneira, pode-se citar o regime nacional-socialista alemão e, segundo Brugger, o modelo francês, embora em alguns o seja de forma mais moderada do que o dos regimes marxistas. Com efeito, na França, onde vigia um modelo anti-clerical e de profundo laicismo, não há exatamente uma hostilidade entre Igreja e Estado, mas uma ideia de perigo na religião. Os motivos para tanto são, sobretudo, históricos”. (BARCELLOS; TERRA; FIGUEIREDO; MATTA, 2011)

15 Mais do que se adotar uma religião oficial, nesse modelo, todas as demais vertentes religiosas são proibidas, haja vista que “a aproximação religião-Estado é total e completa, a ponto de se confundirem: as obrigações legais são vistas como deveres religiosos e os atos ilegais são considerados pecados. Seria esse o modelo que seguem certos países muçulmanos – dos quais os exemplos mais claros são o Afeganistão pré-intervenção militar da ONU, sob regime do Talibã, e o Paquistão – embora em alguns o seja de forma mais moderada. Uma teocracia mais branda seria aquela em que os líderes religiosos e políticos são pessoas distintas, – ainda assim, um grupo ainda exerce muita influência sobre o outro. De acordo com Jónatas Machado, as consequências da adoção desse tipo de modelo são, dentre outras, a incitação a guerras santas, cruzadas, inquisições; discriminação no acesso a cargos públicos; utilização de fundos estatais para o financiamento da atividade religiosa; perseguição e julgamento de ‘não-fiéis’ (e, portanto, hereges), com a implantação da pena de morte nesses casos quando da prática de conduta não compatível com os valores religiosos (como adultério e homossexualismo)”. (BARCELLOS; TERRA; FIGUEIREDO; MATTA, 2011, p. 17)

população muçulmana continuam a afirmar, nas suas leis e muitas vezes nas suas constituições, a sua ligação aos princípios do islã”.¹⁶

Afora os dois extremos mencionados, a maioria dos países desde o advento da modernidade vem adotando a ideia de separação entre ideais políticos e religiosos, o que “deve se dar tanto em termos organizacionais/estruturais – isto é, com a Igreja formalmente separada do Estado – como também em termos práticos, não permitindo o ingresso do poder político em nenhuma esfera relacionada ao religioso”. (BARCELLOS; TERRA; FIGUEIREDO; MATTA, 2011, p. 14)

Não obstante a predominância desse modelo secular, alguns países, por razões históricas, seguem reconhecendo uma religião oficial (Estados confessionais), consubstanciando o que alguns chamam de “unidade formal com divisão substantiva”, ou seja, com o reconhecimento formal de uma religião oficial por parte do Estado, porém materialmente separada deste, de maneira que tal reconhecimento não implique desrespeito para com outros grupos religiosos ou pessoas não religiosas, tampouco prerrogativas especiais para a religião tida como oficial. É o caso do Reino Unido, Grécia e Israel. (BARCELLOS; TERRA; FIGUEIREDO; MATTA, 2011)

Noutro giro, há os Estados que se declaram sem religião oficial (laicos), o que, ainda assim, pode variar muito em termos de relação substancial entre os elementos político e religioso. Há modelos nos quais ocorre, de um lado, a divisão – separação formal, sem religião oficial e com liberdade de crença –, mas sem prejuízo de que possa haver, por outro lado, uma cooperação entre o poder público e as religiões, como ocorre na Alemanha e no Brasil. Há, ainda, casos como os dos Estados Unidos, Austrália e Espanha, em que o poder público se declara neutro para questões religiosas, adotando, em tese, uma separação estrita, mas que, na prática, acaba se acomodando e admitindo a aludida cooperação. (BARCELLOS; TERRA; FIGUEIREDO; MATTA, 2011)

Salienta-se, contudo, que o “muro de separação” entre Estado e religião, pretensamente construído nesses modernos Estados que se declararam laicos, na verdade, nunca foi recepcionado de modo absoluto. Aliás, assim não o foi nem mesmo nos Estados Unidos, onde, não obstante a metáfora empregada por Thomas Jefferson,

16 Prossegue o autor esclarecendo que “a submissão do Estado a estes princípios é, assim, proclamada pela constituição em Marrocos, na Tunísia, na Síria, na Mauritânia, no Irã e no Paquistão; no Afeganistão e na República Árabe do Iêmen, os códigos civis do Egito (1948), da Síria (1949), do Iraque (1951) convidam os juízes a preencher as lacunas da lei seguindo os princípios do direito muçulmano; a Constituição do Irã e as leis da Indonésia preveem um processo destinado a assegurar a conformidade das instituições com os princípios do direito muçulmano”. (LOSANO, 2014, p. 525)

(SORIANO, 2009), a visão predominante sempre foi, como dito acima, a de uma separação estrita na teoria, porém com uma acomodação na prática, considerando fatores culturais já enraizados na população, seja quando da fundação do país – com predomínio de religiões de matriz judaico-cristãs –, seja com o multiculturalismo que se empreendeu ao longo da sua história.

Consoante assinalam Norberto Bobbio e Maurizio Viroli, a própria experiência da democracia americana, tão bem retratada na obra de Tocqueville, tem mostrado que o fenômeno religioso, com todas as suas ideias correlatas de temor a Deus e amor a Deus, parece ser mesmo “um elemento absolutamente indispensável em qualquer sociedade, porque, do contrário, a besta selvagem se libertaria”, levando a concluir que “é a própria liberdade política que torna necessária a religião”.¹⁷ Já Maquiavel argumentava que a religiosidade, dada a introjção que gera no indivíduos, é necessária para sustentar o senso de dever.¹⁸

Religião a grande vilã da modernidade?

Sob aspecto institucional, buscaremos aqui enfocar algumas das críticas formuladas à religião compreendida como uma igreja ou crença corporificada sob determinado conjunto de dogmas, rituais e normas de conduta. É sobretudo nesse aspecto formal que advieram as críticas mais ácidas ao fenômeno religioso, levando em

17 Salientando haver exemplos importantes de teóricos sustentando que o temor a Deus é particularmente necessário nas democracias, os autores destacam que, “analisando nos Estados Unidos as instituições e os costumes da primeira grande república do mundo moderno, Tocqueville louvava a separação clara entre Estado e Igreja, mas escrevia que aquilo que mais conta para a sociedade não é o fato de que todos os cidadãos devam professar a verdadeira religião, mas que eles profiram uma religião. A América, enfatizava ele, onde a religião tem um grande poder sobre os homens, é também a nação mais ‘iluminada e livre’. É a própria liberdade política que torna necessária a religião: ‘De minha parte, duvido que o homem jamais possa suportar contemporaneamente uma total independência religiosa e uma total liberdade política; e estou inclinado a pensar que, se não tem fé, é preciso que sirva, e se é livre, que acredite’. Como poderia uma sociedade salvar-se, indagava Tocqueville, se ‘afrouxado o liame político não se restringe aquele moral? Como fazer de um povo o senhor de si mesmo, se não está submetido a Deus’”. (BOBBIO; VIROLI, 2007, p. 54-56)

18 “O argumento maquiavelista da necessidade da religião para sustentar o senso de dever assinala uma importante verdade: a crença religiosa e o temor a Deus penetram no coração dos indivíduos e inspiram todas as suas ações, a autoridade política e as leis, com os prêmios e sanções, não entram nos corações e limitam-se a condicionar as ações sem influir sobre as motivações, senão em pouca medida. A não ser que exista uma outra força capaz de estimular as motivações interiores para a ação, é preciso, portanto, aceitar a ideia de necessidade da religião. A meu ver, Maquiavel e Tocqueville lançam um desafio intelectual e moral muito sério”. (BOBBIO; VIROLI, 2007, p. 56)

conta os abusos que os detentores do poder político ou grupos deles dissidentes cometeram em várias épocas da história e ainda hoje cometem em nome da fé, mas não apenas por isso.

As guerras em nome da fé

Dentre os ataques dirigidos à religião, o mais contundente certamente está relacionado às perseguições, matanças, torturas e sacrifícios, os quais, ao longo da história de diversos povos, vieram sendo cometidos em nome da fé na divindade.

Talvez os episódios mais criticados envolvam o acúmulo de poder e riqueza que marcaram a atuação da Igreja Católica durante a Idade Média, notadamente no período bélico das Cruzadas, bem como, no campo ideológico, o papel desempenhado pela Santa Inquisição na perseguição aos infiéis, esse que até hoje é considerado o “lado negro do catolicismo”. Mas não apenas no catolicismo – muitos outros episódios de barbárie poderiam ser destacados e praticamente houve abusos (e continua havendo) em todas as religiões conhecidas.

Os historiadores registram que as Cruzadas dos séculos XI a XIII teriam sido uma resposta contra a expansão islâmica no norte da África e na Península Ibérica, expansão essa que, por sua vez, teria se dado ao custo de muitas vidas de cristãos exterminados, tendo o Papa Urbano II, em resposta oficializada no Concílio de Clermont de 1095, pregado a completa expulsão dos muçulmanos da Terra Santa. Contudo, não apenas por fatores religiosos, as Cruzadas foram desencadeadas, sobretudo, por fatores políticos e econômicos, já que o crescimento da população e excedente de mão de obra nos feudos levou à formação de exércitos religiosos, e o ambiente belicoso encontrou terreno fértil com a divisão do poder religioso decorrente da expansão dos turcos no Oriente, o que fez com que os antigos monarcas bizantinos buscassem apoio junto ao Papa, isso sem falar no grande interesse comercial que se seguiu com as rotas abertas pelas Cruzadas ligando o Oriente ao Ocidente.

Outros conflitos com pano de fundo religioso poderiam ser lembrados, tais como as diversas guerras religiosas na França travadas ao longo de todo o século XVI entre católicos e protestantes (huguenotes), a Guerra dos Trinta Anos, também entre católicos e protestantes da Alemanha no século XVII, a rebelião *taiping*

na China, além dos inúmeros conflitos nas nações muçulmanas que promovem a guerra santa em seus territórios e fora deles.

Atualmente, muitos desses conflitos seguem tendo a religiosidade como principal fator de desencadeamento, podendo-se citar: os conflitos no Afeganistão entre fundamentalistas radicais muçulmanos e não muçulmanos;¹⁹ na Nigéria, entre cristãos e muçulmanos;²⁰ no Iraque, entre xiitas e sunitas;²¹ em Israel, entre judeus e muçulmanos;²² no Sudão, entre muçulmanos e não muçulmanos;²³ na Tailândia,

19 “O Afeganistão é um campo de batalhas desde a época em que Alexandre, o Grande, passava por lá, em meados de 300 a.C. Atualmente, dois grupos disputam o poder no país em um conflito que se desenrola há anos. De um lado, está o Talibã, movimento fundamentalista islâmico que governou o país entre 1996 e 2001. Do outro lado, está a Aliança do Norte, organização político-militar que une diversos grupos demográficos afegãos que buscam combater o regime Talibã. Após os atentados de 11 de setembro de 2001, a Aliança do Norte passou a receber o apoio dos Estados Unidos, que invadiram o Afeganistão em busca do líder do Al-Qaeda, Osama Bin Laden, estabelecendo uma nova república no país. Em 2011, americanos e aliados comemoraram a captura e morte do líder do grupo fundamentalista islâmico responsável pelo ataque às Torres Gêmeas, mas isso não acalmou os conflitos internos no país, que continua sendo palco de constantes ataques talibãs”. (SOARES, 2012, p. 1)

20 “Não é apenas o Rio Níger que divide o país africano: a população nigeriana, de aproximadamente 148 milhões de habitantes, está distribuída em mais de 250 grupos étnicos, que ocuparam diferentes porções do país ao longo dos anos, motivando constantes disputas territoriais. Divididos espacialmente e ideologicamente estão também os muçulmanos, que vivem no norte da Nigéria, e cristãos, que habitam as porções centro e sul. Desde 2002, conflitos religiosos têm se acirrado no país, motivados principalmente pela adoção da *sharia*, lei islâmica, como principal fonte de legislação nos estados do Norte. A violência no país já matou mais de 10 mil pessoas e deixou milhares de refugiados”. (SOARES, 2012, p. 1)

21 “Diferentes milícias, combatentes e motivações se misturam no conflito que tem lugar em território iraquiano. Durante os anos de 2006 e 2008, a Guerra do Iraque incluía conflitos armados contra a presença do exército dos Estados Unidos e também violências voltadas aos grupos étnicos do país. Mas a retirada das tropas norte-americanas, em dezembro de 2011, não cessou a tensão interna. Desde então, grupos militantes têm liderado uma série de ataques à maioria xiita do país. O governo iraquiano estima que, entre 2004 e 2011, cerca de 70 mil pessoas tenham sido mortas”. (SOARES, 2012, p. 3)

22 “Em 1947, a Organização das Nações Unidas (ONU) aprovou a divisão da Palestina em um Estado judeu e outro árabe. Um ano depois, Israel foi proclamado país. A oposição entre as nações árabes estourou uma guerra, que, com o crescimento do território de Israel, deixou os palestinos sem Estado. Como tentativa de dar fim à tensão, foi assinado em 1993 o *Acordo de Oslo*, que deu início às negociações para criação de um futuro Estado palestino. Tudo ia bem até chegar a hora de negociar sobre a situação da Cisjordânia e da parte oriental de Jerusalém – das quais nem os palestinos nem os israelenses abrem mão. Na Palestina, as eleições parlamentares de 2006 colocaram no poder o grupo fundamentalista islâmico Hamas. O grupo é considerado uma organização terrorista pelas nações ocidentais e fracassou em formar um governo ao lado do Fatah – partido que prega a reconciliação entre palestinos e israelenses. O Hamas assumiu o poder da Faixa de Gaza. E o Fatah chegou ao da Cisjordânia, em conflitos que se prolongaram até fevereiro de 2012, quando os dois grupos fecharam um acordo para a formação de um governo. Mas, segundo o site da Al Jazeera, rede de notícias do Oriente Médio, a rixa continua. Eleições parlamentares e presidenciais serão conduzidas nos dois territórios e a tensão internacional permanece pela possibilidade de o Hamas voltar a vencer no processo eleitoral”. (SOARES, 2012, p. 4)

23 “A guerra civil no Sudão já se prolonga há mais de 46 anos. Estima-se que os conflitos, que misturam motivações étnicas, raciais e religiosas, já tenham deixado mais de 1 milhão de sudaneses refugiados. Em maio de 2006, o governo e o principal grupo rebelde, o Movimento de Libertação do Sudão, assinaram o *Acordo de Paz de Darfur*, que previa o desarmamento das milícias árabes, chamadas *janjawid*, e visava dar fim à guerra. No mesmo ano, no entanto, um novo grupo deu continuidade àquela que foi chamada de ‘a pior crise humanitária do século’ e considerada genocídio pelo então secretário de Estado norte-americano Colin Powell, em 2004”. (SOARES, 2012, p. 5)

entre budistas e muçulmanos;²⁴ e no Tibete, entre o Partido Comunista da China e os budistas.²⁵

Não obstante tantos fatores distintos relacionados a esses conflitos históricos, o peso maior da “culpa” pelos abusos recai sempre sobre as costas da religião, tida como grande vilã e fomentadora de todas as lutas de conquista. E essa leitura que se faz da história, denegrindo e levando a abominar o papel espiritual da religião na vida política, encontrou reforço desde o advento do racionalismo iluminista, que se seguiu com a modernidade, conduzindo a um discurso de completa separação entre ciência e religião. Dito discurso crítico, ao invés de se manter suficientemente restrito ao aspecto institucional da religião, de modo a lançar repúdios apenas sobre a dominação ideológica e dogmática patrocinada pelas igrejas e crenças corporificadas, foi muito além disso, acabando por aviltar o aspecto transcendental da fé religiosa, que veio a perder completamente a sua importância na sociedade secular.

A triste marca deixada pelas guerras religiosas direcionou o pensamento humano para o materialismo, a crença espiritual foi substituída pela crença inabalável na razão e a ética religiosa cedeu lugar à moral racionalmente construída pelo corpo social. O advento do iluminismo e as Revoluções Liberais que se seguiram formaram a derradeira pá de cal que fez cair em sono profundo o sentimento religioso que deve animar a vida dos homens. E se, por um lado, o racionalismo foi indiscutivelmente fundamental para melhor instruir o homem contra a barbárie da dominação política e das guerras, por outro lado, o preço pago talvez tenha se tornado caro demais, acabando por se depreciar uma das necessidades mais fundamentais da psique humana.

De fato, muita coisa boa se perdeu “junto com a água suja do banho que levou embora a tirania da Inquisição”, como bem pontua Carlos Byington²⁶

24 “Um movimento separatista provoca constantes e violentos ataques no sul da Tailândia e criou uma atmosfera de suspeita e tensão entre muçulmanos e budistas. Apesar de os conflitos atingirem os dois grupos, eles representam parcelas bastante desiguais do país: segundo dados do governo tailandês, quase 90% da população do país é budista e cerca de 10% muçulmana [...] considerada genocídio pelo então secretário de Estado norte-americano Colin Powell, em 2004”. (SOARES, 2012, p. 5)

25 “A regulação governamental aos monastérios budistas teve início quando o Partido Comunista da China marchou rumo ao Tibete, assumindo o controle do território e anexando-o como província, em 1950. Mais de meio século se passou desde a violenta invasão, que matou milhares de tibetanos e causou a destruição de quase 6 mil templos, mas a perseguição religiosa permanece. Um protesto pacífico iniciado por monges em 2008 deu início a uma série de protestos no território considerado região autônoma da República Popular da China”. (SOARES, 2012, p. 6)

26 “O iluminismo e sua resultante política na Revolução Francesa separaram a religião da ciência. Eles dissociaram o subjetivo do objetivo e criaram o materialismo do século dezanove. Junto com o subjetivo, foram eliminados, também, do método científico, o sentimento, a intuição, a fé, a motivação e a vivência emocional racional e irracional da Totalidade. O subjetivo e o objetivo são irmãos e, por isso, sua dissociação jogou

O ataque de Nietzsche

“Deus está morto!”

Pode-se dizer que Friedrich Nietzsche, rompendo com a tradição moderna do seu tempo, foi um dos primeiros defensores da “vida como ela é”, abominando qualquer tipo de idealismo que passa ao largo de aspectos profundos e essenciais da vida humana, razão pela qual foi um crítico feroz tanto do racionalismo quanto da religiosidade, por mais que isso possa parecer paradoxal. Refutava Platão com a mesma agressividade que lançou seu repúdio implacável contra a religião, especificamente contra o cristianismo.

Sabe-se que Platão, como o mais fiel dos discípulos de Sócrates, pregou o pensamento racional acima de tudo, até mesmo acima do corpo e tudo que dele possa emergir (percepção, paixão, instinto, emoção); todos os instintos humanos deveriam ser anulados para que a razão pudesse ser exercitada. Defendia o esforço no abandono da corporeidade como condição de acesso à verdade, porque o corpo é impuro, irracional e contaminador e somente deveríamos a ele ceder em casos de extrema necessidade.²⁷ Nietzsche tinha ojeriza a esse pensamento platônico, assim como atacou veementemente todas as escolas da filosofia ocidental que beberam na fonte dos ideais socráticos e acabaram influenciando o movimento iluminista, que culminou no culto exacerbado ao racionalismo.

Para Nietzsche, a humanidade perdeu muito da sua essência de vida exatamente no momento em que a tradição trágica da mitologia veio a ser substituída pelo discurso racional. O reino de Dioniso cedeu lugar inteiramente ao reino de Apolo.²⁸

fora um dos gêmeos, junto com a água suja do banho que levou embora a tirania da Inquisição. Dentro da dissociação materialista, a Ética, que envolve a relação racional e emocional com a Totalidade, foi reduzida à Moral, formulada pelas leis para regulamentar a ordem social. No Direito, a transgressão moral foi definida pelo conceito de crime. As leis tem variado junto com as mudanças históricas nas sociedades que separam o Estado da Religião. Julgo a separação entre o Estado e a Religião uma das grandes conquistas do humanismo, mas considero a dissociação entre a religiosidade e a dimensão científica a grande ferida do Self Cultural da modernidade”. (BYINGTON, 2013, p. 2)

27 Para Platão, “tudo aquilo que não é pura espiritualidade racional pode ser descrito em termos de patologia da alma”. (NICOLA, 2005, p. 72)

28 “Nietzsche estabeleceu uma distinção entre o *apolíneo* e o *dionisíaco*: Apolo é o deus da clareza, da harmonia e da ordem; Dioniso, o deus da exuberância, da desordem e da música. Segundo Nietzsche, o apolíneo e o dionisíaco, complementares entre si, foram separados pela civilização”. (NIETZSCHE, 2000, p. 6)

Partindo dessa premissa nietzschiana, Ubaldo Nicola assinala que a substituição da tragédia pela filosofia representou um ponto negativo na evolução humana.²⁹

Mas, em que pese o seu discurso de resgate às necessidades psicológicas vitais do ser humano, Nietzsche jogou fora a fé religiosa no mesmo balde de lixo em que já havia colocado o racionalismo, considerando os dois como ilusões tranquilizadoras que procuram dar ao homem um pretenso sentido da vida que ela não pode oferecer na verdade, daí porque o homem verdadeiramente livre – por ele denominado de “super-homem” – deveria desprezar tanto a dimensão racional quanto os valores religiosos.

No seu *O crepúsculo dos ídolos*, em que se valeu de toda a sua verve literária para insuflar um combate implacável a todos os tipos de ídolos – uma “declaração de guerra” por ele metaforicamente designada como “filosofia do martelo” –, Nietzsche diz que “Sócrates foi um equívoco; toda a moral do aperfeiçoamento, mesmo a cristã, foi um equívoco [...]”. Em sua *A Gaia da Ciência*, ao gritar que “Deus está morto! Deus permanece morto! Nós o matamos!”, Nietzsche pretendeu enfatizar um momento histórico em que os ideais iluministas puderam conduzir a substituição da divindade por outros referenciais.³⁰ Porém, os homens não se deram conta de que, mesmo se libertando das falsas esperanças alimentadas pela fé, não poderiam substituí-las por outras falsas esperanças que passaram então a ser alimentadas pela razão.

É interessante, nesse particular, observar que os ataques que Nietzsche dirige às normas morais e à ética religiosa seguem essencialmente o mesmo padrão com que ele também critica a visão racional do mundo nascida na Grécia Antiga com os filósofos socráticos e que foi retomada pelo movimento iluminista que se seguiu desde o século XVII. Prova disso é a maneira como ele menciona o *Código de Manu*,

29 “A grandeza do homem grego – e, com ela, a grandeza da humanidade – teve fim quando a filosofia substituiu a tragédia. Enquanto esta última representava a vida na sua crua realidade, sem mascarar a evidência de um homem dominado por forças incontroláveis e a ele superiores, a partir de Sócrates prevaleceu uma atitude de fuga em relação à vida, uma patologia do espírito, cujos sintomas são o medo e a insegurança psicológica, unidos ao absurdo desejo de encontrar uma explicação racional para qualquer evento, de modo a esterilizar a vitalidade do mundo e dos instintos por meio do uso da razão. A história da filosofia é uma dolorosa vicissitude de decadência progressiva, marcada pela supressão do dionisiaco e pelo domínio do apolíneo. Invertendo a ordem tradicional dos valores, Nietzsche identifica na morte de Sócrates, no seu *desejo de morrer*, o primeiro e mais evidente sintoma dessa milenar doença (a filosofia), que deprime o homem ocidental”. (NICOLA, 2005, p. 410)

30 “Deus está morto porque os homens o mataram, e essa é a premissa do resgate de uma época, de uma mutação do gênero humano que se concluirá com o advento do Super-Homem. O Cristianismo, com efeito, era o que de mais pernicioso e pervertido os homens poderiam inventar. O que fez o Cristianismo senão defender tudo o que é nocivo ao homem? Envenenou o espírito humano, pregando a humildade contra o orgulho, a castidade contra o instinto, a compaixão e o amor contra o domínio e a força. A religião (toda religião) é um vício”. (NICOLA, 2005, p. 414)

um dos conjuntos de regras religiosas mais simbólicos do direito bramânico, comparando-o com os escritos dos filósofos da Antiguidade.³¹

Entretentes, como dito em tópico anterior, apesar de admirarmos o pensamento de Nietzsche na medida em que chama a atenção sobre a necessidade de se levar mais a sério os nossos instintos vitais e profundos, ao invés de simplesmente reprimi-los, não concordamos com a ideia de que a emancipação do homem – em busca do “super-homem” – implicaria vivenciar ao máximo e incondicionalmente tais instintos, desprendendo-se de qualquer elemento ético. E não obstante aceitarmos a premissa de que a crença exacerbada na razão é nociva ao homem no momento em que se arvora a descrever o que supõe ser explicável, não acolhemos a mesma premissa quando se trata de lidar com o que se deve considerar inexplicável, daí porque reputamos injustos os ataques dirigidos por Nietzsche à fé religiosa. Abordaremos melhor as razões dessa injustiça quando tratarmos, em tópico posterior, acerca das virtudes da prática religiosa.

A religião como “neurose universal” para Freud

Apesar de descender de judeus e de haver sido instruído de acordo com princípios seguidos pelo judaísmo, a família de Sigmund Freud não era das mais ortodoxas, sequer celebrando em casa as comemorações judaicas. Essa relativa flexibilidade religiosa no lar permitiu-lhe a independência intelectual necessária a suas cogitações filosóficas ateístas e seu grande apego à ciência determinista e positivista, o qual considerava incompatível com qualquer crença religiosa.

Partindo sempre da premissa causalista e com base na observação dedutiva, Freud repudiava considerações sobrenaturais que tentassem de alguma forma explicar o comportamento humano, preferindo localizar no inconsciente as causas comportamentais em termos objetivamente psicanalíticos, buscando identificar sempre “uma estreita correlação entre o trauma original enquanto causa e os sintomas manifestos enquanto efeitos – até o ponto mesmo de a lembrança de um produzir o desaparecimento do outro”. (PALMER, 2001, p. 18) Como explica Michael

31 Segundo Mario Losano (2007, p. 473), “o Código de Manu despertou o entusiasmo de Friedrich Nietzsche, que em 31 de maio de 1888 escrevia: ‘Tudo o que sabemos dos outros grandes códigos morais parece ser a imitação dele, senão a caricatura. A começar pela moral egípcia; e o próprio Platão simplesmente me parece ter sido bem instruído por um brâmane’”.

Palmer, era incansável a luta de Freud em afirmar a pura cientificidade do método psicanalítico por ele idealizado e inserido na tradição determinista-científica.³²

Mas a crítica de Freud à prática religiosa não se ateu a aspectos epistemológicos, tendo ido muito além disso para incluir a religião entre os seus objetos de estudo científico, classificando-a como uma neurose obsessiva universal.³³ O fenômeno da religião é, ainda, abordado por Freud em livros, tais como *Totem e tabu* (1913), *O futuro de uma ilusão* (1927), *O mal-estar na civilização* (1930) e *Moisés e o monoteísmo* (1939). Em todas essas obras, o pai da psicanálise considera que, tal como ocorre em geral com a neurose obsessiva, o apego ao modo de vida religioso seria fruto de impulsos reprimidos pela própria religião, cujas raízes estariam nos seus componentes primários: o recalque, que impede a consciência da experiência traumática; e o complexo de Édipo, que traduz o apego ao genitor do sexo oposto e a rivalidade com o do mesmo sexo.³⁴

32 “Uma tradição que incluía seus mestres e que ele ampliou para incluir até grandes luminares como Copérnico, Kleper, Newton e Darwin – que o leva a sustentar que religião e ciência são fundamentalmente incompatíveis. Com efeito, é tal o antagonismo que ele vê entre elas que se aplica a seguinte regra: todo aquele que a considera médico e empirista tem que se ateu. Não se tratava para Freud apenas de uma escolha, mas, principalmente de uma questão de coerência lógica. Tudo isso está claramente expresso em sua importante palestra ‘A questão de uma *Weltanschauung*’, que ele inclui em suas *Novas lições introdutórias de psicanálise* (1933). Nela, Freud traça as linhas de separação entre religião e ciência. [...] Uma *Weltanschauung* é, sem sua concepção, uma ‘construção intelectual que resolve todos os problemas de nossa existência de modo uniforme com base numa hipótese insofismável’, e não precisamos ir além da religião para ver um exemplo disso dotado de imenso poder e coerência. [...] ela afirma que não há fontes de conhecimento além das providas da observação verificável e que nenhum conhecimento pode ser derivado de fontes alternativas como a revelação, a intuição ou a adivinhação, todas elas reconhecíveis como a realização de impulsos do desejo”. (PALMER, 2001, p. 19)

33 Comentando o pensamento de Freud esboçado em *A Short Account of Psychoanalysis* (1924), Palmer (2001, p. 25) assinala que “é impossível fugir à impressão da perfeita correspondência que se pode descobrir entre as ações obsessivas de certos pacientes obsessivos e as observâncias religiosas de fiéis no mundo inteiro. Alguns casos de neurose obsessiva comportam-se de fato como uma caricatura de religião privada, sendo tentador comparar as religiões oficiais como uma neurose obsessiva que foi mitigada ao ser universalizada. Essa comparação, que é sem dúvida vista com todas as objeções por todos os fiéis, ainda assim tem-se mostrado sobremodo produtiva em termos psicológicos. Porque a psicanálise cedo descobriu no caso da neurose obsessiva que forças lutam entre si nela até que seus conflitos encontrem uma expressão notável no cerimonial de ações obsessivas. De nada semelhante se suspeitava no caso do cerimonial religioso até que, fazendo remontar o sentimento religioso à relação com o pai na qualidade de sua raiz mais profunda, se tornou possível apontar, também nesse caso, para uma situação dinâmica análoga”.

34 “*Totem e tabu* contém as primeiras especulações de Freud sobre as correspondências entre certos rituais neurótico-obsessivos e as observâncias totêmicas de tribos primitivas. Seguindo essas comparações, Freud alega, tanto em *O futuro de uma ilusão* como em *Moisés e o monoteísmo*, que os fenômenos religiosos são similarmente sintomas de neurose e, para ser mais específico, uma neurose vinculada às ansiedades sexuais inconscientes das crianças em relação a seus pais (o complexo de Édipo). Podemos entender essas neuroses de duas maneiras: ou como advindas das experiências individuais e ontogênicas de cada um de nós ou como legados comuns advindos das reações filogenéticas de gerações anteriores – reações que formam a ‘herança arcaica da humanidade’ e que procedem das experiências da horda primitiva”. (PALMER, 2001, p. 19)

Na tentativa de analisar o surgimento do fenômeno religioso, Freud desenvolveu, dentre outras, a teoria da horda primitiva, segundo a qual a luta pela sobrevivência dos nossos ancestrais pré-históricos passou por três estágios, tendo a religião surgido no terceiro deles. No primeiro estágio, por ele denominado “estágio patriarcal da civilização”, deu-se a supressão do instinto libidinal em favor da sobrevivência. No segundo, tido como o “estágio social da civilização”, surge a ameaça da relação dos filhos com a tirania do pai, o trauma da realidade e o medo da castração, o que leva à fuga. E, por fim, no terceiro estágio, ocorre o fim da horda e a vitória dos irmãos, que matam o pai – porém, sentem depois a sua falta e passam a idolatrá-lo como um modelo.³⁵

Fato é que – e isso pode ser considerado uma característica marcante em toda a sua obra – Freud sexualiza a religião, tendo em vista que, “dada a íntima ligação já estabelecida entre neurose e recalque sexual, não é surpreendente que a teoria da sexualidade de Freud ocupe o centro do seu pensamento sobre a origem e o caráter da crença religiosa”. (PALMER, 2001, p. 31) Ele termina por considerar que a evolução da humanidade e a maturidade racional do homem levariam à superação da obsessão infantil da religiosidade e sua substituição pelo conhecimento científico.

Talvez a maior contribuição da análise freudiana da religião tenha sido justamente o motivo primordial que levou Freud a se debruçar sobre o tema – responder à pergunta: por que, mesmo numa época em que os ventos do iluminismo já sobravam forte no horizonte da razão humana, ainda assim, muitos se negaram a deixar de lado a sua fé religiosa?³⁶

35 Em suma, “o pai primeiro cria, por meio de seu ciúme sexual e da sua intolerância, a psicologia do grupo. Sendo esse o caso, podemos agora desvelar a necessidade emocional interior que cria a Igreja como grupo humano, assim como ser mais específicos sobre os conteúdos da ilusão que mantém o grupo unido. A comunidade cristã duplica esse legado arcaico e, na resposta do fiel a Cristo, reanima a relação de cada indivíduo com o pai primeiro: nesse sentido, Cristo tornou-se o ‘pai substituto’. Ao mesmo tempo, no entanto, a Igreja mantém a comunidade junta ao promover uma particular remodelação idealista do estado de coisas vigente na horda primitiva. Onde um dia os filhos sabiam que eram perseguidos pelo pai, e o temiam, a Igreja agora promove a ilusão de que o Deus pai os ama e protege. Introduce-se assim uma religião do amor onde nenhum amor existia, e a figura de Cristo é apresentada como um pai ideal bem afastado do original aterrorizante e implacável, o mestre da horda”. (PALMER, 2001)

36 Em outras palavras, “se as raízes da religião não eram – diferentemente do que uma típica teoria iluminista havia defendido – de tipo intelectual, ela não podia, por consequência ser definida como um ‘erro’. Como explicar, então, a sua capacidade de resistência, também na época do incipiente advento da razão? É aqui que sobressai a contribuição original do novo método analítico. Ele devia desvendar a natureza ilusória do fato religioso e explica sua capacidade de resistência: a religião é a satisfação de desejos ancestrais, tão arraigados que justificariam sua força e persistência e também a sua capacidade de escapar às cobranças da ciência. Por isso o método racionalista não era capaz de atacar o núcleo central da religião, decifrando o enigma da sua natureza ilusória. A decifração da trama de relações ocultas entre crença e desejo, trama

Mas, não obstante a genialidade de Freud e a coerência sistêmica do seu pensamento intelectual, ao que nos parece – e é este o foco do presente artigo –, o saber científico secular, por mais desenvolvimento tecnológico que já nos tenha propiciado, não tem sido suficiente para aplacar as crises existenciais ínsitas à condição do homem no mundo, coisa que as práticas religiosas, de certa forma, souberam fazer como nenhuma outra obra humana foi capaz. E tal foi observado pelo mais famoso dos discípulos de Freud, Carl Gustav Jung, que, rompendo com o antigo mestre, soube melhor compreender o padrão de comportamento religioso como algo cujas raízes pareciam ser muito mais profundas do que a teoria sexual de Freud lograria explicar.

Deus como um “arquétipo” na visão de Jung

Carl Gustav Jung foi considerado pelo próprio Freud “não só seu discípulo mais bem dotado como também o mais importante, seu príncipe coroado, o homem destinado a levar sua obra adiante no futuro”. (PALMER, 2001, p. 118) Conheceram-se pessoalmente em 1907 e passaram a se corresponder intensamente, mas, pouco tempo depois, em 1910, Jung começaria a perceber substanciais discrepâncias no modo em que pensavam a psicanálise. Jung sentia a necessidade de expandir ainda mais o estudo do inconsciente, indo além da teoria sexual de Freud, no que este foi extremamente relutante, tornando inevitável o rompimento entre os dois cientistas.³⁷

Michael Palmer conta que, não obstante o sentimento de reverência e devoção filial, a autoridade de Freud acabava privando Jung de sua própria independência intelectual, mormente em duas áreas nas quais Freud não admitia qualquer tipo de oposição: sexualidade e religião.³⁸ Embora se possam identificar pontos de intersec-

cuja estratégia está escondida na urdidura das práticas religiosas, era o objeto peculiar da crítica analítica”. (FILORAMO; PRANDI, 1999, p. 175)

37 Sobre o encontro e posterior rompimento entre Freud e Jung, confira: Byington (1975).

38 Aos poucos Jung foi percebendo em Freud “a irrupção de fatores religiosos inconscientes. Em outras palavras, Freud, que sempre dera imensa importância a sua falta de religião, tinha agora construído mais uma: o Deus ciumento, a quem ele perdera, fora agora substituído por outra imagem de grande intensidade, a da sexualidade. [...] O equívoco de Freud consistia, em vez disso, em construir uma teoria geral com base em suas preferências pessoais – em sucumbir a uma espécie de arrogância ‘metafísica’ ao ir além dos dados disponíveis e ao ignorar deliberadamente as evidências que não se conformassem às hipóteses que estava apresentando. Para Jung, por conseguinte, a honestidade intelectual requer a inclusão não-dogmática de

ção entre as duas obras – que, de certa forma, completam-se em muitos aspectos –,³⁹ as distinções são evidentes no tratamento do fenômeno religioso.

Jung rejeita a definição freudiana generalizada de religião como uma neurose sexual, bem como o relato extremamente negativo que Freud faz da religião, identificando nela aspectos positivos. Começa Jung por asseverar que nem todas as neuroses tem uma origem sexual, “porque não é somente o instinto sexual, mas antes um desequilíbrio em termos de distribuição de energia psíquica o responsável pela formação de neuroses”. (PALMER, 2001, p. 143) Em segundo lugar, apesar de poderem ocorrer neuroses associadas à religião, nem todo comportamento religioso será necessariamente neurótico, pois a religião não terá caráter neurótico se não ocorrer essa ruptura, se exibir uma conjunção harmoniosa dos lados dessemelhantes da psique, o consciente e o inconsciente.⁴⁰ Em terceiro lugar, Jung não concebe a neurose como algo exclusivamente negativo, podendo-se extrair dela, seja qual for a sua origem, atributos positivos que podem servir à maturidade individual.⁴¹ Por fim, Jung nega o relato freudiano exclusivamente retrospectivo da religião, considerando que a religião também apresenta um caráter presente e prospectivo que vem em socorro do equilíbrio psíquico do indivíduo.⁴²

Enquanto Freud enxerga a religião como um resquício neurótico infantil que tende a ser superado à medida que o homem amadurece, Jung, em sentido diame-

informações excluídas por Freud, exigindo além disso uma compreensão bem mais ampla da realidade psíquica. Assim, por exemplo, enquanto a abordagem positivista e determinista de Freud – revelada de modo mais notável em sua preocupação biológica com a origem sexual da neurose – leva a um relato redutivo de fenômenos mentais como a crença religiosa, Jung adota uma abordagem menos fechada, sustentando que há mais no universo do que admite o materialismo científico”. (PALMER, 2001, p. 121)

39 Reconhecendo nas duas obras “uma diferença sistemática onde cada uma é coerente na sua unilateralidade”, Carlos Amadeu Botelho Byington pondera que “todo fenômeno vital é em sua natureza dialético, pois engloba sempre pólos opostos de cuja interação resulta toda e qualquer transformação”. (BYINGTON, 1975, p. 1)

40 “Caso isso aconteça, o estudo da experiência religiosa não pode ser considerado a análise da sublimação sexual e do recalque, mas como o estudo de um processo psíquico fundamental, natural e terapêutico no qual o indivíduo busca o autoconhecimento, a auto-regulação e a auto-realização”. (PALMER, 2001, p. 153)

41 “Longe de ser negativa, a neurose também pode ser um passo positivo no desenvolvimento psíquico ao desvelar, no processo de *regressão*, o nível mais profundo e criativo da mente inconsciente, isto é, o inconsciente coletivo. Assim, a denúncia freudiana da religião, longe de promover a maturidade individual, bloqueia-a agressivamente”. (PALMER, 2001, p. 143)

42 “Descartar a religião por ser ela infantil é, dessa maneira, ignorar seu *caráter presente e prospectivo*, e não ver que ela também pode exprimir uma tentativa de integrar os aspectos conscientes e inconscientes da psique sob as condições em mudança na vida, de alimentar o equilíbrio psíquico do indivíduo não só com vistas ao presente, mas visando a passagem por todas as vicissitudes da experiência ulterior. Dito isso, a religião, longe de ser neurótica, é revelada como um processo constante e em evolução no desenvolvimento da personalidade psíquica”. (PALMER, 2001, p. 144)

tralmente oposto, considera que o processo de amadurecimento perpassa por uma por “uma reorientação da consciência para a religião, rumo aos processos psíquicos genéricos da espécie humana que a religião personifica e que são, por conseguinte, expressão das atividades mais profundas e interiores da psique”. (PALMER, 2001, p. 122) Para Jung, pois, a religião não é neurose; ao contrário, é a ausência de religião que pode ser um sintoma neurótico.

Conclui Jung, então, identificando a figura da divindade como um arquétipo do inconsciente coletivo. O conceito de arquétipo é fundamental na obra de Jung e retrata uma categoria inconsciente de percepção que organiza as nossas ideias durante a vida. Em linhas gerais, arquétipos são “formas preexistentes ou tipos primordiais cuja existência se pode fazer remontar às mais remotas épocas da humanidade”, vale dizer, “manifestações da *natureza estrutural da própria psique*, e, assim, expressivas de um substrato universal e comum que está presente em todos os seres humanos e que opera de modo constante e dinâmico”.⁴³ (PALMER, 2001, p. 150)

Reside exatamente aqui o ponto de convergência entre tal categoria do pensamento junguiano e a premissa para a qual viemos procurando chamar à reflexão desde a introdução do presente artigo: o fato de haver evidências inquestionáveis levando a crer que a religiosidade não pode ser considerada apenas um dado empiricamente apreendido e adquirido a partir da experiência cultural do homem.

Ampliando, assim, a análise empírica – e ainda que se reconheça haver diversas críticas à teoria junguiana que não poderiam aqui comportar apreciação no curto espaço deste ensaio –, soa-nos deveras plausível a concepção junguiana de Deus como um arquétipo do inconsciente coletivo, ao menos com a finalidade de trabalharmos com a ideia fundamental de religiosidade que nos anima na pesquisa, à guisa de compreender a religião como algo muito mais complexo do que uma estrutura formal a serviço do poder político ou econômico, como ocorre na visão estritamente ideológica da teoria marxista ao enxergá-la como “ópio do povo”.

Cumprе lembrar aqui a crítica de Max Weber à dita premissa marxista, quando, ao estudar minuciosamente a religiosidade dos cristãos protestantes, identificou nesse comportamento religioso algo que, apesar de haver bem servido ao desenvolvimento do capitalismo, não poderia ser considerado fruto deste,

43 Sobre a noção junguiana de arquétipo, o autor a considera como “algo semelhante a um ‘instinto’, uma norma biológica ou ‘padrão de comportamento’ que pode ser observada, por exemplo, na maneira como a criança chupa o dedo *in utero*. Para os junguianos, há considerável apoio empírico para essa ideia, vindo em particular da etologia, o estudo do comportamento animal”.

nem mesmo que deste tenha sido colocado a serviço. Muito pelo contrário, foi exatamente aquele comportamento religioso, já existente e incrustado entre os protestantes, que serviu de solo fértil para fazer vicejar as sementes trazidas pelo vento do capitalismo.⁴⁴

Valendo-nos da aludida categoria junguiana, tem-se que cada povo, dadas as suas condições de sobrevivência enfrentadas ao longo das gerações e desde os primórdios da humanidade, fez aflorar determinados arquétipos subjacentes do inconsciente coletivo, cujo conteúdo, a depender da sua dominância, sempre variou contingencialmente. E foi justamente o modo específico e dominante como veio a aflorar cada arquétipo que fez com que se desenhassem as vocações primárias no inconsciente coletivo de cada povo, daí porque alguns povos se direcionaram mais ao confronto bélico, enquanto outros se mostraram mais pacíficos; alguns se organizaram em torno do trabalho árduo, enquanto outros se dedicaram mais ao desejo, à contemplação, à arte e à sensualidade, isso tudo dentre muitos outros arquétipos que podem ser identificados.

Esse processo, denominado por Carlos Byington (2008) como a teoria arquetípica da história, realça a importância da religiosidade antes mesmo do advento de um sistema organizado de normas jurídicas e, para além disso – dada a necessidade de se resgatar a linha divisória entre o bem e o mal, tão ofuscada na modernidade –, pode servir para melhor se compreender que “nem a Moral nem a Ética foram inventadas pela história. Elas são arquetípicas e correspondem a duas necessidades intrínsecas da natureza humana. A Moral tem a finalidade de regulamentar o comportamento social” (BYINGTON, 2013, p. 1), enquanto a ética, cultuada por meios das práticas religiosas, antecedeu historicamente a moral, transmitindo valores fundamentais intrínsecos à condição humana e que, mais do que dados da contingência cultural, configurariam verdadeiros arquétipos.⁴⁵

44 Com efeito, partindo da comparação que fez entre os diferentes graus de desenvolvimento que viu ocorrer na região de Florença (que, até o século XV, foi o maior mercado financeiro e de capitais de todas as grandes potências políticas do mundo) e na região da Pensilvânia (que, até o século XVIII, tinha uma economia provinciana que beirava ao escambo), Marx Weber argumenta que o maior desenvolvimento do capitalismo nesta última deveu-se, sobretudo, a uma primária e quase instintiva maior vocação ao ganho, vinculada por um dever de trabalho, fruto do pensamento religioso de matriz protestante que predominava nessa região – o que ele chamou de “espírito” do capitalismo – e não propriamente relacionado às condições materiais inerentes ao poder político ou econômico na região. Daí, arremata Weber (2004, p. 66): “querer falar aqui de um ‘reflexo’ das condições ‘materiais’ na ‘superestrutura ideal’ seria rematado absurdo”.

45 Como escreve Byington (2013, p. 1): “a Ética sempre existiu para relacionar o indivíduo e a sociedade com o potencial pleno do seu desenvolvimento dentro da relação entre o Bem e o Mal. Milênios antes da elaboração das leis, a função ética já estabelecia a diferença entre o Bem e o Mal por meio das religiões, o que, em

A “religião para ateus” na proposta de Alain de Botton

Alain de Botton é um jovem escritor suíço que concentra sua obra filosófica traçando uma abordagem original sobre temas problemáticos da nossa vida cotidiana, sem se restringir a apenas apontar os dados históricos da filosofia ou as questões levantadas pelos principais filósofos. Adotando um modelo de pensamento essencialmente pragmático – sem, contudo, recair num utilitarismo árido –,⁴⁶ o seu livro *Religião para ateus* assinala que, mesmo não acreditando em Deus ou não tendo fé, é possível encontrar aspectos úteis e construtivos nas práticas religiosas, que sabiamente adotam mecanismos eficientes de lidar com os principais problemas enfrentados pelo homem moderno, problemas esses que não puderam encontrar solução semelhante por nenhum dos métodos seculares de educação e desenvolvimento social.

Botton (2011, p. 12) já inicia o livro esclarecendo que jamais hesitou na sua certeza de que Deus não existe, o que, contudo, não lhe impediu de verificar ser plenamente possível se relacionar com a religião sem precisar endossar seu conteúdo sobrenatural. E o fato de não se abraçar a crença em deidades imateriais não significa necessariamente que se deva “abrir mão totalmente de um conjunto de rituais reconfortantes, sutis ou apenas encantadores para os quais temos dificuldades de encontrar equivalentes na sociedade secular”. Sem olvidar dos avanços propiciados pela ilustração em termos de racionalismo e desenvolvimento tecnológico, o autor pontua que “o erro do moderno ateísmo tem sido negligenciar a quantidade de aspectos que permanecem relevantes após o descarte dos princípios centrais da fé”.⁴⁷

muitas culturas, continua sendo feito até hoje. Desta maneira, ao registrar a consciência coletiva característica das muitas religiões e relacioná-las com várias escolas e tradições do Direito na perspectiva arquetípica, temos um denominador comum para compreender e diferenciar a Moral e a Ética pela Psicologia”.

46 Identificamos aqui a visão pragmática de Botton (2011, p. 12) no fato de ele não pensar a filosofia divorciada dos problemas cotidianos que pode ajudar a resolver, defendendo que é preciso extrair da experiência dos bons resultados práticos uma possibilidade de ação transformadora do homem e da sociedade. Se, de um lado, não adianta nos perdermos em intermináveis questões metafísicas que em nada ajudem a nossa vida, por outro lado, podemos extrair de tais questões consequências práticas boas e construtivas. É, portanto, uma visão prospectiva, mais voltada para o futuro da sociedade, e, nisso, vai bem além de uma ética meramente utilitarista que leve em conta apenas uma relação entre custo e benefício em termos de busca da felicidade para o maior número de pessoas.

47 Prossegue o autor explicando que “é quando paramos de acreditar que as religiões foram outorgadas do alto ou que são totalmente insanas que as coisas ficam mais interessantes. Podemos então reconhecer que inventamos as religiões para servirem a duas necessidades centrais, que existem até hoje e que a sociedade secular não foi capaz de resolver por meio de nenhuma habilidade especial: primeiro, a necessidade de viver juntos em comunidades e em harmonia apesar dos nossos impulsos egoístas e violentos profunda-

Citando, por exemplo, que grande parte dos bons sentimentos que podem ser vivenciados na comemoração do Natal não está vinculada à história do nascimento de Cristo, Botton enfatiza que as práticas religiosas deveriam merecer atenção mesmo num Estado laico, podendo ser aproveitadas para resolver muitos dos problemas da sociedade secular.

À guisa de combater as causas da alienação moderna e da sensação generalizada de solidão, boas práticas poderiam servir ao resgate do senso de comunidade, coisa que as religiões sempre ajudaram a construir, fortalecendo o elo de afeição entre os seus fiéis. Antes da instituição de um Estado moderno e burocrático, encarregado de promover o bem comum, a vida pré-capitalista seguia num mundo sem saúde pública, assistência social, programas habitacionais ou seguro-desemprego, em que a caridade e a conseqüente gratidão eram elementos preponderantes de contato e conexão espiritual entre os homens.

No mundo moderno e racional, tendo-se substituído a caridade pelos princípios jurídicos da solidariedade e da dignidade da pessoa humana, levando à instituição dos mais diversos direitos subjetivos públicos na área social, as pessoas pagam seus impostos e contribuem para a assistência social sem, contudo, haver qualquer conexão espiritual com os que necessitam de tais recursos. Em termos econômicos, doa-se até muito mais pelos outros, mas sob uma alteridade vazia e sem qualquer introjeção sobre a bondade do gesto, ao contrário do que se estimulava a fazer em tempos de maior religiosidade. E essa falta de sentimento de caridade se reflete também na falta de gratidão pelos que são por ela agraciados.⁴⁸

Dando variados exemplos relacionados às mais diversas religiões – citando práticas e rituais não apenas cristãos, mas também budistas, judaicos, dentro outros –, Botton

mente enraizados. E, segundo, a necessidade de lidar com aterrorizantes graus de dor, que surgem da nossa vulnerabilidade ao fracasso profissional, a relacionamentos problemáticos, à morte de entes queridos e nossa decadência e morte”. “Deus pode estar morto, mas as questões urgentes que nos impulsionaram a inventá-lo ainda nos sensibilizam e exigem resoluções que não desapareceram quando somos instados a perceber algumas imprecisões científicas na narrativa sobre o milagre da multiplicação dos pães e peixes”. (BOTTON, 2011, p. 11)

48 “De um ponto de vista puramente econômico, somos muito mais generosos que nossos ancestrais jamais foram, entregando até metade de nossa renda para o bem comunal. Mas fazemos isso quase sem perceber, por meio de uma intervenção anônima do sistema fiscal; e, se nos damos o trabalho de pensar a respeito, é provável que o façamos com ressentimento por nosso dinheiro ser empregado para sustentar burocracias desnecessárias ou para a compra de mísseis. Raras vezes sentimos uma conexão com aqueles integrantes menos afortunados do Estado para quem nossos impostos também garantem lençóis limpos, sopa, abrigo ou uma dose diária de insulina. Nem o receptor nem o doador sentem a necessidade de dizer ‘por favor’ ou ‘obrigado’. Nossas doações jamais são qualificadas – como na era cristã – como o elemento fundamental de um emaranhado complexo de relações mutuamente interdependentes, com benefícios práticos para o receptor e espirituais para o doador”. (BOTTON, 2011, p. 24)

demonstra como as cerimônias religiosas são repletas de elementos que sutilmente fortalecem os elos de afeição, de modo que “os ateus fariam bem se os estudassem e aprendessem a se apropriar deles para reutilizá-los no domínio secular”. (BOTTON, 2011, p. 27) É interessante constatar, nesse particular, que a proposta do autor não reside propriamente em estimular a adesão de fiéis a esta ou aquela igreja ou sequer a diminuição do número de ateus. Ele propõe tão somente que sejam arrefecidos os preconceitos quanto aos costumes religiosos, de maneira não apenas a respeitá-los, mas, mais do que isso, identificar neles elementos simbólicos que possam ser igualmente empregados no domínio secular.

Vejamos alguns dos exemplos dados pelo autor e que servem para demonstrar a sabedoria das práticas religiosas. A começar pelo hábito de comparecer aos locais de culto, como ocorre numa missa católica, que faz como que se inspire “os visitantes a suspender seu habitual egoísmo assustado em favor de uma alegre imersão em um espírito coletivo”. Acrescenta-se a isso uma complexidade litúrgica que “compõe os congregantes a olhar para cima, levantar-se, ajoelhar-se, cantar, orar, beber e comer em determinados momentos”, tal como o fazem também os judeus na refeição do sabá, fruto de uma sabedoria milenar que compreende que “é quando saciamos a fome do corpo que estamos mais prontos para dirigir nossa mente às necessidades dos outros”.⁴⁹ Não basta, é claro, haver bons restaurantes ou festas em que se desfruta de boa alimentação. É preciso uma liturgia propícia a criar um momento de inspiração em torno da caridade e da alteridade em seu sentido mais amplo e profundo.

Outro hábito construtivo está no pedido de desculpas, tal como inspirado no Dia do Perdão judaico – ou *Yom Kippur*, do calendário hebraico –, quando se promove uma verdadeira reflexão acerca da imperfeição humana, pois “pedir per-

49 Aduz o autor que “parece relevante falar sobre refeições porque nossa falta contemporânea de uma noção de comunidade apropriada se reflete de forma importante no modo como comemos. No mundo moderno, naturalmente, não faltam lugares em que possamos realizar uma boa refeição com companhia – as cidades costumam se orgulhar do grande número e da qualidade de seus restaurantes –, mas o que é significativo é a ausência quase universal de estabelecimentos que nos ajudem a transformar estranhos em amigos. Ao mesmo tempo em que parecem exaltar a noção de sociabilidade, os restaurantes nos oferecem apenas seu simulacro mais inadequado”. “[...] Sentar-se à mesa com um grupo de estranhos tem o incompatível e insólito benefício de tornar um pouco mais difícil odiá-los impunemente. Preconceito e conflito étnico se alimentam de abstração. [...] Muitas religiões tem consciência de que os momentos relacionados à ingestão de comida são propícios à educação moral. É como se a iminente perspectiva de uma refeição seduzisse nossos *selves* normalmente resistentes a demonstrar um pouco da mesma generosidade ao outro que a mesa nos exibiu. Essas religiões também conhecem bastante a respeito de nossas dimensões sensoriais, não intelectuais, para saber que não podemos ser mantidos em uma trilha virtuosa apenas por meio de palavras”. (BOTTON, 2011, p. 32-34)

dão a outras pessoas, com coragem e honestidade, sinaliza compreensão e respeito pela diferença entre o humano e o divino”, além de que contribui para diminuir a sensação de indiferença que instintivamente possamos nutrir pelas vítimas dos nossos atos.⁵⁰

A sabedoria das religiões está em não nos deixar lidar sozinhos com nossas maiores tendências e aflições, oferecendo-nos algo mais do que simples repressão, promovendo rituais por meio dos quais podemos domar demandas egocêntricas e ao mesmo tempo honrá-las. É certo que tal sabedoria se reforça ainda mais na medida em que tais rituais transcorrem de maneira natural, sem alardear suas verdadeiras intenções, o que “provocaria um grau de desconforto que poderia horrorizar e afugentar os participantes, porém sua longevidade e sua popularidade provam que algo vital é atingido por meio deles”. (BOTTON, 2011, p. 49)

Em tema de educação, Botton chama ainda a atenção para o modo precário como somos ensinados no modelo das universidades seculares e a facilidade como esquecemos ou deixamos de aplicar as coisas que aprendemos, salientando que o problema central da educação não está tanto na neutralização da ignorância, mas sim na nossa relutância em aplicar, na prática das nossas vidas, aquilo que aprendemos na teoria. Vale dizer que o modelo educacional secular transmite informações e conhecimento, atribuindo-lhes certos valores, porém não é capaz de gerar um processo mental de introspecção que faça com que tais valores sejam efetivamente assimilados e incorporados ao modo de pensamento e ação das pessoas, ignorando algo que as religiões costumam levar muito a sério: a rotina do comportamento paradoxal entre o aprendido e a prática (*akrasia*).⁵¹

50 “Quando somos nós que causamos dor ao outro, e mesma assim deixamos de pedir desculpas, talvez isso ocorra porque agir mal fez com que nos sentíssemos intoleravelmente culpados. Podemos lamentar tanto que nos descobrimos incapazes de pedir desculpas. Fugimos das nossas vítimas e agimos com uma rudeza estranha em relação a elas, não porque não nos incomodemos com o que fizemos, mas porque o que fizemos nos deixa muito desconfortáveis. Nossas vítimas, em consequência, precisam sofrer não apenas com a dor original, mas com a frieza subsequente que demonstramos por conta de nossas consciências atormentadas”. (BOTTON, 2011, p. 48)

51 Citando o cristianismo, ressalta o autor que “seus teólogos sabem que nossa alma sofre daquilo que os antigos filósofos gregos chamaram de *akrasia*, uma desconcertante tendência a saber o que deveríamos fazer combinada com uma persistente relutância em de fato fazer, seja devido à falta de força de vontade ou à distração. Todos temos consciência de que nos falta força para agir apropriadamente em nossa vida. O cristianismo representa a mente como um órgão indolente e inconstante, fácil de impressionar, mas sempre inclinado a alterar seu foco e deixar as responsabilidades de lado. Por conseguinte, a religião propõe que a questão central para a educação não é como neutralizar a ignorância – como sugerem os educadores seculares – mas como combater nossa relutância em agir de acordo com ideias que já compreendemos inteiramente em um nível teórico. Ela acompanha os sofistas gregos na insistência em que todas as lições deveriam apelar tanto para a razão (*logos*) como para a emoção (*pathos*), além de endossar o conselho de

Com efeito, as religiões compreendem que “não podemos ser marcados por ideias a menos que, além de serem transmitidas por livros, palestras e jornais, também repercutam no que vestimos, comemos, cantamos e usamos para decorar nossas casas e tomar banho” (BOTTON, 2011, p. 247), daí porque, aduz Botton (2011, p. 104): “reformular a educação universitária segundo os *insights* obtidos da religião envolveria ajustar não apenas os currículos, mas também, e de maneira igualmente crucial, o modo como se ensina”. O autor menciona, então, características das práticas religiosas que considera importantes para tal incorporação do aprendizado ao modo de vida, tais como a eloquência e sensibilidade lírica, a constante repetição e o monitoramento da consciência, os calendários, programações e exercícios que estimulam todos os nossos sentidos.⁵²

Não se trata de aceitar incondicionalmente a imposição de dogmas religiosos, renegando a razão e a autonomia da liberdade, tão cultuadas na modernidade, mas sim de compreender que é preciso, mais do que apenas a racionalidade individual, fornecer estímulo e orientação espiritual que propicie verdadeiramente alguma liberdade aos indivíduos.⁵³ Por conseguinte, “as religiões são intermitentemente

Cícero de que os oradores públicos deveriam ter a tripla capacidade de provar (*probare*), deleitar (*delectare*) e persuadir (*flectere*).” (BOTTON, 2011, p. 104-105)

52 “Além de precisarem ser transmitidas de forma eloquente, as ideias também devem ser constantemente repetidas para nós. Três, cinco ou dez vezes por dia, precisamos ser lembrados à força de verdades que amamos mas que, de outro modo, não somos capazes de respeitar. O que lemos às nove horas teremos esquecido na hora do almoço e precisará ser relido ao fim do dia. Nossa vida interior necessita de uma estrutura, e nossos melhores pensamentos precisam ser reforçados para neutralizar a força contínua de distrações e desintegrações. [...] não é pelo maior número de leituras, mas pelo aprofundamento e revigoramento do nosso conhecimento de uns poucos volumes, que melhor desenvolvemos a inteligência e a sensibilidade. Nós nos sentimos culpados por tudo o que ainda não lemos, mas deixamos de notar que já lemos muito mais que Agostinho ou Dante, ignorando, desse modo, que o problema está sem dúvida em nossa maneira de assimilar, não na extensão de nosso consumo. [...] Além de estabelecer currículos alternativos para universidades e enfatizar a necessidade de praticar e digerir conhecimento, as religiões também foram radicais ao tirar a educação das salas de aula e combiná-la com outras atividades, incentivando os seguidores a aprender por meio de todos os sentidos, não só lendo e ouvindo, mas também, e de maneira mais ampla, *fazendo*: comendo, bebendo, banhando-se, andando e cantando”. (BOTTON, 2011, p. 112-119)

53 “Estamos fartos de ser deixados à vontade para fazer o que quisermos sem dispor de sabedoria suficiente para explorar nossa liberdade. Em última instância, não se trata mais de estarmos à mercê de autoridades paternalistas, de cujas afirmações nos ressentimos e queremos nos libertar. O perigo corre em outra direção: estamos diante de tentações que, naqueles intervalos em que podemos manter distância suficiente delas, costumamos criticar, mas contra as quais não encontramos nenhum estímulo para resistir, o que nos causa grande decepção e revolta contra nós mesmos. Nossos lados maduros assistem desesperados enquanto nossos aspectos infantis pisoteiam os princípios mais elevados e ignoram o que reverenciamos com fervor. Nosso desejo mais profundo pode ser que alguém apareça e nos salve de nós mesmos. [...] A verdadeira liberdade não significa ser de todo abandonado à própria sorte; deveria ser compatível com ser estimulado e orientado. [...] As religiões compreendem o valor de exercitar a mente com um rigor que estamos acostumados a aplicar apenas ao treinamento do corpo. Elas nos apresentam uma gama de exercícios espirituais planejados para fortalecer a inclinação a pensamentos e padrões de comportamentos virtuosos: nos colocam sentados em lugares não familiares, ajustam nossa postura, regulam o que comemos, nos dão roteiros

úteis, eficazes e inteligentes demais para ser deixadas somente para os religiosos”. (BOTTON, 2011, p. 261)

Finalizando a obra aqui citada, Botton menciona o legado de Auguste Comte, filósofo moderno que, apesar de ser considerado o fundador da sociologia e do positivismo científico, adotou um sistema filosófico que não olvidava do importante papel da religiosidade na vida humana, tanto assim que pregou um modelo ideal que fundisse a racionalidade com elementos de espiritualidade, ao que denominou “religião da humanidade”.⁵⁴

Considerações finais

Para o que nos propomos no curto espaço do presente estudo, buscamos apenas lançar sementes da ideia de que práticas notáveis podem ser extraídas dos rituais e costumes religiosos, servindo muito bem aos anseios da sociedade secular e mesmo no âmbito de um Estado pretensamente laico; alguns valores simbólicos que só a religiosidade conseguiu transmitir com a necessária ênfase – ou, ao menos até o momento, nenhuma outra experiência cognitiva foi capaz de inspirar suficientemente – e que seriam sem dúvida de grande proveito no mais racional dos ambientes.

Não se trata – como insistentemente temos pontuado – de aderir a esta ou aquela religião, sob aspecto institucional, nem tampouco admitir a incorporação de determinados dogmas religiosos na política educacional ou no modelo de organização jurídica adotado pelo Estado. Propõe-se tão somente que se leve mais a sério necessidades psíquicas dos seres humanos, as quais recomendam a adoção de mecanismos de aprendizado e orientação tais como os tradicionalmente empregados pelas religiões em diversas civilizações. Ditos mecanismos não podem ser adequadamente compreendidos ou explicados em termos de um estrito juízo

que detalham o que deveríamos dizer uns aos outros e monitoram de maneira minuciosa os pensamentos que cruzam nossa consciência. Elas fazem isso não para nos negar liberdade, mas para pacificar ansiedades e flexionar nossas capacidades morais”. (BOTTON, 2011, p. 66; 121-122)

54 “O legado de Comte foi o reconhecimento de que a sociedade secular precisa de instituições que possam tomar o lugar das religiões ao tratar das necessidades humanas que escapam do atual escopo da política, da família, da cultura e do local de trabalho. Seu desafio está na sugestão de que boas ideias não poderão florescer se forem sempre deixadas dentro dos livros. Para vicejar, precisam ser apoiadas por instituições de um tipo que, até agora, apenas as religiões souberam como construir”. (BOTTON, 2011, p. 259)

racional, o que não significa devam ser ignorados, sob pena de também ignorar os motivos pelos quais a humanidade, desde os primórdios, como já visto, tenha apelado tanto à inspiração religiosa. A proposta, portanto, pode ser aplicada mesmo entre ateus e em modelos estatais laicos.

No campo do direito, se atentarmos para os diversos sistemas jurídicos contemporâneos, veremos que enquanto as sociedades seculares, desde a modernidade, construíram um direito quase que inteiramente centrado na proteção das liberdades individuais, com destaque para diversas categorias de direitos subjetivos, as sociedades mais inspiradas pela religiosidade sempre mantiveram o foco no valor da vida comunitária, e talvez por isso tenham estas conseguido uma maior assimilação, pelos indivíduos, dos seus deveres perante os demais integrantes da coletividade. De fato, em que pese as sociedades seculares já haverem recentemente adotado um paradigma mais focado na função social, mitigando um pouco o caráter essencialmente individualista do seu direito, o efeito não foi o mesmo em termos de assimilação dos valores comunitários.

Valores abstratos, tais como a proteção ao meio ambiente, a defesa do consumidor e da concorrência, moralidade e probidade administrativa, a dignidade da pessoa humana, dentre outros, são consagrados em diplomas normativos adotados em diversos países de cultura secular. Porém, não obstante a veemência com que são proclamados, são muito precariamente praticados de fato e, ainda quando o sejam, sem a devida assimilação.

É simbólico que no direito nas sociedades com maior afetação a valores religiosos, tal como ocorre com o direito hindu, o foco jurídico esteja assentado não na concepção de direitos subjetivos públicos – como é da tradição jurídica ocidental –, mas sim na ideia de deveres. Além disso, é característica desse sistema de valores, de índole fortemente religiosa, que as pessoas com melhores condições materiais e intelectuais de discernimento têm um grau maior de responsabilidade.⁵⁵

55 Como narra René David (2014, p. 548-549): “a ideia ocidental de ‘direitos subjetivos’ é totalmente estranha ao *dharma* e ao pensamento hindu. O *dharma* assenta na ideia de deveres e não na de direitos; ele indica a cada um como deve comportar-se se pretende ser um homem de bem e se se preocupa com o que vem depois da morte. Os deveres assim impostos variam segundo a condição de cada um e também com a idade dos indivíduos, são particularmente rigorosos para as pessoas de condição superior. Existem independentemente de todo o mecanismo destinado a assegurar a sua eficácia. A autoridade do *dharma* não reside no costume. O seu prestígio deve-se ao religioso respeito inspirado por aqueles que exprimiam os seus mandamentos sábios dos tempos passados que souberam por em destaque o ‘bom costume’ e tiveram uma visão incontestada da ordem divina”.

Deixando de lado as sanções extremamente rigorosas adotadas nos sistemas jurídicos de feição teocrática, um aspecto positivo dessa concepção está no enfoque dado à responsabilidade dos indivíduos por força do elemento sagrado que anima a importância da vida comunitária, vale dizer, incutindo nos indivíduos em senso de dever perante a comunidade a que pertence. E não obstante tenha o Estado laico acomodado valores da tradição religiosa sob a forma de princípios jurídicos fundamentais, reputamos importante a contribuição que boas práticas religiosas podem nos fornecer em termos de efetividade desses princípios.

Referências

ALEXANDER, Bruno. *O livro das religiões*. São Paulo: Globo livros, 2014.

AMBRÓSIO, José de Magalhães Campos. *Estado e religião: contributo à filosofia do Estado presente*. Dissertação (Mestrado em História) – Faculdade de História, Universidade Federal de Minas Gerais, Minas Gerais, 2011. Disponível em: <http://www.bibliotecadigital.ufmg.br/dspace/handle/1843/BUOS-8FTK7T>. Acesso em: 19 nov. 2014.

BARCELLOS, Ana Paula Gonçalves Pereira de; TERRA, Felipe Mendonça; FIGUEIREDO, Filipe Seixo de; MATTA, Paulo Vitor Torres da. As relações entre religião e Estado. *Revista da Faculdade de Direito da UERJ*, Rio de Janeiro, v. 1, n. 19, 2011.

BYINGTON, Carlos Amadeu Botelho. *A moral, a lei, a ética e a religiosidade na filosofia, no direito e na psicologia: um estudo da psicologia simbólica junguiana*. In: ENCONTRO DA CORREGDORIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO, 2.; ESCOLA PAULISTA DE MAGISTRATURA, 2., 2013, São Paulo. Tema: “Ética para o Juíz – Um olhar externo”. Disponível em: <http://www.carlosbyington.com.br/moral-lei-etica-religiosidade-filosofia-direito-psicologia/>. Acesso em: 22 nov. 2014.

BYINGTON, Carlos Amadeu Botelho. A teoria arquetípica da história. In: AUTOR. *Psicologia Simbólica Junguiana – A viagem de humanização do cosmos em busca da iluminação*. São Paulo: Linear B, 2008. p. 261-284.

BYINGTON, Carlos Amadeu Botelho. *Freud e Jung: dois opostos que formam um todo*. In: CENTENÁRIO DE JUNG NO Museu de Arte de São Paulo (MASP), 1975, São Paulo. Disponível em: http://www.carlosbyington.com.br/site/wp-content/themes/drcarlosbyington/PDF/pt/freud_e_jung_dois_opostos_que_formam_um_todo.pdf. Acesso em: 13 dez. 2014.

BOBBIO, Norberto; VIROLI, Maurizio. *Direitos e deveres na República: os grandes temas da política e da cidadania*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.

BOTTON, Alain de. *Religião para ateus*. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2011.

CARVALHO, Olavo de. O Natal não é para os covardes. *Jornal do Brasil*, Rio de Janeiro, dez. 2005. Disponível em: <http://www.olavodecarvalho.org/semana/051222jb.htm>. Acesso em: 19 nov. 2014.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. Tradução de Herminio A. Carvalho. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

FILORAMO, Giovanni; PRANDI, Carlo. *As ciências das religiões*. São Paulo: Paulus, 1999.

LOSANO, Mario. *Os grandes sistemas jurídicos do direito contemporâneo*. 5. ed. Tradução de Marcela Varejão. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

NICOLA, Ubaldo. *Antologia ilustrada de filosofia: das origens à idade moderna*. São Paulo: Globo, 2005.

NIETZSCHE, Friedrich. *Humano, demasiado humano: um livro para espíritos livres*. São Paulo: Companhia das Letras, 2005.

NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. *Obras incompletas*. Tradução de Rubens Rodrigues Torres Filho. São Paulo: Nova Cultural, 2000. (Coleção Os Pensadores).

PALMER, Michael. *Freud e Jung: sobre a religião*. São Paulo: Loyola, 2001.

SOARES, Jéssica. *7 conflitos atuais causados por diferenças religiosas*. Superinteressante, São Paulo, 8 out. 2012. Disponível em: <http://super.abril.com.br/blogs/superlistas/7-conflitos-atuais-causados-por-diferencas-religiosas/>. Acesso em: 22 nov. 2014.

SORIANO, Aldir Guedes. *Democracia liberal e direito à liberdade religiosa*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. Disponível em: <http://www.iclrs.org/content/events/26/548.pdf>. Acesso em: 19 nov. 2014.

STEVENSON, Jay. *O mais completo guia sobre filosofia*. São Paulo: Mandarim, 2002.

WEBER, Max. *A ética protestante e o “espírito” do capitalismo*. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

FILME ÔNIBUS 147, UM RETRATO SOCIAL DAS CONSEQUÊNCIAS DAS VIOLAÇÕES DE DIREITOS HUMANOS

Géssica Miranda Freire

Introdução

A realidade de uma parcela significativa da sociedade brasileira está muito aquém daquela que se idealiza ao debater sobre os direitos humanos. Essa triste constatação é, em concreto, uma verdadeira afronta à Constituição nacional, que possui um extenso elenco de direitos e garantias fundamentais a todos os cidadãos.

Essa parcela abordada, que é vítima constante do descaso com a lei, é o grupo economicamente fragilizado, o qual, diante da ausência do Estado no cumprimento de ações que viabilizem o atendimento de direitos fundamentais básicos, como é devido, se vê entregue à própria sorte, destinado a viver à margem da sociedade numa luta diária para garantir o seu mínimo existencial, fazendo perder o sentido a alcunha de “Constituição Cidadã” atribuída à Constituição brasileira.

O foco deste estudo está na busca da compreensão dos limites e do alcance da responsabilização do Estado e da sociedade, composta por seus cidadãos e entidades, frente à formação de pessoas marginalizadas e nas reiteradas omissões que negligenciam direitos constitucionalmente reconhecidos que, no entanto, não são observados, condenando seres humanos à miséria e à injustiça social.

O filme

O filme escolhido, *Ônibus 174*, é um documentário brasileiro que foi dirigido pelo cineasta e roteirista José Padilha, lançado em 22 de outubro de 2002 e distribuído pela Zazen Produções. O filme trata do sequestro, que durou cerca de cinco horas, de um ônibus na Zona Sul do Rio de Janeiro, que aconteceu no dia 12 de junho de 2000, por um homem de nome Sandro Barbosa do Nascimento.

Dados técnicos

O documentário, com duração de 150 minutos, traz o relato de várias pessoas que tiveram participação efetiva no sequestro do ônibus 174, como alguns policiais, as reféns, alguns jornalistas, entre outros, que enriquecem o filme dando a sua visão do ocorrido e das causas que levaram um morador de rua a se tornar o sequestrador de um ônibus. O ato foi filmado e transmitido ao vivo pela televisão e são essas imagens mescladas aos relatos das pessoas envolvidas e da apresentação de documentos oficiais sobre o caso na época que constroem o documentário.

A principal motivação do autor do documentário foi apresentar uma visão controversa do ocorrido, alterando a noção simplória explorada pela mídia à época do fato de que mais um marginal praticou um ato de violência contra a sociedade. O argumento basilar sustentado pelo autor é de que diversos fatores sociais, tais como abandono, exclusão social e negligência do Estado, levaram uma criança de rua a se tornar um criminoso capaz de roubar, sequestrar e matar e sugere que esses fatores alimentam a violência nas grandes cidades do Brasil e criam diariamente vários “Sandros”.

A história

O filme faz uma narrativa crítica do evento ocorrido em 12 de junho de 2000, um roubo mal executado que se transformou em sequestro de um ônibus e terminou com a morte do sequestrador e de uma refém.

O documentário tem início mostrando belas imagens do Rio de Janeiro, seguindo o roteiro do ônibus. A partir desse momento, iniciam-se relatos de pessoas que vivem nas ruas e que passam a contar as dificuldades enfrentadas nessa

situação – a fome, o medo, a violência e as causas que levam pessoas que têm casa e família a viverem no exílio das ruas. O motivo é quase unânime: a pobreza e a violência doméstica.

No meio desses relatos, aparecem pessoas que conheceram Sandro, o personagem principal, e passam a traçar o perfil do rapaz. Dentre os conhecidos, estão pessoas que viveram com ele nas ruas, uma assistente social que acompanhou a trajetória de Sandro desde quando ele era apenas um menino de rua, a sua tia, o policial que negociou com ele durante o sequestro, um cinegrafista que captou imagens do sequestro e as reféns.

Em conjunto com os relatos, aparecem documentos oficiais que são mostrados e lidos durante o filme, recortes de jornais, documentos públicos de apreensões pelo Juizado de Menores, prisões pela polícia, imagens reais do sequestro que foi televisionado, todos voltados à construção do perfil de Sandro.

O documentário é fiel e tenta mostrar em detalhes tudo que ocorreu no dia 12 de junho de 2000, quando Sandro, o assaltante, munido de um revólver calibre 38 à mostra, entra no ônibus e se prepara para realizar o assalto. Durante a execução, um dos passageiros conseguiu sinalizar para um carro da polícia que passava pela rua, que interceptou o ônibus. Nesse momento, alguns passageiros, incluindo o motorista e o cobrador, conseguiram escapar, restando, porém dez pessoas, que foram tomadas como reféns.

Completamente desorientado, Sandro a todo o momento age de forma desconexa. Tenta, sem sucesso, uma fuga, obrigando uma das passageiras a tentar dirigir o ônibus. Nesse momento, a polícia já havia solicitado reforços e vários fotógrafos e cinegrafistas já estavam por toda a parte. Para intimidá-los, Sandro efetua o primeiro disparo contra o vidro frontal do ônibus. Ainda na tentativa de se fazer temer, uma das passageiras, com uma arma apontada para a cabeça, é obrigada a escrever nas janelas, com batom, frases do tipo: “Ele vai matar geral às seis horas” e “ele tem pacto com o diabo”.

Com o desenvolvimento da película, fica evidente o despreparo das autoridades policiais, que, devido a uma sucessão de erros, permitiram que um simples assalto a ônibus tomasse proporções descabidas e se tornasse um sequestro que durou aproximadamente cinco horas, com um sequestrador que, por diversas vezes, ameaçou tirar a vida dos reféns, inclusive efetuando disparos.

Sem treinamento e equipamentos adequados, os policiais se comunicavam por gestos, e fica evidente nas imagens a carência de entendimento entre eles. Atitudes

primárias não foram tomadas, como o controle da cena criminal – repórteres e populares que transitavam livremente pelo local.

Após várias horas de grande tensão, Sandro decidiu, por conta própria, descer do ônibus com uma das reféns, a professora Geísa Firmo Gonçalves, usando-a como escudo. Claramente perdido, Sandro dialoga com os policiais. Quando um policial, sem nenhuma ordem, tentando salvar a refém, atirou na direção do sequestrador e errou o tiro, atingindo a vítima no rosto. Nesse momento, Sandro efetua três disparos nas costas de sua refém, levando-a a óbito.

Na confusão dos disparos e da morte da refém, centenas de civis correm para o local e começam a agredir Sandro, que é imobilizado e colocado na viatura com policiais segurando-o. De acordo com a polícia do Rio de Janeiro, Sandro estava agitado e muito agressivo, chegando a quebrar o braço de um dos policiais, e, supostamente para impedi-lo de tomar a arma de um dos policiais, Sandro foi morto por asfixia, sob as lentes das câmeras dos vários jornalistas presentes.

Principais personagens

O autor busca no documentário mostrar a história de Sandro Barbosa do Nascimento, não como o criminoso que sequestrou um ônibus e matou uma refém, mas a história da pessoa por trás desse triste evento, quais caminhos o levaram para esse destino, quais as marcas da violência numa vida tão curta. Sandro tinha apenas 21 anos quando sequestrou o ônibus 174.

Sandro é o retrato fiel do típico menino pobre numa grande cidade, que, ao se ver sem opções na vida, vê no crime uma oportunidade de sobrevivência. A personagem tem uma vida marcada por violência, frustrações e perdas. Foi abandonado pelo pai e, aos oito anos, presenciou o assassinato brutal de sua mãe. Depois da morte de sua mãe, Sandro abandonou sua tia, com quem morava, e passou a viver nas ruas. Começou, então, a praticar pequenos furtos e cometer diversas contravenções.

Sandro é um sobrevivente do que ficou conhecido como a “Chacina da Candelária”, episódio vergonhoso no qual oito jovens moradores de rua foram cruelmente assassinados por policiais militares. Ao tratar sobre o tema, o documentário mostra que, à época, boa parte das pessoas concordou com aquilo. De fato, os menores praticavam pequenos crimes, mas a solução para o problema foi cruel.

A população simplesmente desejou e, em parte, exterminou o que se conhece por “escória” da sociedade.

Ainda na cronologia de sua história, aos 13 anos, Sandro sobreviveu à Chacina da Candelária e, aos 14, se envolveu com traficantes. Até os 17 anos, ele teve várias passagens por instituições de menores infratores, por roubos e furtos. Aos 21 anos, ele já era um condenado da justiça a três anos e seis meses de prisão por assalto a mão armada. Sandro era foragido da justiça quando embarcou no ônibus.

Ao fazer uma análise desse triste e breve histórico de vida, o filme traz a concepção de que o algoz é, na verdade, uma vítima. E frisa esse conceito ao marcar a fala de uma das reféns que relata ter conversado com Sandro durante as horas em que passou sequestrada dentro do ônibus. Nas palavras dela, Sandro foi a maior vítima em toda essa história. Apesar de culpado pelo sequestro e pela morte de uma inocente, ele é vítima de um Estado negligente, de uma sociedade que não dá a menor importância para uma criança abandonada; é um produto de uma fábrica de criminosos, as chamadas instituições corretivas, que não corrigem, apenas violentam e traumatizam ainda mais pessoas socialmente vulneráveis.

Foi por esse caminho que Sandro trilhou para que, às 18 horas e 50 minutos, no horário de Brasília, decidisse sair do ônibus, usando a professora Geísa Firmo Gonçalves como escudo. Geísa é também uma personagem importante: ela representa o destino a que está suscetível qualquer integrante de uma sociedade excludente. Ela, que nunca teve envolvimento com o crime, teve sua vida entrelaçada à de alguém que se tornou criminoso porque era a única oportunidade que a sociedade lhe dera para sobreviver.

De acordo com o Instituto Médico Legal, Geísa foi alvejada quatro vezes. A primeira vez, pela arma do policial, que, ao errar um tiro que seria letal em Sandro, feriu de raspão o queixo da moça, o que desencadeou a reação de se abaixar ao mesmo tempo em que disparava à queima roupa, atingindo as costas da jovem.

Segundo a polícia do Rio de Janeiro, a morte de Sandro por asfixia foi providencial – era o único meio de conter a sua agressividade. Mas, de acordo com sua tia Julieta Rosa do Nascimento, a assistente social Yvone Bezerra e a avó Dona Elza da Silva, a única pessoa que participou de seu enterro, Sandro não era capaz de matar ninguém.

Os policiais responsáveis pela morte de Sandro foram levados a julgamento por assassinato e foram declarados inocentes após alegações de que a morte de Sandro foi ocasional. Em novembro de 2001, a linha 174 mudou de número para 158.

Geísa Firmo Gonçalves foi enterrada em Fortaleza, no Ceará, sua cidade natal, no cemitério do Bom Jardim. Seu enterro foi acompanhado por mais de 3 mil pessoas.

Direitos humanos

De acordo com a *Declaração Universal dos Direitos Humanos*, os direitos humanos são direitos inerentes a todos os seres humanos, independentemente de raça, sexo, nacionalidade, etnia, idioma, religião ou quaisquer outras condições. Não se justifica, por isso, qualquer consideração que permita a exclusão do indivíduo do alcance das garantias concedidas pelos direitos humanos.

Esses direitos incluem o direito à vida e à liberdade, à liberdade de opinião e de expressão, o direito ao trabalho e à educação, entre muitos outros. E qualquer indivíduo, sem nenhuma discriminação, merece ter esses direitos respeitados.

Para que se promovam e sejam respeitados os direitos humanos e as liberdades individuais e de grupo, o direito internacional dos direitos humanos estabelece parâmetros obrigatórios para atuações e abstenções dos governos.

Uma análise conceitual

Nas palavras do prestigiado jurista Dalmio Dallari, a expressão “direitos humanos” pode ser entendida como uma abreviação dos direitos fundamentais da pessoa humana e “esses direitos são considerados fundamentais porque sem eles a pessoa humana não consegue existir ou não é capaz de se desenvolver e de participar plenamente da vida” (DALLARI, 2004. p. 13), ou seja, são direitos essenciais à formação da autonomia do indivíduo.

Com outra abordagem, mas na mesma linha de raciocínio, o consagrado constitucionalista Norberto Bobbio (1992, p. 5) afirma que “os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizados por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas”. Nesse entendimento, tem-se a defesa da historicidade inerente aos direitos humanos, colocando-os como uma construção que é resultado de um marco épico.

José Joaquim Gomes Canotilho (2004, p. 9) também partilha de entendimento semelhante:

a colocação do problema – boa ou má deixa claramente intuir que o filão do discurso subsequente – destino da razão republicana em torno dos direitos fundamentais – se localiza no terreno da história política, isto é, no *locus* globalizante onde se procuram captar as idéias, as mentalidades, o imaginário, a ideologia dominante, a consciência coletiva, a ordem simbólica e a cultura política.

Aqui, marca-se a pluralidade que conforma os direitos humanos.

A primeira constituição a estabelecer a prevalência dos direitos humanos como princípio do Estado brasileiro em suas relações internacionais foi a Constituição Federal de 1988, que trouxe tal previsão em seu artigo 4º, inciso II. É nos princípios da prevalência dos direitos humanos, da autodeterminação dos povos, do repúdio ao terrorismo e ao racismo e da cooperação entre os povos para o progresso da humanidade, nos termos do artigo 4º, incisos II, III, VIII e IX, que essa orientação internacionalista se traduz de forma evidente.

Diante dos conceitos e entendimentos ora apresentados pelos renomados doutrinadores e buscando uma síntese das discussões trazidas para análise da definição dos direitos humanos, pode-se afirmar que se a dignidade da pessoa humana, com todos os direitos humanos dela decorrentes, deve orientar a atuação do Estado no âmbito nacional, então, é contraditório se calar diante da sua omissão.

Afinal, não é apenas uma parcela da sociedade que deve ter sua dignidade humana respeitada e promovida, mas sim todas as pessoas, todos os seres humanos, somente pelo fato de serem pessoas. Recusar a prevalência desse princípio seria recusar a própria humanidade ou reduzir esta aos que conseguiram, pelos caminhos mais diversos, acumular riquezas ao longo do tempo.

Os direitos humanos e suas gerações

Predominantemente, encontra-se na doutrina o reconhecimento de três gerações de direitos e garantias conquistados pelo homem, muito embora existam doutrinadores que trazem em suas obras até cinco dimensões. Essa divisão foi elaborada para sistematizar e facilitar o estudo conforme a época histórica.

O ilustre constitucionalista Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2005, p. 15) escreve que:

A doutrina dos direitos fundamentais revelou uma grande capacidade de incorporar desafios. Sua primeira geração enfrentou o problema do arbítrio governamental, com as liberdades públicas; a segunda, o dos extremos desníveis sociais, com os direitos econômicos e sociais; a terceira, hoje, luta contra a deterioração da qualidade da vida humana e outras mazelas, com os direitos de solidariedade.

A *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão* surgiu com o objetivo de acabar com a supressão de direitos das pessoas que estavam sendo marginalizadas pelo Estado absoluto. Tal declaração veio dizer que todos os cidadãos são iguais perante a lei, acabando com o sistema de hierarquia de classes. Foi a partir do artigo 1º da declaração, que diz que “os homens nascem e permanecem livres em direitos”, que o homem iniciou o processo de traçar os princípios democráticos.

Os direitos de segunda geração ou direitos sociais, culturais e econômicos tiveram sua origem na necessidade de barrar a exploração do homem pelo trabalho, tendo em vista que foi na Revolução Industrial que se consolidou tal pensamento, já no início do século XIX.

Ferreira Filho (2005, p. 51) diz que a natureza dos direitos sociais, assim como as liberdades públicas, é subjetiva; “entretanto, não são meros poderes de agir – como é típico das liberdades públicas de modo geral – mas sim poderes de exigir. São direitos de ‘crédito’”.

Em 1945, com a criação da Organização das Nações Unidas (ONU) e, em seguida, com a *Declaração Universal dos Direitos do Homem*, em 1948, foram elencados como direitos do homem a liberdade e a igualdade entre os indivíduos, o direito à vida, à segurança, o repúdio ao trabalho escravo e à escravidão, a legalidade processual perante qualquer tribunal, o devido processo legal, a presunção de inocência, a liberdade de pensamento, o repúdio à tortura, dentre tantos outros. Essa declaração vem ratificar os direitos fundamentais do homem.

Os direitos de terceira dimensão são também conhecidos como direitos à fraternidade ou à solidariedade, e os seus principais são: o direito à paz, ao desenvolvimento, ao meio ambiente, ao patrimônio comum da humanidade e à comunicação.

Esses direitos encontram respaldo em inúmeras fontes internacionais, tais como o *Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos*, de 1966; a *Carta Africana dos*

Direitos do Homem e dos Povos, de 1981; a *Carta de Paris para uma Nova Europa*; assim como a *Convenção Americana sobre Direitos Humanos*, de 1969.

Como forma de sintetizar, Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2005, p. 57) fala sobre as três gerações de direitos humanos da seguinte forma: “a primeira geração seria a dos direitos de liberdade, a segunda, dos direitos de igualdade, a terceira, assim, complementar o lema da Revolução Francesa: liberdade, igualdade e fraternidade”.

Como dito anteriormente, vale trazer à baila que alguns autores consideram ainda a existência de uma quarta e uma quinta dimensão dos direitos fundamentais. Para esses autores, os direitos da quarta e quinta geração seriam aqueles surgidos recentemente, dado o avançado grau de desenvolvimento tecnológico, sendo ainda entendidos como meras pretensões de direitos, e fariam correspondência aos direitos à democracia, o direito à informação, o direito ao pluralismo e os direitos relacionados à biotecnologia, como o direito à identidade genética.

Diante do exposto, pode-se afirmar que os direitos humanos evoluíram no decorrer da história da humanidade, e a tendência é que, com o passar do tempo e com a evolução social, apareçam cada vez mais direitos inerentes ao homem como forma de assegurar que a tutela do ser humano não se perca no tempo.

Os direitos humanos de segunda geração, por possuírem maior afinidade com o tema do trabalho, serão tratados em tópico próprio, com a finalidade de possibilitar um maior detalhamento da questão, bem como garantir uma articulação com a proposta deste estudo.

A relação entre o filme e os direitos humanos

No filme *Ônibus 174*, o autor nos mostra, através de relatos de autoridades policiais e de uma assistente social, que Sandro foi negligenciado durante toda a sua vida. Quando escolheu viver em situação de rua, a personagem era apenas uma criança, que foi apreendida diversas vezes por cometer pequenos delitos, que passou por instituições reformadoras, e nada foi feito para recuperá-lo. Ele cresceu sozinho, sem educação, sem casa, sem alimentação adequada, sem lazer saudável, exposto à violência e ao abandono. A sociedade criou e cria diariamente vários “Sandros”.

A tutela dos direitos humanos é indispensável para a promoção da justiça e paz social. Para Honneth (2003), é a efetivação de direitos que leva a uma reciprocidade

dentro da relação jurídica, capaz de gerar o autorrespeito, de modo que o sujeito, concebendo a si e ao outro como sujeito de direito, acaba por nutrir o sentimento de estima mútua, ou seja, todos os indivíduos reconhecem sua importância para a sociedade, e, assim, se restabelece a ordem social.

A segunda geração dos direitos humanos

Como dito em seção anterior, os direitos humanos de segunda geração estão correlacionados aos direitos sociais. O direito à moradia, alimentação, educação, saúde, segurança, lazer, entre outros direitos, quando observados, garantem a vida digna do cidadão.

É dever do Estado criar mecanismos que assegurem a efetiva aplicação dos direitos da pessoa humana, seja através da disponibilização de serviços básicos gratuitos e de qualidade, como saúde, educação e área de lazer, seja através da elaboração e aplicação de políticas públicas destinadas a facilitar a ascensão econômica de cidadãos financeiramente prejudicados.

O problema é que nem sempre esses direitos são garantidos, e o não atendimento de direitos básicos como esses compromete a salubridade da vida em sociedade. A negativa da oportunidade de viver de forma digna abre espaço para mazelas sociais graves, como a violência.

O objeto de estudo deste trabalho trata diretamente desse tema. Uma criança que vive em situação de rua, negligenciada pelos demais membros da sociedade, bem como pelas autoridades, pode se tornar um grande problema para as pessoas ao seu redor, pois, ao buscar uma forma de sobreviver, ela vai atacar diretamente esse sistema que impôs tantos obstáculos ao reconhecimento de seus direitos, e a arma utilizada nessa batalha só poderá ser uma: a violência.

Segundo Honneth (2003), em seu livro *Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais*, através da sua teoria do reconhecimento, a vida em sociedade é regida pelas relações intersubjetivas de reconhecimento recíproco. Os indivíduos que a compõem se conectam através de relações amorosas, relações jurídicas e relações de estima social marcadas principalmente por três alicerces: família, sociedade civil e Estado – e assim desenvolvem relações intersubjetivas marcadas pelo amor, pelo direito e pela solidariedade.

Essas relações promovem no indivíduo sentimentos peculiares, como os sentimentos de autoconfiança, autorrespeito e autoestima. Esses sentimentos caracterizam-se como uma forma de reconhecimento intersubjetivo, e a negação de direitos, bem como a violação da autoestima de um indivíduo, é o combustível da insurgência contra o sistema que lhe nega esse reconhecimento.

A evolução da humanidade e o crescimento desenfreado da violência nas grandes cidades dos países emergentes mostram que sem direito não há sociedade e sem respeito aos direitos fundamentais do homem não há condições básicas para o crescimento, o desenvolvimento e a proteção do ser.

A repercussão social e o papel da mídia

O poder de influência que a mídia possui sobre as pessoas é inegável. Basta uma matéria sensacionalista por formadores de opinião pouco responsáveis que a população já se convence de quem é mocinho ou vilão e se arma até os dentes para exaltar ou crucificar os envolvidos.

O caso real do sequestro de um ônibus abordado pelo filme em análise ganhou grande repercussão na mídia. Inclusive, o ocorrido foi televisionado e passou ao vivo nas televisões de todo o Brasil, desde as negociações até o seu triste desfecho. As pessoas ficaram tão envolvidas com o fato que, no decorrer das horas, mais e mais pessoas se aglomeravam ao redor do ônibus. Na primeira oportunidade, após os disparos que levaram à morte da refém, centenas de pessoas correram em direção ao bandido para linchá-lo, tamanho ódio e ressentimento.

Diante de tal poder, é preciso analisar um produto midiático e refletir sobre o seu papel e objetivo no palco social em que se produziu. Nesse momento de reflexão, devem ser observados os objetivos dos argumentos utilizados no processo de comunicação para que se compreenda a finalidade desse produto ao ser lançado pelos seus interlocutores para a sociedade.

No caso específico do objeto deste artigo, o documentário *Ônibus 174*, reforça-se que todo o caráter informativo produzido pela mídia à época do fato apresenta um discurso moralista que penaliza o bandido sem de fato analisar as raízes desse comportamento criminoso. Culpar alguém por roubar é muito fácil para a sociedade; porém, entender os motivos que levam alguém a subtrair algo de outrem é muito

difícil, principalmente se essa análise levar ao entendimento de que é a omissão dessa mesma sociedade que produz a violência.

Foi por essa perspectiva, a vontade de fazer justiça e mostrar que se omitir diante das injustiças sociais só faz adiar e ampliar um problema, que o autor se propôs a fazer o documentário e contar a história inteira, em todas as suas nuances que foram ignoradas pela mídia e pela sociedade de um modo geral, tendo em vista que se direcionou o ódio e a repulsa apenas para a figura de Sandro, o bandido.

Considerações finais

Ao se propor a fazer o documentário, o autor assumiu uma grande responsabilidade: mostrar que a violência na sociedade é produzida e alimentada por essa mesma sociedade, que se cala diante das injustiças de classes, além de mostrar que os casos não são isolados.

Não existiu apenas um “Sandro” – existem milhares espalhados por todo o Brasil, sendo renegados, ignorados e entregues à própria sorte, suscetíveis de um estopim para cometer um ato de violência e finalmente serem vistos por todos.

Os socialmente excluídos são milhares e a falta de políticas públicas eficientes impede uma abertura no sistema para que se discuta uma forma de abolir as desigualdades sociais, as ideologias segregacionistas e a discriminação.

Dessa forma, a este imenso contingente destituído de capital, educação, emprego e até mesmo do sentimento de pertencimento à sociedade em que estão inseridos não resta outra opção senão buscar meios de sobreviver à margem dessa sociedade que os repele. Eles abraçam os instrumentos da oportunidade, ainda que estes contrariem a ordem social.

A sociedade se moldou tanto num modelo excludente que não consegue apresentar meios de solucionar o conflito da violência de forma apaziguadora. As pessoas parecem não compreender que quando os sentimentos gerados pelo amor, pelo direito e pela solidariedade são desrespeitados no seio da sociedade, gera-se uma reação negativa, que pode vir de uma forma “pacífica”, como as reivindicações das lutas sociais em busca de reconhecimento, ou de forma agressiva, através da violência.

Ao nos debruçarmos sobre a questão da desigualdade social, parece que a sociedade não quer salvar os excluídos e inserir os marginalizados. A única solução

que surge nas conversas de bar e nas entrevistas com secretários e especialistas em segurança é encontrar um meio de se aprender a conviver com os “Sandros”, é não voltar tarde para casa, não andar nas ruas com objetos de valor, construir cada vez mais ambientes fechados, clubes, condomínios, *shoppings*, na tentativa de se ter um ambiente controlado e afastado daqueles que não se quer por perto.

A luta não é contra a marginalização social, mas sim contra os marginalizados. Talvez haja uma relação com a vaidade humana. É preciso que os pobres e miseráveis existam para que as “pessoas de bem” possam se sentir valorizadas. E assim, ninguém se mobiliza, e a sociedade cada vez mais se afunda na inércia social.

Referências

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. 1. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estudos sobre Direitos Fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Direitos e cidadania*. 2. ed. São Paulo: Moderna, 2004.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais*. Tradução de Luiz Repa. São Paulo: Ed. 34, 2003.

DIREITOS HUMANOS, GLOBALIZAÇÃO E SOBERANIA ALIMENTAR

o caso da Amazônia

Natalie Coelho Lessa

Julio Cesar de Sá da Rocha

Introdução

A forma como grande parte da humanidade está se alimentando revela um conjunto de simbologias, crenças e padrões que afirma um modelo de produção de alimentos baseado exclusivamente no lucro. O padrão do *fast food* ou *fake food* se sustenta a partir da destruição de modelos locais de produção de alimentos.

O caso das recentes queimadas na Amazônia é emblemático e está alertando o mundo para a triste crise política e ambiental que o Brasil e a América Latina vêm enfrentando na atualidade. A grande comoção internacional e nacional gera profundos debates em torno da soberania e da ineficácia das leis de tutela ambiental previstas na Constituição Federal de 1988. O fogo que consome a região amazônica e parte do Pantanal já chegou à tríplice fronteira de Brasil, Paraguai e Bolívia, matando 20 mil hectares de vegetação de acordo com o documento Banco de Dados de Queimadas do Instituto Nacional de Pesquisas Espaciais (Inpe), publicado em julho de 2018 a agosto de 2019, que monitora o desmatamento por meio de imagens de satélite. (INSTITUTO NACIONAL DE PESQUISAS ESPACIAIS, 2019)

Porta-vozes do discurso oficial do governo negam publicamente o aquecimento global e as imagens via satélite das pesquisas realizadas pelo Inpe. O desmatamento seguido de queimadas não é considerado um fato, mas uma invenção da ideologia do “globalismo” ou do “pacto globalista”, uma “ideologia das mudanças climáticas”, denominadas também de “ditadura do clima”. Seus defensores afirmam que o debate internacional sobre o aquecimento global e sobre a proteção do meio ambiente inviabiliza o “debate político normal”. Sustentam até que as queimadas são questões de ideologia e chegam a negar a facticidade de mais de 72 mil focos de incêndio no bioma amazônico.

Não só o Brasil, mas todo o mundo se encontra polarizado em termos ideológicos. A globalização dos alimentos provocada pelo modelo do agronegócio implica urgência de se discutir sobre o impacto ambiental desse modelo e a função dos direitos humanos no contexto de injustiça alimentar constatada pelo fato de alguns países se encontram no mapa da fome e outros desperdiçam toneladas de alimentos.

Discutir a soberania alimentar se tornou uma chave importante neste contexto quase apocalíptico, porque é um discurso que tem a capacidade de mobilizar pessoas internacionalmente em torno da complexidade que envolve a alimentação, afinal, se alimentar é condição de existência para todo ser humano. Por esse motivo, é considerada um direito humano fundamental, mas, na prática, a alimentação é uma mercadoria globalizada e negociada.

A produção intensiva de carne e de soja no bioma amazônico pode gerar consequências incalculáveis e irreparáveis para o equilíbrio da biosfera. O ato de se alimentar no mundo globalizado implica, mesmo que indiretamente, responsabilidade política, ambiental e social. Pensar onde e em que país o alimento foi produzido, como ele chegou à mesa e onde foi comprado é a primeira reflexão que envolve a ideia de soberania alimentar.

A soberania alimentar é uma ecologia da alimentação que envolve a relação umbilical entre a natureza e a humanidade. Compreende um profundo respeito à *Pachamama*¹ e aos saberes dos povos do mundo inteiro e suas diversas formas de se

1 Assim como para outros povos ameríndios, entre os quechuas, a terra tem um sentido amplo, de muitas significações. *Pachamama* representa o princípio feminino da criação e da manutenção da vida. É composta de duas palavras: “Pacha” é um termo aymará e que significa “terra, tudo, todos, mundo, universo, tempo, época”, e “Mama” é traduzida como mãe. No Novo Constitucionalismo Latino-americano, *Pachamama* é reconhecida como sujeito de direito. Esse reconhecimento foi crucial para a constitucionalização da soberania alimentar no Equador (2008) e na Bolívia (2009). Podemos afirmar que *Pachamama* é o fundamento desse constitucionalismo ecológico baseado na filosofia andina, na qual os seres humanos e a natureza são unos e não dissociados. Essa concepção de justiça a partir do biocentrismo questiona pro-

alimentar. É um conceito que questiona sobre o direito de escolha e, portanto, de liberdade que cada indivíduo deveria ter ao se alimentar. Afinal, se todos precisam da alimentação para viver, todos que têm acesso ao alimento devem se responsabilizar pelo que se come e necessariamente refletir sobre esse ato.

Os povos campestres do mundo propõem um novo olhar em relação à natureza. A antiga visão antropocêntrica que coloca o homem como centro do mundo é insustentável quando falamos de soberania alimentar. A ativista ambiental Vandana Shiva (2011) diz que o capitalismo patriarcal sustentou a primeira hipótese que a natureza é morta, quando, na verdade, está muito viva. Para ela, esse é o primeiro erro que se deve corrigir, pois a natureza foi declarada como morta para estabelecer o império do homem.

Diante das cenas cotidianas de famílias revirando lixo nas ruas à procura de alimento, podemos afirmar que o flagelo da fome é incontestável no Brasil. Por mais que alguns governantes afirmem que não existe fome no país, as pesquisas demonstram o contrário e o Brasil está prestes a voltar para o mapa da fome, envergonhando a memória de grandes pensadores que lutaram contra essa injustiça, como Josué de Castro.

Em nome da ignorância, no sentido hindu da palavra, em sânscrito transcrita como *avidya*, a riqueza natural (orgânica), caracterizada pela diversidade, é destruída para criar riqueza econômica-comercial (sintética), neste caso marcada pela uniformidade (totalitarismo). A sociedade do *fake*, a sociedade de *maya*, prefere o falso que vende em detrimento do verdadeiro que não tem preço, inestimável. Prefere uma comida falsa (*fake food*) a uma comida verdadeira (orgânica). Na verdade, diante de tanta ignorância, já não se sabe diferenciar o que é *fake* e o que é real. (ARENDE, 1989; SANTOS, 2015; SHIVA, 2016)

Atualmente, predomina a ditadura alimentar² (SHIVA, 2016), que está amparada pelos *lobbys* do agronegócio nos campos de poder político, econômico e jurídico. As pressões exercidas por esses agentes são tão fortes que as pessoas mais ricas e informadas podem somente em parte escolher como se alimentar, mas as pobres não possuem nenhuma escolha. A grande questão que está em jogo é se um país pode ser considerado soberano sem o controle da sua fronteira agrícola. Afinal, será que a Amazônia é mesmo brasileira?

fundamente as bases do direito tradicional europeu e patriarcal que foi universalizado devido ao seu *status* autoproclamado de ciência pura. (LESSA, 2019)

2 *Food dictatorship*.

Neste capítulo, iremos analisar a problemática que envolve a reivindicação por soberania alimentar, compreendendo os desafios para os direitos humanos e para o campo jurídico num contexto em que o mercado financeiro afeta as políticas, provocando uma profunda crise democrática de magnitude global.

O caso da Amazônia é um exemplo que revela a gravidade do problema da alimentação, pois violenta e mata o corpo e a alma de muitas pessoas, principalmente dos povos indígenas, que estão sendo vítimas de um modelo genocida de agricultura e pecuária extensiva.

Afinal, o que é alimentação na perspectiva dos povos da Amazônia? O que está em questão é o direito à vida e o combate à violência em todas as suas formas.

O direito humano fundamental à alimentação e o desmonte das políticas públicas no Brasil

O direito humano fundamental à alimentação é considerado um direito social de segunda dimensão. Em tese, existe um compromisso do Estado brasileiro em garantir o mínimo existencial para a dignidade da pessoa humana. A temática jurídica referente aos problemas da alimentação diz respeito à formulação doutrinária iniciada com o reconhecimento do direito humano à alimentação e posteriormente aprofundadas pelo conceito de segurança e soberania alimentar.

O direito fundamental à alimentação foi incluído tardiamente, em 2010, no artigo 6º da Constituição Federal de 1988 como direito social.³ No entanto, a luta por esse direito começou muito antes e, neste tópico, faremos uma breve digressão histórica sobre esse processo. (BRASIL, 1988)

A alimentação foi reconhecida como direito humano pela primeira vez no artigo XXIV na *Declaração Universal dos Direitos Humanos* (1948). O segundo documento a tratar sobre o direito humano à alimentação foi o *Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais* (1966), que trouxe no seu preâmbulo o ideal de um mundo livre da fome e reconheceu, no artigo 11, o direito fundamental à alimentação. (NAÇÕES UNIDAS, 1948, 1966)

Em 1999, o Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da Organização das Nações Unidas (ONU) elaborou um documento chamado *Comentário*

3 Passou a figurar como direito social no Artigo 6º da Constituição Federal, após a Emenda Constitucional nº 64/2010 que incluiu o direito à alimentação entre os direitos sociais individuais e coletivos.

Geral 12, que coloca a alimentação com um direito multidimensional,⁴ diretamente ligado à dignidade da pessoa humana e primordial para a fruição de todos os direitos consagrados na carta internacional de direitos humanos. (NAÇÕES UNIDAS, 1999)

O comentário afirma que as raízes do problema da fome não residem na falta de alimento, mas na falta de distribuição ao alimento disponível. O texto admitiu que naquele momento mais de 840 milhões de pessoas em todo o mundo, a maior parte delas em países de terceiro mundo, sofriam de fome crônica e inanição, como resultado de desastres naturais, a crescente incidência de conflitos e guerras em algumas regiões e o uso do alimento como arma de guerra. (NAÇÕES UNIDAS, 1999)

A noção de sustentabilidade é invocada pelo comentário, que inova atrelando à noção de direito à alimentação adequada ao direito à alimentação das futuras gerações. Diz ainda que o significado preciso de “adequado” está condicionado, pelas condições sociais, econômicas, culturais, climáticas, ecológicas e outras mais que prevalecem, enquanto que a “sustentabilidade” incorpora a noção de disponibilidade e acessibilidade em longo prazo. (NAÇÕES UNIDAS, 1999)

No âmbito nacional, a Lei nº 11.346, de 15 de setembro de 2006, a chamada Lei Orgânica da Segurança Alimentar e Nutricional, traz a definição do direito à segurança alimentar e nutricional da população:

Artigo 3º. A segurança alimentar e nutricional consiste na realização do direito de todos ao acesso regular e permanente a alimentos de qualidade, em quantidade suficiente, sem comprometer o acesso a outras necessidades essenciais, tendo como base práticas alimentares promotoras de saúde que respeitem a diversidade cultural e que sejam ambiental, cultural, econômica e socialmente sustentáveis. (BRASIL, 2006)

Os artigos 5º e 6º destacam a importância do respeito à soberania alimentar dos países, além de determinarem o compromisso do Estado brasileiro de promover a cooperação técnica internacional, tendo em vista a realização do direito humano à alimentação adequada no plano internacional:

4 O direito à alimentação é considerado um direito de segunda dimensão, mas ao mesmo tempo é multidimensional e por isso deve ser compreendido a partir das quatro dimensões. 1ª dimensão (liberdade): a liberdade de se alimentar, ou de não ser obrigado a comer agrotóxicos; 2ª dimensão (igualdade): dever do Estado garantir a alimentação para todos(as) os(as) brasileiros(as); 3ª dimensão (solidariedade): obrigação do Estado de garantir a alimentação para atuais e futuras gerações preservando o meio ambiente; 4ª dimensão (paz, democracia e pluralismo político): um povo que não decide o que come, nem como planta e padece do flagelo da fome não pode ser considerado democrático.

Art. 5º A consecução do direito humano à alimentação adequada e da segurança alimentar e nutricional requer o respeito à soberania, que confere aos países a primazia de suas decisões sobre a produção e o consumo de alimentos.

Art. 6º O Estado brasileiro deve empenhar-se na promoção de cooperação técnica com países estrangeiros, contribuindo assim para a realização do direito humano à alimentação adequada no plano internacional. (BRASIL, 2006)

No âmbito nacional, em 2003, foi recriado o Conselho Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional (Consea), que tem como patrono o geógrafo Josué de Castro.⁵ O Consea foi pensado como um instrumento de articulação entre o governo e a sociedade civil, na proposição de diretrizes para ações na área de alimentação e nutrição, dispondo de um caráter consultivo e de assessoria. Tem como finalidade orientar a presidência da República quanto à implementação de políticas públicas para garantir o direito humano à alimentação. (BRASIL, 2013)

Com a Medida Provisória nº 870, de 2019, o Consea foi destituído de suas atribuições e o controle social das políticas alimentares foi extinto. (BRASIL, 2019) O conselho servia para acompanhar os diversos programas, projetos, políticas e sistemas, como: Bolsa Família, Programa de Fortalecimento da Agricultura Familiar (Pronaf), Programa Nacional de Alimentação Escolar (PNAE), Programa de Aquisição de Alimentos (PAA), Sistema de Vigilância Alimentar e Nutricional (Sisvan) etc.

Ele cumpria sua atribuição de monitoramento de políticas relativas ao tema da segurança e soberania alimentar e nutricional, além de debater temas como a crise no sistema agroalimentar e se posicionar do contra uso indiscriminado dos agrotóxicos e dos alimentos geneticamente modificados.

No primeiro semestre de 2019, ocorreram muitas manifestações pela manutenção das funções do Consea. Os banqueteiros em defesa do conselho ocorreram em todo Brasil e revelaram a força que a sociedade civil organizada tem de criar estratégias de resistência e de enfrentamento político:

5 Geógrafo, político, médico e ativista brasileiro do combate à fome. Exerceu a Presidência do Conselho Executivo da Organização das Nações Unidas para Agricultura e Alimentação (FAO), foi embaixador brasileiro junto à Organização das Nações Unidas (ONU). Logo após o Golpe de Estado de 1964 teve seus direitos políticos suspensos pela ditadura militar no Brasil. Enfatizou as origens socioeconômicas da tragédia e denunciou as explicações deterministas. Respeitado internacionalmente, foi eleito por representantes de 70 países para presidente do Conselho Executivo da FAO, cargo que exerceu entre 1952 e 1956. Enfrentou forte oposição dos países desenvolvidos à execução de projetos voltados para o desenvolvimento do terceiro mundo e não deixou de expressar sua frustração com a “ação tímida e vacilante” da agência das Nações Unidas.

Criado em 2017, o Banqueteço é uma resposta à necessidade de defender o Direito Humano à Alimentação Adequada (DHAA). Aconteceu pela primeira vez em São Paulo contra a Farinata/Ração Humana, proposta pelo então prefeito João Doria. Na época, agricultores, nutricionistas, participantes do Conselho Municipal de Segurança Alimentar e Nutricional, cozinheiros e ativistas realizaram um ato de protesto diante do Teatro Municipal de São Paulo, onde foram servidas 2 mil refeições, chamando a atenção da população sobre o DHAA, conforme o artigo 6º da Constituição Brasileira. Os pratos foram preparados com produtos orgânicos locais, doações de temperos e plantas alimentícias não convencionais (PANCs) da Horta da USP, alimentos doados por empresários e legumes, verduras e frutas que, embora com qualidade para o consumo, seriam descartados pelo CEASA. (ARTICULAÇÃO NACIONAL DE AGROECOLOGIA, 2019)

O Brasil vem enfrentando um desmonte generalizado das políticas públicas que envolvem o direito humano fundamental à alimentação. Os interesses do agro-negócio abalaram profundamente as instituições e a legislação de direitos humanos, ambiental, fundiária e de soberania e segurança alimentar, com a extinção do Ministério do Desenvolvimento Agrário (MDA), Ministérios do Trabalho e da Cultura, a reformulação da Secretaria de Aquicultura e Pesca, o sucateamento do Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária (Incra), da Fundação Nacional do Índio (Funai), do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente (Ibama), Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade (ICMBio), Fundação Palmares e a extinção dos conselhos de participação social, a exemplo do Consea, do Conselho Nacional de Desenvolvimento Rural Sustentável (Condraf), da Comissão Nacional de Agroecologia e Produção Orgânica e do Conselho Nacional de Povos e Comunidades Tradicionais. (CARTA..., 2019)

Atualmente, o alimento, antes de ser considerado um direito humano fundamental pelas constituições nacionais dos países, é, acima de tudo, uma mercadoria que gera muito lucro para o mercado cada vez mais concentrado em forma de oligopólios transnacionais.

Diante da conjuntura de retrocessos, os esforços da ONU e da FAO, como organismos internacionais protagonistas na defesa do direito humano à alimentação, são importantes, mas não atingem nem se contrapõem à raiz do problema agrário que é a distribuição equitativa de terras.

Os programas de distribuição de alimentos da FAO para as populações mais pobres são apenas paliativos. Podem até garantir a segurança alimentar

temporariamente, mas não garantem a soberania alimentar, que é a verdadeira dependência da população.

De acordo com Stedile e Carvalho (2010), é contraditório que os alimentos distribuídos pelo Programa Alimentar Mundial (PAM), por exemplo, sejam constituídos por doações de vários governos do mundo, porém adquiridos junto às grandes empresas multinacionais do mercado de alimentos.

Defender a proposta da soberania alimentar obviamente não exclui a defesa do direito humano à alimentação e segurança alimentar. Na realidade, esses conceitos fazem parte de um processo histórico de lutas em torno da alimentação, que foi se tornando cada vez mais complexa diante do fenômeno da globalização, e do desenvolvimento de novas tecnologias, que afetaram o ritmo de produção e de vida do mundo.

Por esse motivo, há que se diferenciar as peculiaridades de cada abordagem. A seguir, o quadro comparativo sintetiza essas nuances entre os conceitos de direito humano à alimentação, segurança e soberania alimentar, levando em consideração alguns marcos históricos e perspectivas teóricas:

Quadro 1 – O direito à alimentação e suas nuances teóricas

Direito humano à alimentação	Segurança alimentar	Soberania alimentar
<ul style="list-style-type: none"> – Criação da FAO em 1945; – Declaração Universal dos DH em 1948 (art. XXV); – O mundo se encontrava abalado pelas atrocidades das guerras mundiais; – Josué de Castro publica o livro <i>Geografia da fome</i> em 1946 e se torna embaixador da ONU; – O problema da fome é desnaturalizado como um determinismo e passa a ser visto mundialmente como problema social que merece a proteção dos direitos humanos; – O problema da fome está na falta de distribuição, e não na falta de alimento. 	<ul style="list-style-type: none"> – O conceito surge na Europa no período pós-guerra, mas não atinge o objetivo de acabar com a fome no mundo; – Traz a noção de que um país pode dominar o outro controlando seu fornecimento de alimentos (arma poderosa), daí a noção de segurança em termos de defesa até mesmo de fronteiras; – Inicialmente, a concepção de segurança alimentar estava atrelada ao financiamento Revolução Verde, que prometeu acabar com a fome no mundo; – Não interessava se a comida era produzida por camponeses ou por grandes empresas, se era transgênica ou orgânica. 	<ul style="list-style-type: none"> – O conceito surge na Cúpula Mundial da Alimentação, organizada pela FAO em Roma em 1996; – Formulação originada no interior dos movimentos e organizações sociais vinculados a povos e comunidades tradicionais; – Pressupõe a pluralidade política, a agroecologia e o respeito aos modos de vida; – Denuncia a prática do <i>dumping</i> (venda abaixo do preço de produção) como prática desleal de comércio; – Alimentação faz parte da identidade de um povo, é um patrimônio cultural imaterial que diz respeito à liberdade e à autodeterminação dos povos em produzir seus alimentos.

Fonte: elaborado pelos autores.

Esse quadro demonstra resumidamente o processo que foi necessário para se chegar, nos dias atuais, à elaboração e aplicação concreta das políticas públicas de direito humano à alimentação, segurança e soberania alimentar. São três vertentes distintas que se apoiam, mas que se diferenciam muitas vezes por não possuírem uma mesma estratégia.

O Brasil se tornou mundialmente conhecido ao sair do mapa da fome em 2014. Uma conquista significativa para uma sociedade marcada pela desigualdade. Por esse motivo, as políticas públicas brasileiras de combate à fome são conhecidas no mundo inteiro.⁶ A ONU estimula países em situação semelhante a seguir as experiências brasileiras.

No entanto existem dois discursos antagônicos no que diz respeito ao papel do Estado. Afinal, quanto e como o Estado deve investir em políticas públicas para garantir o direito à alimentação de forma permanente? Quais ações são de fato necessárias para se atingir esse objetivo de forma permanente?

6 Sem o objetivo de elencar um rol taxativo, no que diz respeito às políticas públicas de direito à alimentação e combate à fome, destacam-se: I - Política Nacional de Agricultura Familiar e Empreendimentos Familiares Rurais no Brasil (Pronaf), criada em 1996 pelo Decreto nº 1.946, que financia a juros relativamente baixos projetos coletivos e individuais para agricultura familiar e assentados da Reforma Agrária; II - Política Nacional de Assistência Técnica e Extensão Rural (PNATER), orientada pelo Programa Nacional de Assistência Técnica e Extensão Rural (Pronater), instituídos pela Lei nº 12.188/2010, que tem como objetivo estimular, animar e apoiar iniciativas de desenvolvimento rural sustentável, que envolvam atividades agrícolas e não agrícolas, pesqueiras, de extrativismo e outras, tendo como centro o fortalecimento da agricultura familiar, visando a melhoria da qualidade de vida e adotando os princípios da agroecologia como eixo orientador das ações; III - Programa de Aquisição de Alimentos da Agricultura Familiar (PAA), que foi instituído pelo artigo 19 da Lei nº 10.696, de 2 de julho de 2003, no âmbito do Programa Fome Zero. O governo adquire alimentos de agricultores familiares a preços estáveis para levá-los a diferentes entidades públicas (alimentação escolar, hospitais, presídios etc.) e para pessoas em condição de insegurança alimentar. Esse programa reorientou as compras que eram feitas antes na indústria alimentar e com os grandes agricultores. Permitiu-se a valorização regional dos produtos agrícolas e da economia familiar. Parte dos alimentos é adquirida pelo governo diretamente dos agricultores familiares, assentados da Reforma Agrária, comunidades indígenas e demais povos e comunidades tradicionais, para a formação de estoques estratégicos e distribuição à população em maior vulnerabilidade social; IV - Programa Nacional de Alimentação Escolar (PNAE): A Lei nº 11.947/2009, no artigo 14, determina que no mínimo 30% do valor repassado a estados, municípios e Distrito Federal pelo Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação (FNDE) para o PNAE deve ser utilizado na compra de gêneros alimentícios diretamente da agricultura familiar e do empreendedor familiar rural ou de suas organizações, priorizando-se os assentamentos da Reforma Agrária, as comunidades tradicionais indígenas e as comunidades quilombolas; V - O Programa Nacional de Apoio à Captação de Água de Chuva e outras Tecnologias Sociais (Programa Cisternas) foi instituído pela Lei nº 12.873/2013 e regulamentado pelo Decreto nº 8.038/2013. Esse programa tem como objetivo a promoção do acesso à água para o consumo humano e para a produção de alimentos por meio da implementação de tecnologias sociais simples e de baixo custo. O semiárido brasileiro é a região prioritária do programa; VI - O Programa Bolsa Família, instituído pela Lei Federal nº 10.836/04, foi fundamental para as pessoas em situações de insegurança alimentar moderada e grave. É considerado um marco e uma referência no combate à pobreza no mundo. Ele amplia, sobretudo, o acesso à educação, pois a presença dos alunos às aulas é uma condição obrigatória para que a família possa receber o benefício. A família que descumprir a condicionalidade por cinco vezes consecutivas tem seu benefício definitivamente cancelado.

Essas questões envolvem não apenas uma decisão do próprio Estado, mas de como ele se relaciona com os interesses das grandes empresas privadas, as “soberanas privadas metaestatais”, muitas vezes de capital estrangeiro que atuam no Brasil em setores da economia que influenciam na efetividade dos direitos fundamentais.

Na realidade, para muitas dessas empresas, o Estado se tornou um obstáculo. Afinal, se o Estado garantir o acesso à terra para que a população plante seu próprio alimento, como o agronegócio iria ter o monopólio sobre a venda e a exportação de alimentos? Se o Estado garantir uma alimentação saudável nas escolas públicas, comprando a alimentação escolar diretamente da agricultura familiar, como é que as grandes empresas que vendem alimentos ultraprocessados iriam garantir sua fatia do mercado?

É essa disputa que gira em torno do direito fundamental à alimentação. Por esses motivos, as políticas públicas foram desarticuladas a partir do momento em que a participação da sociedade civil foi eliminada junto com as atribuições do Consea. O baixo investimento em políticas públicas para alimentação, a Reforma Trabalhista e a Reforma da Previdência irão contribuir para o retorno do Brasil ao mapa da fome.

Na seção a seguir, faremos uma análise sobre o impacto do agronegócio na Amazônia, a crise de soberania enfrentada pelo Estado brasileiro e os desafios jurídicos para a democracia ambiental – “democracia da terra”.

Alimentos globalizados, ecocídio e soberania nacional o caso da Amazônia

A Amazônia precisa ser entendida a partir da complexidade das conexões que dão sentido à sua história. Ela sempre foi considerada um campo de disputa de interesses coloniais e na atualidade se tornou fornecedora global de carne e de soja. Esse fato é fruto da cultura alimentar de modelo único, globalizada, industrializada, controlada por poucas empresas que teve origem a partir da Revolução Verde (1940-1960), iniciada sob o pretexto de acabar com a fome no mundo. Essa revolução industrial da alimentação introduziu tecnologias baseadas na produção científica testada nos campos de concentração durante a Segunda Guerra Mundial.⁷

⁷ Para um maior estudo sobre o tema, é importante a leitura da obra de Rachel Carson: *Primavera Silenciosa* (*Silent Spring*). Nesse livro, a autora defende a tese que a indústria de produtos químicos para agricultura é

Esse foi o início da era da alimentação globalizada em que grandes empresas passaram a deter o monopólio da produção e comercialização de alimentos. Elas se aproveitam de legislações ambientais frágeis em países subalternizados historicamente para garantir lucro a partir de passivo socioambiental imensurável.

Para Milton Santos (2000), à medida que se impõe esse nexo das grandes empresas, instala-se a semente da ingovernabilidade, já fortemente implantada no Brasil e na América Latina. Talvez por esse motivo a América do Sul possua tantas marcas de regimes ditatoriais após o período colonial. Afinal, a noção de desenvolvimento e de progresso econômico a todo custo teve sua base de implantação nas ditaduras militares. O discurso de eficácia técnico-produtiva é interiorizado não só pelas instâncias públicas subalternas, mas também pelos grupos dominados. A crença de que é necessário criar gado e plantar soja na Amazônia se torna senso comum para a sociedade civil, e os problemas que giram em torno da alimentação permanecem num estado de latência e invisibilidade para grande parte da população mundial.

A biodiversidade da Amazônia corre o risco de savanização, e o seu valioso patrimônio cultural, representado pelo conhecimento tradicional de seus povos sobre as plantas medicinais e comestíveis, está sendo destruído por queimadas de proporções nunca vistas na história do Brasil e na Bolívia.

Os motivos para esse ecocídio⁸ na maior reserva de biodiversidade da terra estão atrelados diretamente ao desmatamento. A razão para o desmatamento, por sua vez, tem direta relação com a mineração e a agricultura intensiva baseada na monocultura de soja, na pecuária para exportação e na extração de madeira. Primeiro ocorre um corte seletivo das árvores de maior valor econômico; depois é feito o “correntão”, que consiste na ligação de dois tratores com uma grande corrente que derruba as árvores; por fim, é ateadado fogo para queimar a floresta morta, que logo se transforma em pasto ou em área para plantio de grãos.

De acordo com nota técnica do Instituto de Pesquisa Ambiental da Amazônia (Ipam), os prejuízos resultantes dos incêndios florestais podem chegar a valores exorbitantes para o próprio Estado. Os incêndios de 1998, por exemplo, causaram perda de mais de US\$ 5 bilhões. Somente o Sistema Único de Saúde (SUS) teve de desembolsar US\$ 11 milhões para o tratamento de problemas respiratórios da po-

um dos frutos da Segunda Guerra Mundial. Pois, no decorrer do desenvolvimento de agentes utilizáveis na guerra química, algumas substâncias revelaram efeitos letais para os insetos: “A descoberta não ocorreu por acaso; os insetos já vinham sendo amplamente usados nas experiências que se faziam para testar os agentes químicos de morte para o homem”. (CARSON, 1969, p. 32)

8 Crime ambiental de proporção global.

pulção amazônica. Pessoas nas cidades da Amazônia, e mesmo fora dela, passaram a respirar ar mais poluído do que o encontrado em conglomerados urbanos como São Paulo. Com as queimadas no ano de 2019, essa situação se tornará ainda mais grave e as consequências ainda são imprevisíveis. (SILVÉRIO; SILVA; ALENCAR et al., 2019)

As queimadas impactaram em muitos territórios indígenas que não tem contato direto com a sociedade – os isolados. De acordo com levantamento do Instituto Socioambiental (ISA), as recentes queimadas que assolam a Amazônia também atingiram os territórios habitados por esses grupos indígenas. Desde julho, foram detectados 3.699 focos de incêndio em território com a presença de isolados. A Floresta Extrativista (Florex) do Rio Preto – Jacundá com 1.538 focos, o Parque Nacional (Parna) do Araguaia com 239, a Estação Ecológica (Esec) da Terra do Meio com 188, o Parque Indígena do Xingu com 179 e a Terra Indígena Kayapó com 160 foram os territórios mais atingidos. (INSTITUTO SOCIOAMBIENTAL, 2019)

Esse crime ambiental é considerado por muitos juristas como um crime contra a humanidade. Por isso, a ONU, centenas de líderes estrangeiros e a Igreja Católica cobram do governo brasileiro uma explicação e uma solução para resolver a crise ambiental que se abateu sobre a Amazônia. Juristas alertam que esses delitos poderão ser julgados pela Corte Penal Internacional (CPI) e que as empresas que contribuírem com os projetos poderão ser consideradas cúmplices.

O desmonte da legislação ambiental brasileira e a falta de fiscalização causaram péssima repercussão internacional, o que afetou a imagem do Brasil gerando embargos nas exportações de carne e grãos. Questiona-se internacionalmente a soberania⁹ do Estado brasileiro no que diz respeito à proteção da Amazônia, principalmente com o novo mandato presidencial em 2019 e suas iniciativas de retrocesso ambiental.

Os órgãos de fiscalização ambiental, principalmente o Ibama e o ICMBio, sofreram enormes cortes no orçamento e conseqüentemente as quantidades de multas

9 De acordo com Jean Bodin (1576): “a soberania é o poder absoluto e perpétuo de um Estado-Nação”, poder absoluto que não reconhece nenhum outro acima de si. O conceito de soberania atrelado à coletividade popular surge com Rousseau. Essa interpretação transfere o conceito de soberania da pessoa do governante para todo o povo, entendido como corpo político ou sociedade de cidadãos. Essa é, em tese, a ideia original da Constituição brasileira de 1988, que tem como fundamento do Estado democrático de direito a soberania (art. 1º, I). No âmbito internacional, a soberania diz respeito à igualdade de todos os Estados na comunidade internacional, associada à independência nacional e à territorialidade.

aplicadas diminuíram.¹⁰ O comando de não aplicar multas para crimes ambientais se tornou a postura oficial do Estado que validou o desmatamento a partir do seu próprio discurso.¹¹ Essa conjuntura inviabilizou as políticas públicas de proteção ao meio ambiente. O Ministério do Meio Ambiente publicou uma portaria instituindo os Núcleos de Conciliação Ambiental (Nucam) no Ibama e no ICMBio. O decreto muda o sistema de conversão de multas do Ibama e cria conciliação. Prevê, por exemplo, que o Núcleo de Conciliação terá poder para anular os atos de infração emitidos pelos fiscais do Ibama.¹² (BRASIL, 2019)

Além dos cortes, o governo anunciou a revisão de todas as Unidades de Conservação do país, desde o Parque Nacional de Itatiaia (criado em 1934) até o Refúgio da Vida Silvestre da Ararinha Azul (criado em 2018), além de afrouxar as regras para o licenciamento ambiental.¹³

O Inpe divulgou os dados referentes às queimadas no segundo semestre de 2019. O atual ministro do Meio Ambiente chegou a contestar os dados que foram divulgados pela imprensa e o episódio levou à exoneração do então diretor do instituto. Os defensores do agronegócio brasileiro também negam os fatos e os dados das queimadas.

A onda de retrocessos no que diz respeito à legislação socioambiental impulsionada por setores do agronegócio no Congresso e no governo tem permitido a liberação de mais agrotóxicos, mais desmatamento, menos rigor nos licenciamentos ambientais, menos fiscalização e mais crimes contra as pessoas e o meio ambiente.

O Brasil é recordista mundial de assassinatos de militantes ecologistas defensores da Reforma Agrária ou da floresta. Dados da Comissão Pastoral da Terra (CPT)

10 Em abril de 2019, o atual ministro do meio ambiente determinou o corte de 24% do orçamento anual previsto para o Ibama, que teve seu orçamento reduzido de R\$ 368,3 milhões, conforme constava na Lei Orçamentária (LOA), para R\$ 279,4 milhões. Disponível em: <https://congressoemfoco.uol.com.br/meio-ambiente/vinte-e-um-fatos-que-comprovam-o-desmonte-da-politica-ambiental/>. Acesso em: 13 set. 2019.

11 O número de multas aplicadas pelo Ibama por desmatamento ilegal teve queda de 34% entre janeiro e maio de 2019. Os fiscais do Ibama foram recriminados publicamente pelo governo, por terem destruído o equipamento utilizado para retirar madeira ilegal de uma Unidade de Conservação no Pará, apesar de decreto federal autorizar o procedimento. Disponível em: <https://congressoemfoco.uol.com.br/meio-ambiente/vinte-e-um-fatos-que-comprovam-o-desmonte-da-politica-ambiental/>. Acesso em: 13 set. 2019.

12 BRASIL. *Portaria Conjunta nº 1, de 7 de agosto de 2019*. Institui o Núcleo de Conciliação Ambiental no âmbito do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis - Ibama e do Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade - ICMBio. Disponível em: <http://www.in.gov.br/web/dou/-/portaria-conjunta-n-1-de-7-de-agosto-de-2019-210035607>. Acesso em: 12 set. 2019.

13 Para maiores informações sobre as ações do governo em 2019 em relação ao desmonte da fiscalização e das políticas de proteção ambiental, verificar o documento elaborado pela Greenpeace: *Ações Efetivadas e Promessas nos Primeiros 100 dias de Governo Bolsonaro*. Disponível em: <https://www.greenpeace.org.br/hubfs/atos-medidas-bolsonaro-100dias.pdf>. Acesso em: 13 set. 2019.

mostram que, desde 1985, 1.833 camponeses e lideranças pela Reforma Agrária morreram em conflitos. Setenta e uma pessoas foram assassinadas por lutar pela Reforma Agrária e por seus territórios tradicionais, de acordo com o relatório. Os assassinatos do sindicalista Chico Mendes (1988) e de Dorothy Stang (2005) são símbolos da violência brasileira no campo. (CONFLITOS..., 2015)

Ainda conforme o relatório, as disputas pela terra e pelos recursos hídricos são as principais causas da violência no campo. A intensificação dos conflitos está situada onde há expansão do agronegócio, mineração e grandes obras de infraestrutura. (CONFLITOS..., 2015)

Outro problema que agrava a crise alimentar e hídrica é o uso intensivo de agrotóxicos. Em 2009, o Brasil alcançou a indesejável posição de maior consumidor mundial de agrotóxicos, ultrapassando a marca de 1 milhão de toneladas, o que equivale a um consumo médio de 5,2 kg de veneno agrícola por habitante. Segundo o Inca, os agrotóxicos são produtos químicos sintéticos usados para matar insetos ou plantas no ambiente rural e urbano. No Brasil, a venda de agrotóxicos saltou de US\$ 2 bilhões para mais de US\$ 7 bilhões entre 2001 e 2008, alcançando o valor recorde de US\$ 8,5 bilhões em 2011. (CARNEIRO, 2015)

Rachel Carson (1969) adverte que é melhor que se saiba alguma coisa sobre as substâncias químicas presentes no alimento e na água, pois elas estão entrando na própria medula óssea e os seres humanos estão intimamente ligados esses pesticidas.

Mais um fato absurdo é que o Brasil ainda intensifica o consumo de agrotóxicos, pois mantém políticas de incentivo aos agroquímicos com isenção de impostos, leis frouxas e ainda inova ao permitir a pulverização aérea de venenos.

Essa agricultura baseada na globalização do comércio de alimentos e na alta tecnologia aplicada ao campo agrava os problemas ambientais. O modelo hegemônico de agricultura apoiado pela Organização Mundial do Comércio (OMC) e pelo Banco Mundial é um modelo violento que aquece o planeta, aprofundando a crise climática. O desmatamento causado pela vasta criação de gado, pela monocultura de soja e milho, pelo uso excessivo de agrotóxicos e a alta dependência do petróleo para transportar alimentos para o mundo todo com embalagens plásticas, representa um modelo insustentável de pulsão de morte. (LESSA, 2019)

De acordo com Santos e Glass (2018, p. 32):

[...] o ‘Complexo Global da Carne’ é um negócio altamente concentrado, [pois] controla todas as fases de produção e processamento de um enorme número de animais. [A] Cargill, [por exemplo], a mais conhecida, é a principal fornecedora de grãos, a segunda maior fabricante mundial de alimentos e a terceira maior processadora de carne em termos de vendas de alimentos. Outras, como o CP Group, da Tailândia; a New Hope Liuhe e o Wen’s Food Group, da China; e a BRF, do Brasil, estão liderando [enquanto] fabricantes de ração animal e processadores de carne. [Já] a brasileira JBS sozinha processou mais de dez milhões de toneladas de cabeças de gado em 2009-2010. Este montante representa mais do que a soma de todas as empresas que ocupam as posições de 11 a 20 no ranking mundial. Cada corporação usa uma combinação de várias estratégias, incluindo fusões e aquisições, integração vertical de suas cadeias de suprimentos, diversificação de produtos, vendas no atacado e no varejo e *lobby* em torno dos acordos de comércio e de investimento de modo a facilitar o acesso aos mercados estrangeiros.

Um impacto direto desse modelo é constatado a partir de mudanças nos hábitos alimentares na Amazônia, que revelam a perda da soberania alimentar dos povos da região. Alimentos com baixo teor de gordura consumidos pelos ribeirinhos, como farinha e peixes de água doce, vêm sendo substituídos por itens alimentares de alto teor de gordura, como os frangos congelados e alimentos ultraprocessados.

Um exemplo desse preocupante cenário vem de um estudo do pesquisador Afonso Rabelo do Instituto Nacional de Pesquisas da Amazônia (Inpa/MCTI), publicado no livro *Frutos Nativos da Amazônia comercializados nas feiras de Manaus – AM*. O pesquisador conclui que alguns frutos do extrativismo, como piquiá, pajurá, sorvinha, uxi, bacaba, pataúá e outros, estão cada vez mais raros nas feiras livres da cidade em decorrência dos desmatamentos provocados para abertura de estradas, expansão agropecuária, do agronegócio e da mineração. (RABELO, 2012)

Perspectivas da soberania alimentar

O conceito de soberania alimentar surge como reivindicação dos movimentos sociais camponeses, que se contrapõem ao modelo químico-industrial de produção de alimentos. Os movimentos alertam que não existe uma única solução para acabar

com a fome, pois existe uma pluralidade de agriculturas. É travado um combate ao processo de padronização da alimentação que vem reduzindo a biodiversidade e acabando com saberes alimentares que sustentaram diversos povos ao longo da história. (LESSA, 2019)

De acordo com Paul Nicholson Grain (2010, p. 9), em artigo publicado na revista *Soberanía Alimentária, Biodiversidad y Culturas*:

Hoje a Soberania Alimentar é a reivindicação principal em todo o planeta frente ao modelo neoliberal, aglutinando consumidores e consumidoras, ambientalistas, campesinos e campesinas, movimentos pobres urbanos, povos indígenas campesinos [...] toda essa gente preocupada sobre a alimentação. Uma reivindicação que não é só do campo, é cidadã.

A luta pela soberania alimentar se tornou um elo entre diversos povos do mundo. Pode ser considerada uma meta internacional, que pressupõe o respeito ao direito humano à alimentação adequada. As políticas públicas e as políticas internacionais de soberania alimentar devem respeito à autonomia dos povos, mas levam em consideração a cooperação entre os povos – a solidariedade. O alimento local vem em primeiro lugar, deve ser priorizado, pois é necessariamente mais barato para os seus consumidores e sua produção tem baixo impacto ambiental. O alimento globalizado precisa de muito combustível fóssil para ser transportado de um país para outro, por isso o alimento produzido localmente é considerado o mais adequado.

Nessa mesma lógica de preservação do que é produzido na localidade, a democracia e a soberania dos povos de cada país devem ser preservadas para que as futuras soluções para os problemas ambientais e alimentares estejam em consonância com a identidade dos povos da floresta.

A soberania alimentar pressupõe uma democracia ambiental – “democracia da terra” ou “biodemocracia”. (SHIVA, 2007) Envolve o direito à alimentação e ao território de grupos, povos e comunidades tradicionais. É um direito que se caracteriza como metaindividual (tutela coletiva) no que diz respeito à titularidade dos sujeitos. Assume também a característica de direito difuso e coletivo, pois a forma com que são produzidos os alimentos causa impactos ao meio ambiente, à saúde e às relações de consumo. Os possíveis danos causados por agrotóxicos e transgênicos, por exemplo, podem atingir um determinado grupo (coletivo) ou uma massa indefinida de pessoas (difuso). (LESSA, 2019)

A soberania alimentar tem a natureza jurídica de princípio, porque se trata de uma norma com finalidade de execução de um objetivo juridicamente relevante. Princípios são normas finalísticas que estabelecem um estado de coisas para cuja realização é necessária a adoção de determinados comportamentos, diferente das regras, que são normas imediatamente descritivas na medida em que estabelecem obrigações, permissões e proibições. (ÁVILA, 2008)

A alimentação que prioriza os alimentos locais permite que os agricultores e os consumidores tenham parte ativa das decisões sobre quais alimentos serão produzidos e como serão produzidos. Assim, é possível respeitar os diferentes ecossistemas nos quais a agricultura se desenvolve de forma harmoniosa. (MONTAGUT; DOGLIOTI, 2008) A soberania alimentar situa-se no centro de estratégias de resistência à comida imposta e de ínfima qualidade, produzida industrialmente e que destrói a natureza e arruína milhões de camponeses.

[...] é um direito dos povos a alimentos nutritivos e culturalmente adequados, acessíveis, produzidos de forma sustentável e ecológica, e seu direito de decidir seu próprio sistema alimentício e produtivo. Isto coloca aqueles que produzem, distribuem e consomem alimentos no coração dos sistemas e políticas alimentares, por cima das exigências dos mercados e das empresas. Defende os interesses de, e inclui às futuras gerações. Oferece-nos uma estratégia para resistir e dismantelar o comércio livre e corporativo e o regime alimentar atual; canalizar os sistemas de alimentação, agricultura, pastoreio e pesca para que sejam geridos por produtores locais. A soberania alimentar dá prioridade às economias locais e mercados locais e nacionais; dá poder aos camponeses e à agricultura familiar, pesca artesanal e pastagem tradicional; coloca a produção, distribuição e consumo de alimentos com base em sustentabilidade ambiental, social e econômica. A soberania alimentar promove o comércio transparente, que garante renda decente para todos os povos e os direitos dos consumidores de controlar sua própria alimentação e nutrição. Garante que os direitos de acesso e gestão de nossa terra, nossos territórios, nossas águas, nossas sementes, nossa pecuária e biodiversidade, estejam nas mãos daqueles que produzem a comida. A soberania alimentar implica novas relações sociais livres de opressão e desigualdades entre homens e mulheres, povos, grupos raciais, classes sociais e gerações. (FÓRUM MUNDIAL DE SOBERANIA ALIMENTAR, 2007, p. 1, tradução e grifo nossos)

Na América Latina e no Caribe, existem nove países com legislação sobre o tema de alimentação, dos quais dois têm leis específicas de segurança alimentar (Brasil e Guatemala), quatro têm normas de soberania alimentar (Equador, Bolívia, Nicarágua e Venezuela) e quatro têm normas gerais ou programas de alimentação (Argentina, Chile, Cuba e México). (PADILLA, 2012) Essa nova legislação latino-americana de soberania alimentar tem um caráter radical no sentido de tratar das raízes do problema da fome: a carência de terras, água, educação e crédito para quem produz alimentos. (LESSA, 2019)

Pensar políticas públicas de soberania alimentar para a região amazônica requer uma articulação entre países latino-americanos. É necessário pensar em conjunto com as nove nações que integram essa região. A Amazônia é símbolo de resistência para os povos da floresta, ela é a intersecção que une Brasil, Peru, Colômbia, Venezuela, Equador, Bolívia, Guiana, Suriname e Guiana Francesa. É a maior representação de *Pachamama*. Nunca foi tão urgente pensar em um projeto de soberania alimentar para os povos desse território, promovendo soluções locais para problemas globais. O Novo Constitucionalismo Latino-Americano (NCLA)¹⁴ pode contribuir para esse projeto, pois está fundamentado em princípios da ecologia profunda e inspirado na filosofia andina.

Esperar que os antigos colonizadores prestem ajuda humanitária e ambiental é de uma ingenuidade típica da síndrome do “brasileiro vira lata”. A solução naturalmente está na floresta e é preciso confiar nessa força. Esse pensamento se insere na perspectiva pluriépistemológica da ecologia política como crítica ao pensamento científico-moderno europeu e norte-americano.

14 “Uma característica fundamental do NCLA é a incorporação das visões de mundo e cosmologias (*Weltanschauungen*) andino-amazônicas. O reconhecimento da natureza (*Pachamama*) como sujeito de Direito inaugura um constitucionalismo voltado para valores ecológicos contrapondo-se ao desenvolvimento e crescimento econômico. A tutela ecológica surge da resistência dos povos e apresenta valores totalmente opostos à desenfreada corrida individualista pela riqueza e pela exportação e/ou usurpação da natureza. [...] São dispositivos constitucionais que partem da noção de unidade, presente na noção de ‘futuro comum’, afinal o planeta é um só, uma unidade a partir do múltiplo (diversidade). Por isso, existe o compromisso ético de não empobrecer a Terra e a sua agrobiodiversidade com fim de garantir a sobrevivência (alimentação) para as atuais e futuras gerações”. (LESSA, 2019, p. 17)

Considerações finais

Não se trata de demonizar o agronegócio, mas de desmistificar propagandas enganosas, ou *fake news*, que afrontam o direito dos cidadãos brasileiros à informação e à alimentação.

Constata-se que o modelo do agronegócio foi ineficiente ao longo da história brasileira e que a fórmula de exportar matéria-prima barata nunca gerou riquezas para o povo. Portanto, o agronegócio não é fonte de riqueza para o Brasil, porque não utiliza de forma inteligente os recursos naturais.

O agronegócio não é *tech*, pois desperdiça, polui e mata numa proporção alarmante. Para que o agronegócio possa existir no futuro, ele necessariamente terá que mudar radicalmente sua postura e investir em tecnologias limpas, já utilizadas amplamente em países como a Alemanha e a Holanda. Os recursos naturais não podem continuar sendo considerados inesgotáveis.

O Estado tem a obrigação de fiscalizar e garantir o cumprimento das leis ambientais. As leis têm o dever constitucional de apoiar as tecnologias limpas, fomentando políticas públicas de aproveitamento de resíduos. A partir do biogás, por exemplo, fomenta-se a sustentabilidade energética do agronegócio que dessa forma precisará investir menos em agrotóxicos e fertilizantes.

A solução inicial não reside em aniquilar essa modalidade econômica, até mesmo porque essa não é uma possibilidade factível, mas em fomentar alternativas que sejam viáveis para o agronegócio e não violentas para a *Pachamama*.

O planeta Terra é essencialmente vivo e farto. A ideia de escassez surge da ignorância e do desrespeito aos ciclos naturais. O desperdício de energia é o maior obstáculo enfrentado. Os resíduos são potenciais energéticos que precisam de tratamento. Despejar sobras de processos produtivos humanos sem o devido procedimento nas águas e no solo compromete diretamente a soberania alimentar, pois as populações precisam de ter águas e terras limpas para produzir alimentos. Uma solução seria a economia circular e o gerenciamento de resíduos.

A grande massa de juristas brasileiros precisa honrar a história da democracia latino-americana que perpassa necessariamente pela preservação do bioma amazônico. O direito deve se aliar à pesquisa transdisciplinar em áreas como a biologia, antropologia, sociologia, engenharia, física e química.

O aval da justiça para projetos contrários à preservação ambiental, como é o caso da isenção fiscal para agroquímicos, é inconstitucional em sua natureza, contraria o princípio da seletividade tributária e incentiva os crimes ambientais.

A disputa política e econômica entorno do agronegócio na Amazônia é historicamente internacional e acirrada. Diante da situação crítica das queimadas, é preciso encontrar também socorro internacional, mas que respeite a soberania do Brasil.

O não respeito à soberania, princípio elementar para noção de democracia moderna, levaria o povo brasileiro à sua completa subalternização diante dos países europeus e dos Estados Unidos, demonstrando sua incompetência para solucionar seus problemas políticos.

Quem poderia solucionar esse problema em nome dos latino-americanos e em nome dos povos da floresta? Mais uma vez, os poderosos países almejam falar em nome dos subalternos. Afinal, quantas vidas já foram sacrificadas nas florestas para que agora americanos e europeus decidam sobre como cuidar desse território em situação de guerra e de calamidade pública? O verde, a esperança da bandeira nacional, queima e arde o coração do Brasil em dor profunda.

O pretexto para uma possível intervenção seria de que o governo brasileiro está incentivando posturas contrárias à preservação ambiental e que essa atitude afetaria o mundo inteiro em seu equilíbrio. Mas o fato é que existem muitos interesses econômicos no pano de fundo e que nenhum país vai abrir mão de nenhum tipo de privilégio.

O modelo colonial assume novas formas, por isso é urgente pensar um projeto de tutela ecológica a partir do Sul, levando em consideração sua enorme biodiversidade e, principalmente, os saberes dos povos tradicionais, fundamentais para o equilíbrio ecológico do mundo.

O agro não é *pop*. São fatores que impedem a soberania alimentar e, ao mesmo tempo, a efetivação do direito à alimentação previsto no artigo 6º da atual Constituição Federal brasileira:

1. uso massivo de sementes transgênicas;
2. a desenfreada monocultura de soja;
3. a industrialização globalizada;
4. a falta de fiscalização ambiental e a impunidade para aqueles que cometem crimes ambientais;

5. a privatização e mercantilização dos alimentos e dos recursos naturais;
6. a maquinização do campo que tira o espaço do trabalhador rural;
7. modelos de desenvolvimento industrial que utilizam grande quantidade de agrotóxicos e fertilizantes;
8. o consumo exagerado de carne, gerando devastação na floresta amazônica;
9. práticas abusivas de comércio, como o *dumping*;
10. concentração de poder e de recursos nas grandes companhias de produção e de distribuição de alimentos;
11. sistemas de ofertas de alimentos que excluem os pequenos agricultores que produzem em menor escala;
12. isenção de impostos referente a agrotóxicos no Brasil.

Devido à pluralidade de vozes a nível internacional que o conceito de soberania alimentar incorpora, conclui-se que esse é o conceito mais adequado para uma discussão democrática e internacional sobre a produção de alimentos. Afinal, são povos camponeses e subalternos que clamam por uma alimentação livre e lutam contra modelo opressor de produção de alimentos.

A luta pela soberania alimentar é global, mas as atuações são locais. Todos os cidadãos podem participar, se informando e consumindo de forma coerente com os princípios desse modelo de consumo, ou seja, priorizando os produtos locais da estação e indo às feiras. Hoje, se alimentar converteu-se em um ato extremamente político de consciência cidadã, diferenciando-se de mera necessidade fisiológica.

De acordo com esses princípios, a soberania alimentar assume uma maior complexidade para questionar e propor um novo modelo de alimentação a partir da agroecologia. Trata-se de um conceito plural e aberto. Ele demonstra que refletir a questão alimentar e pensar soluções para ela envolve a democracia (o povo precisa decidir o que come e como planta), o comércio internacional (os países precisam ser soberanos nas transações internacionais), a política (Reforma Agrária é fundamental para produção sustentável de alimentos), a tutela ambiental (sem respeitar *Pachamama*, não se produzem alimentos saudáveis) e o *Sumak Kawsay* (pressupõe se alimentar bem para ter qualidade de vida). Por isso, a soberania alimentar possui abordagens interdisciplinares envolvendo o estudo do direito constitucional, ambiental, agrário, comercial, internacional, civil e do consumidor.

Referências

ARENDDT, Hanna. *Origens do totalitarismo*. Tradução de Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.

ARTICULAÇÃO NACIONAL DE AGROECOLOGIA. *Banquetacos pela manutenção do Consea e em defesa da comida de verdade acontecem em todo o Brasil*. [S. l.: s. n.], 2019. Disponível em: <https://agroecologia.org.br/2019/02/19/banquetacos-pela-manutencao-do-consea-e-em-defesa-da-comida-de-verdade-acontecem-em-todo-o-brasil/>. Acesso em: 9 jun. 2019.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BODIN, Jean. *Os seis livros da república: livro primeiro*. 4. ed. Tradução de José Carlos Orsi Morel. São Paulo: Ícone, 2011. (Coleção Fundamentos do Direito).

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 14 jan. 2018.

BRASIL. [Constituição (1988)]. Emenda constitucional nº 64, de 4 de fevereiro de 2010. Altera o art. 6º da Constituição Federal, para introduzir a alimentação como direito social. *Diário Oficial da União*, Brasília, 5 fev. 2010. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc64.htm. Acesso em: 14 jan. 2018.

BRASIL. Lei nº 11.346, de 15 de setembro de 2006. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Poder Legislativo, Brasília, DF, 18 set. 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11346.htm. Acesso em: 14 jan. 2018.

BRASIL. *Medida Provisória, nº 870, de 2019*. Revogou os critérios previstos em Lei para a composição do CONSEA e o vínculo do mesmo com a Presidência da República. Brasília, 2019. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7914413&disposition=inline>. Acesso em: 14 jan. 2018.

BRASIL. Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República. *Direito à alimentação adequada*. Brasília: Coordenação Geral de Educação em SDH/PR, Direitos Humanos, Secretaria Nacional de Promoção e Defesa dos Direitos Humanos, 2013. Por uma cultura de direitos humanos.

Disponível em: <file:///C:/Users/HP/Downloads/Direito%20%C3%A0%20alimenta%C3%A7%C3%A3o%20adequada.pdf>. Acesso em: 14 jan. 2018.

CAPELLA, Juan Ramón. *Fruto proibido: uma aproximação histórico-teórica ao estudo do direito e do estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

CARNEIRO, Fernando Ferreira (org.). *Dossiê ABRASCO: um alerta sobre os impactos dos agrotóxicos na saúde*. Rio de Janeiro: EPSJV; São Paulo: Expressão Popular, 2015. Disponível em: https://www.abrasco.org.br/dossieagrototoxicos/wp-content/uploads/2013/10/DossieAbrasco_2015_web.pdf. Acesso em: 12 out. 2016.

CARSON, Rachel. *Primavera silenciosa*. 2. ed. São Paulo: Melhoramentos, 1969.

CARTA... terra, território, diversidade e lutas. [Guararema, São Paulo]: Fase, 2019. Disponível em: <https://fase.org.br/pt/acervo/documentos/carta-terra-territorio-diversidade-e-lutas/>. Acesso em: 9 set. 2019.

CONFLITOS no Campo – Brasil 2015. *Comissão Pastoral da Terra*, Goiânia, 2015. Disponível em: <https://www.cptnacional.org.br/index.php/publicacoes-2/destaque/3175-conflitos-no-campo-brasil-2015>. Acesso em: 14 jan. 2019.

FÓRUM MUNDIAL DE SOBERANIA ALIMENTAR. *Declaração de Nyéléni*. Selingue, Mali, 2007. Disponível em: <https://nyeleni.org/spip.php?article327>. Acesso em: 14 jan. 2018.

GRAIN, Paul Nicholson. *Quién alimenta al mundo. Soberanía alimentaria: biodiversidad y culturas*. *Biodiversidad*, Barcelona, 2010. Disponível em: <https://www.grain.org/es/article/entries/4110-quien-alimenta-al-mundo>. Acesso em: 14 jan. 2018.

INSTITUTO NACIONAL DE PESQUISAS ESPACIAIS INPE. *Banco de Dados de Queimadas*. [S. l.]: INPE, 2019. Disponível em: <http://queimadas.dgi.inpe.br/queimadas/bdqueimadas>. Acesso em: 13 set. 2019.

INSTITUTO SOCIOAMBIENTAL. *Com Amazônia sob ataque, povos isolados são os mais vulneráveis*. [S. l.: s. n.], 2019. Disponível em: <https://www.socioambiental.org/pt-br/noticias-socioambientais/com-amazonia-sob-ataque-povos-isolados-sao-os-mais-vulneraveis>. Acesso em: 10 set. 2019.

SILVÉRIO, Divino; SILVA, Sonaira; ALENCAR, Ane; MOUTINHO, Paulo. *Amazônia em Chamas Nota Técnica do Instituto de Pesquisa Ambiental da Amazônia*. [S. l.:

IPAM], 2019. Disponível em: <https://ipam.org.br/bibliotecas/nota-tecnica-amazonia-em-chamas/>. Acesso em: 9 set. 2019.

LESSA, Natalie Coelho. *Novo constitucionalismo latino-americano e soberania alimentar: reflexões sobre Brasil, Bolívia e Equador*. 1. ed. Salvador: EDUFBA, 2019.

MONTAGUT, Xavier; DOGLIOTTI, Fabrizio. *Alimentos globalizados: soberania alimentaria y comercio justo*. 2. ed. Barcelona: Içaria, 2008.

NAÇÕES UNIDAS. *Assembléia Geral. Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais*. [Nova York: s. n.], 1966.

NAÇÕES UNIDAS. Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. *Comentário Geral n. 12: o direito à alimentação adequada (art. 11)*. Tradução feita por José Fernandes Valente, [s. l.: s. n.], 1999.

NAÇÕES UNIDAS. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. [S. l.: s. n.], 1948.

PADILLA, Romero César. *Crisis, Seguridad e Soberania alimentaria en América Latina y Bolívia: de las causas y efectos a las políticas públicas*. Cochabamba: Universidad Mayor de San Simón, 2012.

RABELO, A. *Frutos nativos da Amazônia comercializados nas feiras de Manaus*. 1. ed. Manaus: INPA, 2012.

SANTOS, Antônio Bispo. *Quilombos, modos e significados*. Brasília: Editora COMEPI, 2015.

SANTOS, Maureen; GLASS, Verena (org.). *Altas do agronegócio: fatos e números sobre as corporações que controlam o que comemos*. Rio de Janeiro: Fundação Heinrich Böll, 2018.

SANTOS, Milton. *Por uma outra globalização: do pensamento único à consciência universal*. São Paulo: Record, 2000.

SHIVA, Vandana. Democracia de la tierra y los derechos de la naturaleza. In: ACOSTA, Alberto; MARTÍNEZ, Esperanza (comp.). *La naturaleza con derechos: de la filosofía a la política*. Quito: Ediciones Abya-Yala, 2011. p. 139-171.

SHIVA, Vandana. *Future of Food: Dictatorship or Democracy*. [S. l.]: Julie Ann Wrigley Global Institute of Sustainability. 25 maio 2016. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=COV-fWlFWAo>. Acesso em: 29 mar. 2017.

SHIVA, Vandana. *Monoculturas da mente: perspectivas da biodiversidade e da biotecnologia*. Tradução de Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Gaia, 2003.

SHIVA, Vandana. *Vandana Shiva fala sobre democracia e agrotóxicos*. [S. l.], 2007. 1 vídeo (2min). Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=iM10aw6owWA>. Acesso em: 16 out. 2018.

STEDILE, João Pedro; CARVALHO, Horacio Martins. *Soberania alimentar: uma necessidade dos povos*. [S. l.: s. n.], 2010.

MARCAS DE UMA JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO INCONCLUSA¹

Márcia Costa Misi

Conforme se encontra amplamente demonstrado pela apuração dos fatos apresentados ao longo deste Relatório, [...] Na ditadura militar, a repressão e a eliminação de opositores políticos se converteram em política de Estado, concebida e implementadas a partir de decisões emanadas da presidência da República e dos ministérios militares. (BRASIL, 2014, p. 963)

Gostaria de dizer algumas coisas sobre o que aconteceu no dia 31/03/1964, [...], que há algo muito errado na forma com a história é contada. [...] Então, neste 31 de março, celebrarei aqueles que se levantaram contra o mal iminente. Celebrarei os que serviram à Pátria com honra e abnegação. Celebrarei os que honraram suas estrelas e divisas e não deixaram nosso país cair nas mãos da escória moral que, anos depois, o povo brasileiro resolveu por bem colocar no Poder. (GOSTARIA..., 2017)²

1 Este artigo é parte de uma pesquisa de doutorado em curso no Programa de Pós-Graduação em Direito (PPGD) da Universidade Federal da Bahia (UFBA) sob orientação do professor José Aurivaldo Sacchetta Ramos Mendes.

2 Texto de autor desconhecido que, embora originalmente publicado em 2013, circulou nas redes sociais por ocasião da comemoração do golpe de 1964, em 31 de março de 2017. Disponível em: <https://www.facebook.com/PovoBr/posts/579638842067429>. Acesso em: 7 abr. 2017.

Apresentação

Discutir a ditadura civil militar no Brasil é assunto que, infelizmente, não mobiliza a nossa sociedade. Foi uma longa ditadura que censurou, perseguiu, torturou e matou seus opositores. Até hoje, as marcas dessa experiência estão presentes no nosso cotidiano, como a violência policial, o autoritarismo nas relações sociais e um sistema político afastado das demandas populares. No entanto, a transição controlada e conduzida pelos ditadores impediu um debate verdadeiramente público e ampliado sobre o significado dessa experiência autoritária, produzindo consequências negativas para a configuração de um pacto democrático mais sólido.

Em 2016, quando uma presidente foi destituída por um processo de impedimento fundamentado em acusações inconsistentes para alçar ao poder um governo comprometido com um programa de reformas que não obteve aprovação popular – e certamente não obteria naquele momento –, as fragilidades da nossa democracia ficaram expostas. Nesse mesmo contexto, em meio a uma retórica de indignação com a corrupção generalizada da classe política, ocorreu o fortalecimento de uma pauta da extrema direita que celebra a intervenção militar em 1964, o que também revela resquícios de um autoritarismo que permanece latente.

Esse cenário político reforça a importância de repensar os rumos da transição imposta de cima para baixo. O contraste entre as memórias contidas nos textos em epígrafe provoca uma inquietação para compreender os limites das medidas adotadas para lidar com o entulho autoritário. Em que medida os esquecimentos provocados por uma justiça de transição incompleta conformam uma memória coletiva incapaz de constituir consensos em torno dos prejuízos legados pela longa ditadura, impactando na qualidade da democracia brasileira?

A proposta é de enfrentar essa questão a partir de reflexões no campo dos debates sobre justiça de transição e sobre disputas de memória em períodos de transição para compreender os limites da justiça de transição brasileira.

Autoritarismo, democracia e justiça de transição

Embora o conceito de justiça de transição tenha se consolidado a partir das experiências sul-americanas com processos de (re)democratização, o caminho adotado

no pós-Segunda Guerra para punir os oficiais nazistas envolvidos com as barbaridades cometidas contra os judeus por meio do direito – o Tribunal de Nuremberg – é geralmente considerado um marco na formulação desse conceito. (TORELLY, 2010, p. 85)

Naquele momento, os vencedores da guerra se depararam com o desafio de lidar com as atrocidades perpetradas pelo nazismo de modo a construir as bases para a consolidação da democracia na Europa. O recurso à submissão implacável dos vencidos pelos vencedores não seria a medida mais adequada a esse propósito, especialmente em face do envolvimento de grande parcela da população alemã com o projeto de dominação de Hitler. Também foi considerado o grande equívoco da subjugação dos vencidos selada no *Tratado de Versalhes* após a Primeira Guerra Mundial, que, ao punir toda a população alemã com as indenizações e restrições impostas à Alemanha, semeou terreno para emergência de uma liderança calcada no discurso do resgate da autoestima germânica. O julgamento por um tribunal internacional pareceu ser a melhor alternativa de conciliação com um passado vergonhoso para a construção de um futuro promissor.³

Foi frustrada a expectativa de que o aprendizado com as mazelas do totalitarismo conduziria à prevalência de valores democráticos no mundo, especialmente em decorrência da Guerra Fria, um confronto que nunca culminou no enfrentamento armado entre os seus protagonistas, mas que produziu muita violência. A divisão do mundo em um bloco capitalista, liderado pelos Estados Unidos, e um bloco comunista, liderado pela União das Repúblicas Socialistas Soviéticas (URSS), gerou um ambiente favorável para o surgimento de governos autoritários por todos os lugares, apoiados pelos dois lados.

A América Latina sofreu esse efeito colateral da Guerra Fria. No Cone Sul, projetos políticos nacionalistas de desenvolvimento foram confundidos com ameaça comunista e democracias incipientes foram destruídas entre os anos 1960 e anos 1970.⁴ Uma elite local tradicionalmente autoritária recebeu apoio dos Estados Unidos para promover golpes militares que derrubaram governos democraticamente

3 No entanto, a conciliação com esse passado não se esgotou com o julgamento de autoridades do alto escalão do nazismo pelo Tribunal de Nuremberg. Houve uma tentativa de esquecer o holocausto, mas, na década de 1960, os julgamentos foram retomados, dessa vez para apurar responsabilidades por crimes cometidos no Campo de Auschwitz. Foi assustador para a população alemã constatar que pessoas muito próximas estiveram envolvidas com a máquina de destruição engendrada pelo regime. (WAGNER, 2015)

4 Brasil em 1962, Chile em 1973, Uruguai em 1973, Argentina em 1976. O Paraguai já vivia sob uma ditadura desde 1954.

eleitos. Foram implantadas ditaduras que, em nome da guerra ao comunismo e preservação de “valores democráticos”, criaram uma engrenagem para vigiar, perseguir, torturar e matar seus opositores. Essas práticas, à medida que passaram a ser denunciadas no âmbito interno e internacional, sofreram forte repúdio da opinião pública. A legitimidade do projeto autoritário foi aos poucos sendo minada e, percebendo a impossibilidade de permanência, a saída do governo, em muitos casos, foi conduzida e controlada por quem estava no poder.

Esses processos de mudança política provocaram nas sociedades que os vivenciavam dilemas em torno de como lidar com as mazelas do passado diante do clamor por justiça das suas vítimas e a demanda por estabilidade e paz social, sempre ameaçada pela permanência dos antigos donos do poder. Segundo Paige Arthur (2009, p. 321-367), em torno desses dilemas, se formou uma rede que reuniu, em todo o mundo, ativistas de direitos humanos, advogados, jornalistas, acadêmicos, agentes estatais e financiadores para pensar respostas que serviram para produzir as bases conceituais do que passou a ser chamado de “justiça de transição”.

É possível identificar, hoje, um consenso em torno do conceito. Para Paul van Zyl (2011, p. 47), justiça de transição é “o esforço para a construção da paz sustentável após um período de conflito, violência em massa ou violação sistemática dos direitos humanos”. Ruti Teitel (2003, p. 9) define como “uma concepção de justiça associada a períodos de mudança política, caracterizado por respostas jurídicas para confrontar crimes da repressão praticados pelo regime predecessor”. Paulo Abraão e Tarso Genro (2010, p. 16) consideram que “é uma resposta concreta às violações sistemáticas ou generalizadas aos direitos humanos. Seu objetivo é o reconhecimento das vítimas e a promoção de possibilidades de reconciliação e consolidação democrática”. Marcelo Torelly (2010, p. 82) define esse processo como “o conjunto de esforços jurídicos e políticos para o estabelecimento ou restabelecimento de um sistema de governo democrático fundado em um Estado de Direito, cuja ênfase de atuação não recai apenas sobre o passado, mas também numa perspectiva de futuro”.

Em todos esses conceitos, está presente a noção da necessidade de, em situações de passagem de governos autoritários para uma democracia, medidas que promovam a conciliação com um passado de violações a direitos humanos e voltadas para um futuro com valores democráticos consolidados.

Essa ideia de justiça de transição se sustenta em quatro pilares: a memória ou o conhecimento do passado para identificação das violações a direitos humanos; a reparação ou medidas de recomposição dos prejuízos suportados pelas vítimas da repressão; justiça ou responsabilização, principalmente pelo direito penal, dos agressores; e reforma das instituições ou substituição/extinção das estruturas autoritárias. (SANTOS, 2014)

Os contornos dos processos de transição são fortemente influenciados pelas especificidades de cada realidade, e cada um desses pilares pode ser realizado separadamente, em momentos distintos do percurso, a depender dos acordos políticos possíveis.⁵ Nesse sentido, é legítimo que em algumas situações seja enfatizado um pilar em detrimento do outro, desde que essa seja uma decisão tomada no espaço público. A capacidade de mobilização da sociedade e o compromisso das classes políticas com a repercussão social das suas deliberações são fundamentais para que os arranjos da justiça de transição contribuam efetivamente com a superação do “entulho autoritário” do passado.

Numa perspectiva mais ampla, é possível afirmar, junto com o historiador Carlos Fico, que a efetivação desses pilares da justiça de transição desempenha nas sociedades que vivenciaram experiências traumáticas, marcadas pela violência estatal institucionalizada, o efeito psicanalítico da catarse.⁶ Todas elas permitem que sejam trazidas à consciência lembranças que correm o risco de cair no esquecimento, o que pode ter um significado libertador, no sentido de superação dos traumas e fortalecimento dos laços sociais em torno de um projeto mais promissor para o futuro.

Medidas de memória, justiça, reparação e reformas das instituições promovem acertos com um passado nebuloso, contribuindo para configurar nas sociedades que enfrentam esse desafio uma memória ou narrativa predominante que, ao lembrar o passado, reconheça as mazelas do autoritarismo e seja capaz de produzir consensos políticos em favor da consolidação de valores democráticos.

A transição brasileira ainda não foi capaz de promover esse consenso. Mas, antes de nos determos sobre ela, é importante trazer algumas reflexões sobre a noção

5 Zyl (2011) apresenta, no artigo “Promovendo a justiça transicional em sociedades pós-conflito”, diversas experiências de transição ao redor do mundo, destacando sempre a importância de que as medidas reflitam consensos alcançados na sociedade para que produzam os efeitos desejados.

6 Embora, no artigo “A transição inacabada”, Carlos Fico (2012, p. 35) esteja se referindo às possibilidades da instalação da Comissão Nacional da Verdade no Brasil – ele foi escrito nesse contexto –, estou sustentando que o efeito catártico é produzido por todos os pilares da justiça de transição.

de memória coletiva, disputas de memória e relação entre memória e opinião em contextos de transição ou enfrentamento de passados traumáticos.

Reflexões sobre a memória em períodos de transição

Maurice Halbwachs promove uma reflexão importante para os debates que envolvem passados recentes ao afirmar que, embora o processo de rememoração do que aconteceu seja uma experiência essencialmente individual, não é desconectada do contexto social em que ela está inserida. Para Halbwachs (1990), existe uma memória coletiva, formada por um conjunto de memórias “emprestadas” no âmbito de um grupo que compõe uma narrativa sobre o passado desse grupo, que, por sua vez, influencia processos de recordação da memória individual.

A memória coletiva se forma, no âmbito de uma sociedade, por meio de relatos historiográficos, símbolos nacionais, datas comemorativas e práticas culturais, conformando assim uma identidade nacional. Mas, dentro de uma sociedade política, existem diferentes grupos que constroem suas próprias memórias. Ocasionalmente, essas memórias entram em conflito, apresentando versões diferentes para um passado em comum, disputando a prevalência das suas respectivas narrativas. Essas disputas de memória interessam particularmente a esta reflexão quando se dão sobre a narrativa de acontecimentos traumáticos.

Nessa disputa entre memórias, é interessante observar a relação que se estabelece entre a memória e a opinião, ambas em sua dimensão coletiva. Pierre Laborrie (2009, p. 79-97), ao se debruçar sobre as relações entre esses dois mecanismos para acionar o passado, percebe as influências que um exerce sobre o outro, identificando que “a opinião é feita de memória, mas por sua vez também a fábrica pela adesão a um relato, através de suas funções de validação, autenticação e legitimação, e por seu poder de difusão”.

Tanto a memória como a opinião são representações opacas do passado formuladas no presente. No entanto, a memória é elemento estruturante da relação dos homens e mulheres com o mundo e exprime certezas, uma vez que se baseia na experiência do vivido. Já a opinião é apenas um dos reflexos passageiros dessa relação com o mundo. Não é definitiva: é sempre um espaço de debate, de viradas,

de retorno, expressando percepções e representações dos acontecimentos ou dos fatos da sociedade. (LABORIE, 2009, p. 88-89)

Quando a memória é capturada pela opinião, o relato de *uma* verdade, ou representação de uma versão memorialística do passado, se transforma no relato *da* verdade sobre o que aconteceu. Nessa interação, a opinião sacraliza uma versão do passado por meio de seus recursos de legitimação e difusão e, excluindo outras memórias em disputa, transforma um ponto de vista na história desse passado.⁷ Laborie (2009) alerta para os riscos da ideologização da memória, que a arrasta para o terreno instável da opinião, aproveitando-se da confusão entre memória e história.

Em sociedades que, por ocasião de mudanças políticas, se deparam com o enfrentamento de questões relacionadas a um passado traumático, é muito comum a emergência de memórias em disputa serem capturadas pela opinião em função dos consensos políticos forjados.

Assim, na França pós-Segunda Guerra Mundial, configurou-se a imagem ou memória dos franceses resistentes à ocupação alemã. É importante lembrar aqui que a França figurou entre os vencedores da guerra que colocaram autoridades nazistas do alto escalão no banco dos réus. Nesse contexto, a percepção da resistência era mais adequada para a posição que ocupou a França no arranjo internacional.

A memória dos judeus franceses deportados para os campos de concentração foi silenciada por muito tempo. Só 30 anos após o fim da guerra essa memória passou a ter visibilidade por meio da ação de descendentes de franceses deportados. Serge Klarsfiel e sua esposa conseguiram mobilizar a comunidade judaica e atrair atenção da mídia apresentando dossiês embasados em sólidas pesquisas historiográficas que comprovavam o envolvimento de franceses com as deportações. (HEYMANN, 2006, p. 5-6) A opinião coletiva sobre esse passado, terreno dos debates e das mudanças, sofreu uma reviravolta, capturando a memória das vítimas e redefinindo a memória do genocídio na França.

Nazistas franceses sentaram no banco dos réus e esses julgamentos conferiram novo sentido ao testemunho das vítimas. Quando perceberam que seus relatos serviam para comprovar a responsabilidade penal de seus algozes, sobreviventes do genocídio na França romperam o silêncio e ocuparam os espaços públicos.

7 Aqui, é importante destacar a distinção entre história e memória, sendo a história compreendida como uma narrativa do passado a partir do confronto crítico entre as fontes ou vestígios desse passado; entre elas, a memória. (LABORIE, 2009)

A memória dessas vítimas remodelou os enfoques historiográficos, que deslocaram o olhar da resistência para a colaboração durante a ocupação alemã sob o comando de Vichy. (HEYMANN, 2006)

Na experiência francesa, percebemos como a interação entre memórias coletivas em disputa e a opinião, transformada a partir da atuação de sujeitos dessas memórias, repercutiu sobre as respostas governamentais às demandas de um passado sensível. Do silenciamento para o julgamento dos agressores e reparação das vítimas, medidas de justiça de transição levaram 30 anos para serem adotadas.

Já no Chile, o testemunho das vítimas perante a Comissão Nacional da Verdade, instalada em 1990, foi fundamental para construir uma narrativa sobre a perpetração de crimes contra a humanidade durante a ditadura, uma vez que o governo Pinochet, ao perceber que perdia as bases de sustentação interna e externa, ordenou a queima de todos os documentos relacionados à repressão. (QUINTANA, 1997, p. 16)

Assim como no Brasil, a saída do poder foi conduzida pela ditadura, que ainda é percebida positivamente por parte da população chilena. Embora existam políticas de fomento a uma memória sobre as atrocidades cometidas no passado, a disputa de memória impediu a consolidação de uma interpretação compartilhada ou amplamente reconhecida do passado. (DAUER, 2015, p. 10) No entanto, essa configuração não tem sido empecilho para que pilares da justiça de transição tenham sido adotados no Chile, desde medidas de memória e reparação até as de justiça.

A mobilização de grupos da sociedade em torno de uma memória reivindicativa de responsabilização pelas atrocidades cometidas pela repressão conseguiu exercer pressão sobre o Judiciário, que, amparado em jurisprudência internacional – especialmente da Corte Interamericana de Direitos Humanos –, desconsidera a Lei de Anistia para julgar e condenar agentes estatais, autores desses crimes. (DAUER, 2015, p. 13)

Desde 1998, vem se firmando nos tribunais chilenos entendimento que considera os crimes cometidos pela repressão como crimes de lesa-humanidade e, portanto, imprescritíveis, o que permitiu desde cedo a possibilidade de investigar a autoria, embora fossem reconhecidos os limites impostos pelo Decreto-Lei nº 2.191, de 1978 – a legislação de anistia do governo Pinochet –, para sancionar os responsáveis. No entanto, após a decisão da Corte Interamericana no caso *Almonacid Arellano versus Chile*, em 2006 (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS

HUMANOS, 2006b), esses limites foram definitivamente superados sob o fundamento da prevalência dos tratados de direitos humanos sobre as leis internas. Essa jurisprudência tem permitido que, mesmo na vigência formal da Lei de Anistia, segundo dados fornecidos pela Suprema Corte do Chile, até 2014, tenham tramitado cerca de 1.000 casos nas cortes chilenas, havendo responsabilização de 279 pessoas e 75 delas tenham cumprido penas de prisão. (MARENGO, 2015)

O debate sobre a ditadura de Pinochet mantém-se com intensa participação da sociedade civil chilena na efetivação de políticas culturais de memória recomendadas pelo *Relatório Rettig* – produzido pela Comissão Nacional da Verdade e Reconciliação. Organizações Não Governamentais (ONGs), portadoras da memória das vítimas e, portanto, da versão sobre a brutalidade da ditadura, ao lado do poder público, realizam projetos culturais de divulgação dessa memória. Também se responsabilizam pela instalação de monumentos, lugares de memória, espaços para lembrar o sofrimento das vítimas, para não esquecer as mazelas de um governo autoritário. (DAUER, 2015, p. 11-13)

Nessas duas situações de transição, percebe-se o uso da memória como instrumento de luta política para formação de consensos em torno da versão de um passado traumático que contribua para que ele não se repita. Configurou-se o que os historiadores chamam de dever de memória (HEYMANN, 2006), e, na França, mais que no Chile, a radicalização dessa percepção resultou na promulgação de leis memoriais que institucionalizam uma determinada memória ou versão do passado.⁸ Trata-se do que Laborie chamou de captura da memória pela opinião para sacralizar uma versão do passado, um movimento arriscado que produziu efeitos colaterais não desejados, como a censura dirigida a posicionamentos historiográficos divergentes da memória “oficial”, embora metodologicamente fundamentados. (HEYMANN, 2006, p. 10)

Se, na França, o “dever de memória” produziu um intenso debate entre historiadores, levando intelectuais do porte de Paul Ricouer a denunciar os riscos de um “excesso de memória”, a transição no Brasil foi marcada pelo outro extremo, o “excesso de esquecimento” (HEYMANN, 2006, p. 15), como veremos a seguir.

8 Lei nº 90.6150 de 1990, ou Lei Gayssot, que penalize a negação do holocausto; lei de 29 de janeiro de 2001, que reconhece oficialmente o genocídio armênio; lei de 21 de maio de 2001 ou Lei Taubira, que reconheceu o tráfico de escravos e a escravidão do século XV como crime contra a humanidade; a lei de 23 de fevereiro de 2005, que determina o reconhecimento pelos programas escolares do papel positivo da presença francesa além-mar, especialmente da África do Norte. (HEYMANN, 2006, p. 6-8)

Justiça de transição no Brasil e memórias em disputa

A sociedade brasileira precisou aguardar quase 50 anos para ter assegurado o acesso amplo aos arquivos da ditadura e escrever uma narrativa publicamente partilhada sobre um passado traumático. A passagem para a democracia foi lenta, gradual e segura, conduzida por agentes do regime autoritário para esconder as mazelas da repressão. Segundo Carlos Fico (2012, p. 30), é uma transição marcada pela frustração das expectativas da sociedade em dois momentos significativos: a campanha pela anistia e a campanha das Diretas Já.

A primeira foi conduzida em âmbito nacional por familiares de perseguidos, exilados, presos e desaparecidos em defesa da anistia ampla, geral e irrestrita para todos os crimes políticos. A segunda ficou conhecida pela mobilização de multidões em comícios realizados em todo o Brasil para ouvir artistas e políticos reivindicarem a convocação de eleições diretas para presidência. Nas duas situações, o desfecho frustrou a esperança mobilizada na sociedade brasileira: os militares, em conchavo com a classe política que deu sustentação à ditadura, conseguiram manter o plano traçado por Geisel, Golbery e Petrônio Portella para manter a transição sob controle absoluto dos ocupantes do poder.

O Congresso aprovou a Lei nº 6.683 de 27 de agosto de 1979, excluindo da anistia os condenados pela prática de terrorismo, assalto, sequestro e atentado pessoal (artigo 1º, parágrafo 2) e incluindo o perdão aos “torturadores” (artigo 1º, parágrafo 1). Garantiu, por um lado, o apoio de militares ao projeto de entrega do poder, uma vez que ficaram protegidos de uma futura persecução penal, e, por outro lado, promoveu o enfraquecimento do Movimento Democrático Brasileiro (MDB), pois, com a volta de lideranças políticas exiladas juntamente com o fim do bipartidarismo, esperava-se a constituição de partidos políticos, fragmentando a oposição e inviabilizando que ela assumisse as “rédeas” do processo. (D’ARAÚJO, 2012; FICO, 2012)

Mais tarde, o Parlamento rejeitou a Emenda Dante de Oliveira, mantendo a eleição do primeiro presidente civil após 21 anos de militares no posto por um colégio eleitoral sob controle do poder constituído. A enorme frustração da campanha das Diretas Já foi potencializada pela morte súbita de Tancredo Neves, esperança da possibilidade de uma transição “por baixo”, e posse de José Sarney, político que veio da base de sustentação da ditadura, símbolo do compromisso

com uma “transição pelo alto”. Os militares, embora tenham se retirado do governo, continuaram exercendo influência para criar entraves às tentativas de “mexer” no passado.⁹

Foram longos 11 anos de transição¹⁰ sob controle dos militares e seus apoiadores, que definiram, assim, as bases que criaram entraves à adoção de medidas de justiça de transição pelos governos civis que se seguiram. Medidas de justiça de transição, calcadas no tripé memória, reparação e justiça, foram retardadas em comparação com experiências de países vizinhos como Argentina e Chile.

Começamos com as medidas de reparação no governo de Fernando Henrique Cardoso, quando foram criadas as Comissões de Mortos e Desaparecidos (Lei nº 9.140/1995) e de Anistia (criada pela Medida Provisória nº 2.151/2001, convertida na Lei nº 10.559/2002). A primeira, encarregada de reconhecer que pessoas foram mortas e desaparecidas por órgãos da repressão, envida esforços para encontrar os corpos e conceder reparação pecuniária aos familiares. A segunda foi criada para processar pedidos de reconhecimento da condição de perseguição política que tenha provocado prejuízos morais e materiais, dando ensejo à concessão de indenizações. A partir de 2007, a Comissão de Anistia passou a incorporar às solenidades de reconhecimento da anistia um pedido formal de desculpas pelo Estado brasileiro.

Por muitos anos, a justiça de transição no Brasil se restringiu à atuação dessas duas comissões, que desempenharam um papel muito importante para responder às demandas individuais de vítimas da perseguição violenta engendrada pela máquina da repressão a serviço do governo autoritário.¹¹ Os trabalhos dessas comissões

9 Recentemente, no contexto da comemoração dos 40 anos da Lei de Anistia, a *Folha de São Paulo* destacou a circulação de um vídeo na internet em que Nelson Jobim relata como atuou na condição de porta-voz dos militares para negociar os passos das medidas de justiça de transição, que vamos expor nesta parte do texto, a fim de assegurar a impunidade e o esquecimento da barbárie promovida pelos órgãos da repressão. (VALENTE, 2019)

10 Considera-se o período de transição da ditadura para a democracia aquele iniciado no governo Geisel em 1974, culminando com a posse do primeiro presidente civil, desde o golpe de 1964, em 1985. É importante destacar aqui a diferença entre transição para a democracia e justiça de transição. (TORELLY, 2010, p. 84) As medidas de transição começam a ser adotadas quando a transição se completa. Durante um tempo, acreditou-se que a promulgação da Constituição de 1988 tenha representado esse marco. Os acontecimentos de 2016 e as eleições de 2018, no entanto, mostraram a fragilidade desse processo.

11 No entanto, uma medida com potencial para mobilizar a opinião pública em larga escala em torno da reavaliação desse passado nebuloso, capaz de promover o conhecimento sobre as mazelas de uma ditadura e, assim, fortalecer os compromissos com a democracia, só foi adotada quase 50 anos após o golpe de 1964, como veremos a seguir.

permitiram também um avanço no sentido do reconhecimento da responsabilidade do Estado pelas violações a direitos humanos cometidas durante a ditadura.

A responsabilização individual, especialmente no campo penal, foi tolhida pela Lei nº 6.683, de 1979, fruto de uma transição conduzida pelo alto e comprometida com a promoção do esquecimento em nome de uma suposta pacificação social. O contexto político e jurídico é outro desde a promulgação da Constituição de 1988, expressão do compromisso com valores democráticos duradouros. No entanto, não houve mobilização suficiente da sociedade para reivindicar mudança nesse arranjo imposto de cima para baixo, como ocorreu no Chile, na Argentina e no Uruguai. A ausência de um genuíno debate público sobre a matéria simboliza a fragilidade de uma memória reivindicativa sobre esse passado sensível. (HETMANN, 2006)

Uma reflexão nesse sentido nos ajuda a compreender a posição firmada pelo Supremo Tribunal Federal (STF) na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 153, proposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) em 2008, questionando, por meio de um instrumento de controle objetivo de constitucionalidade, a recepção da Lei de Anistia pela Constituição de 1988. Seria uma boa oportunidade para, seguindo os passos dos tribunais chilenos, suprir uma lacuna da justiça de transição e admitir, mesmo diante da não revogação da lei pelo Poder Legislativo, o julgamento de acusados por crimes cometidos na condução da repressão política. No entanto, em abril de 2010, a sessão do pleno decidiu pela improcedência da ação, seguindo o voto do relator, ministro Eros Grau, que invocou o pacto de conciliação expresso na lei atacada.¹² Essa decisão não considerou uma jurisprudência já sedimentada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, que já considerava leis de autoanistia violadoras da *Convenção Americana de Direitos Humanos*. (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2001, 2006a, 2006b) Mais ainda, mesmo vislumbrando uma iminente condenação do Estado brasileiro por aquela corte no caso sobre a Guerrilha do Araguaia, o que de fato aconteceu em novembro do mesmo ano. (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2010)

12 Está pendente de julgamento um embargos de declaração interposto contra a decisão final na ADPF nº 153, invocando justamente a contradição entre esta e os termos da decisão no caso Gomes Lund. Em 15 de maio de 2014, sob esse mesmo fundamento, o Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) propôs a ADPF nº 320, que foi apensada à ADPF nº 153 para ser julgada junto com os embargos de declaração. (BRASIL, 2014)

Os argumentos da doutrina penalista são contundentes para afastar a interpretação consolidada nessa decisão do STF sobre a Lei de Anistia. Em primeiro lugar, com relação aos crimes continuados, como os que envolvem o desaparecimento dos corpos, a doutrina e a jurisprudência os consideraram como crimes não consumados e, por isso, protraem-se ao longo do tempo. Desse modo, não são alcançados pela Lei nº 6.683, que só anistiou os crimes cometidos entre 2 de setembro de 1961 e 1 de agosto de 1979 (artigo 1º). Também é bastante questionável a referência a crimes conexos no texto da lei¹³ a servir de fundamento para a impunidade dos agentes estatais, uma vez que, de acordo com doutrina sedimentada, crimes conexos são aqueles praticados para a realização ou ocultação do crime principal – no caso, o crime político. Ora, crimes políticos são sempre crimes contra um governo instituído e crimes praticados por agentes estatais para reprimir uma oposição política, não se enquadrando no conceito de crime conexo.

No âmbito do direito internacional, os crimes perpetrados pelos agentes da repressão, crimes de tortura, extermínio e desaparecimento de corpos, são considerados como crimes de lesa-humanidade e, por isso, imprescritíveis. Há ainda o compromisso assumido pelo Estado brasileiro de cumprir a *Convenção Americana de Direitos Humanos*¹⁴ nos termos definido por quem tem a última palavra para interpretá-la, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, cuja competência contenciosa também foi reconhecida pelo Brasil desde 1998.¹⁵

Mesmo assim, o STF destacou a estabilidade da pacificação nacional, um argumento que privilegiou *uma* memória do período de promulgação da lei: a do grupo político que conduziu e controlou a transição em detrimento de fundamentos jurídicos que favoreceriam a memória dos familiares das vítimas, uma memória reivindicativa, que denuncia o caráter unilateral do arranjo, que frustrou o movimento desencadeado em todo o país pela anistia, como já mencionado. Absorveu a memória que contém a narrativa de que a Lei de Anistia representou um pacto conciliatório como *a história* do processo que resultou

13 “Art. 1º É concedida anistia a todos quantos, no período compreendido entre 02 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979, cometeram crimes políticos ou conexo com estes [...]”. (BRASIL, 1979)

14 A *Convenção Americana de Direitos Humanos* foi ratificada pelo Brasil em 25 de setembro de 1992 e incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro em 6 de novembro de 1992. (BRASIL, 1992)

15 A declaração de reconhecimento da competência contenciosa da Corte Interamericana foi depositada em 10 de dezembro de 1998 e incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro em 8 de novembro de 2002. (BRASIL, 2002)

nessa legislação. Confundiu memória com história.¹⁶ Na época – e até hoje –, o debate em torno dessas duas memórias não reverberou na mídia nem foi disseminado na sociedade a ponto de expor a fragilidade do argumento em favor da manutenção de um pretensão “pacto conciliatório”.

Pesquisa de opinião realizada pelos historiadores Rodrigo Pato Sá e Adriano Gama Cerqueira no contexto das eleições de 2010 e baseada em dados estatísticos confiáveis é reveladora das consequências da ausência desse debate: o esquecimento ou desconhecimento por grande parte da população brasileira sobre o golpe de 1964 e a ditadura. O resultado aponta também que pessoas mais escolarizadas e com renda mais alta possuem opiniões mais consistentes – sem considerar o matiz ideológico –, o que, para o pesquisador, confirma o caráter elitizado do debate político no Brasil. (MOTTA, 2017)

Nem mesmo a decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos no Caso Gomes Lund e outros, que considerou a anistia consagrada pela Lei nº 6.683 uma violação à *Convenção Americana de Direitos Humanos*, foi capaz de ampliar esse debate. Até hoje, o Brasil não responsabilizou penalmente nenhum envolvido com graves violações de direitos humanos, como a tortura e o desaparecimento forçado. Essa omissão gerou mais uma condenação da Corte Interamericana de Direitos Humanos em 2018, dessa vez pela não responsabilização penal dos executores de Vladimir Herzog. (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2019)

Tentativas nesse sentido passaram a ser articuladas pelo Ministério Público Federal (MPF), única instituição fora do Poder Executivo a organizar uma força-tarefa para dar cumprimento às decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos no Caso Gomes Lund e agora também no Caso Herzog. Até maio de 2019, o MPF promoveu em todo o país 40 denúncias sobre crimes cometidos pela repressão, mas nenhuma delas prosperou. Todas elas são sistematicamente paralisadas pelo judiciário com base na decisão tomada pelo STF na ADPF nº 153. Segundo relatório divulgado em abril de 2017, 26 decisões foram proferidas, 18 delas foram rejeitadas logo em primeiro grau. Outras seis foram acolhidas em primeira instância, mas foram extintas pelo Tribunal Regional Federal (TRF), pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) ou pelo STF, duas ainda aguardam decisão de acolhimento pela

16 Para Pierre Nora (1993, p. 7-28), “memória, história: longe de serem sinônimos, tomamos consciência que tudo opõe uma a outra. A memória é vida, [...] aberta a dialética da lembrança e do esquecimento, [...] vulnerável a todos os usos e manipulações [...]. A história e a reconstrução sempre problemática e incompleta do que não existe mais”.

primeira instância. Trata-se do resultado de esforços empreendidos pelo Grupo de Trabalho Justiça de Transição, formado por procuradores que enfrentam resistências para investigar esses crimes sem serem dispensados de outras atividades.¹⁷ (BRASIL, 2017)

No entanto, a exposição internacional fortaleceu as bases para a efetivação, mesmo que extremamente tardia, de uma medida de memória no campo da justiça de transição: a criação da Comissão Nacional da Verdade (CNV).

A CNV foi criada pela Lei nº 12.528/2011, mas só foi instituída em 16 de maio de 2012, no governo de Dilma Rousseff, uma ex-militante da luta armada contra a ditadura e vítima da repressão. O seu objetivo mais amplo foi o de, a partir da investigação dos fatos, construir uma narrativa oficial sobre as violações a direitos humanos ocorridas durante a ditadura civil militar no Brasil. A iniciativa no âmbito federal desencadeou a criação de Comissões da Verdade com objetivos similares em todo o território brasileiro, no âmbito estadual, municipal e institucional.¹⁸

Às vésperas de rememorar os 50 anos do golpe, o governo finalmente desencadeou um debate em âmbito nacional sobre a longa ditadura que se instalou entre 1964 e 1985. A lei que criou a CNV foi promulgada juntamente com outra legislação muito importante para alimentar esse debate: a Lei de Acesso à Informação (Lei nº 12.527/2011), mais conhecida como LAI.

A LAI foi fundamental para aprofundar o conhecimento histórico sobre esse período, e seus efeitos ultrapassaram os limites das instâncias oficialmente encarregadas de construir uma narrativa sobre esse passado (as Comissões da Verdade). Essa lei diminuiu o prazo para classificação de documentos com restrição de acesso, privilegiando o princípio da transparência em detrimento de uma noção de segurança nacional, um passo importante para superar a cultura do segredo, que

17 Em fevereiro de 2019, o MPF lançou um *site* que contém informações atualizadas sobre os trabalhos do Grupo de Trabalho Justiça de Transição. Apesar do contexto político desfavorável ao debate e ao desenvolvimento de ações sobre o tema, o MPF, por meio desse grupo, tem desempenhado um importante papel de disputar institucionalmente a continuidade e, quiçá, a ampliação de medidas de justiça de transição. Segundo esse *site*, depois do relatório publicado em abril de 2017, foram promovidas mais 12 denúncias, e uma delas foi recebida pela 8ª Vara Criminal Federal do Rio de Janeiro em 11 de junho de 2018, sob o fundamento de se tratar de crime contra a humanidade e referência à jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Disponível em: <http://www.justicadetransicao.mpf.mp.br/justica-criminal>. Acesso em: 27 ago. 2019.

18 Na Bahia, foram instituídas várias Comissões da Verdade, entre elas: Comissão Estadual de Verdade da Bahia (Decreto nº 4.227/2012), Comissão Especial da Verdade da Assembleia Legislativa da Bahia (instalada em 14 de maio de 2013), Comissão Milton Santos de Memória e Verdade da UFBA (Resolução nº 10/2013) e a Comissão de Memória e Verdade Eduardo Collier, instituída pela Faculdade de Direito da UFBA.

caracteriza historicamente a política brasileira de acesso a arquivos. Agora, o prazo máximo para restrição de acesso é 25 anos para documentos ultrassecretos, sem possibilidade de renovação.¹⁹ (BRASIL, 2011, art. 24, p. 2)

A expectativa em torno da abertura dos arquivos e dos trabalhos das Comissões da Verdade, em especial da CNV, foi muito grande, mas é possível afirmar que, em muitos aspectos, não foi atendida.

Durante o seu funcionamento, a CNV ocupou espaço nas principais mídias, mas essa presença não foi duradoura, não conseguindo firmar um debate consistente e ampliado sobre a ditadura. O seu relatório não produziu novidades reveladoras na perspectiva da produção historiográfica existente. Além do mais, logo em seguida à publicação do relatório, em 10 de dezembro de 2014, o país mergulhou numa crise política que resultou na deposição de uma presidenta eleita, desencadeando um clima de polarização na política que permitiu a eleição de um presidente declaradamente contrário à narrativa produzida pela CNV e a todas as medidas de justiça de transição até então adotadas.²⁰

Por outro lado, a abertura dos arquivos abriu um vasto campo para investigações historiográficas, permitindo o aprofundamento do conhecimento sobre esse período a partir de novas chaves de pesquisa. No entanto, esses resultados parecem ficar nos muros da academia.²¹ Não alcançam uma dimensão pública capaz de repercutir sobre o fortalecimento da cidadania, capaz de fazer frente a alternativas autoritárias de projetos políticos para o país.

19 A legislação anterior (Decreto nº 4.553/2002), já do período pós-Constituição de 1988, previa a possibilidade de classificação por prazo indefinido como ultrassecreto. Posteriormente, foi alterado (Decreto nº 7.845/2004) para limitar a restrição de acesso para no máximo 30 anos, prorrogável por mais 30.

20 O discurso predominante do atual governo sobre a Comissão de Anistia diz respeito à necessidade de rever as indenizações até agora concedidas. (REZENDE, 2019) Por seu turno, a Comissão sobre Mortos e Desaparecidos teve sua composição alterada sob o fundamento de que o governo agora é de direita. (MANFRINI; LINDNER; VENCESLAU, 2019) Nos dois casos, as alterações promovidas na composição tiveram como objetivo esvaziar o trabalho desses dois órgãos, já que, criados por lei, não podem ser extintos por ato do Executivo.

21 Carla Rodeghero (2006, p. 93-123) faz análise sobre o impacto das pesquisas em pós-graduação de História sobre a ditadura, que considera, inclusive, a maior penetração dos trabalhos publicados por jornalistas, que, mesmo sem o rigor metodológico do historiador, conseguem produzir com uma linguagem mais acessível ao público leigo.

Considerações finais

Vimos como as medidas de justiça de transição são importantes para a configuração de uma memória sobre passados sensíveis que reconheça as mazelas do autoritarismo para que se forme um sólido consenso em torno de compromissos com valores democráticos.

Em processos de superação de experiências autoritária, a adoção de medidas de justiça de transição, especialmente quanto à responsabilização de agentes estatais por crimes de lesa-humanidade, reverteu um movimento em direção ao esquecimento desses passados traumáticos, remodelando as memórias coletivas sobre os mesmos. Foi assim na Alemanha e na França em relação ao passado nazista, países onde a abertura de processos para responsabilizar penalmente indivíduos envolvidos em crimes contribuiu para a promoção de um debate público sobre esse passado, que terminou por reconfigurar uma memória que passou a reconhecer a legitimação social das barbaridades cometidas. Isso foi fundamental para manter essas sociedades alertas sobre os riscos do autoritarismo.

No Chile, foi a mobilização de setores de uma sociedade dividida que reverteu uma tendência de esquecimento das barbaridades cometidas. No entanto, o julgamento e a responsabilização de envolvidos com crimes contra a humanidade durante a ditadura têm sido fundamentais para manter a memória de rejeição aos Anos de Chumbo.

Essa relação entre a adoção de medidas de justiça no campo da justiça de transição e a configuração de memórias coletivas de rejeição a passados autoritários que, assim, contribuam para a conformação de pactos democráticos mais sólidos merece ser aprofundada para compreender a fragilidade da cidadania no Brasil.

Por aqui, o debate sobre o entulho autoritário dos anos de ditadura ainda não se tornou público. Ele se restringe a alguns setores da sociedade. Nem mesmo a instalação da CNV e a proliferação de Comissões da Verdade em todo o país foram suficientes para conformar uma memória coletiva de repulsa à ditadura.

O atual momento político é resultado da baixa qualidade da nossa democracia e o esquecimento/desconhecimento das mazelas da ditadura reflete no recrudescimento de discursos de celebração da intervenção militar em 1964 e sua longa permanência no poder, mesmo que em detrimento de liberdades democráticas, perseguição e eliminação dos seus opositores. A chancela do Poder Judiciário à

imposição desse esquecimento, por meio da decisão do STF na ADPF nº 153, é um fato que precisa ser criticado e repensado. Afinal, é esse mesmo Judiciário que está hoje envolvido nos bastidores da crise política que expõe a fragilidade da democracia brasileira.

Desse modo, este trabalho não finaliza com conclusões, mas com apontamentos para aprofundar futuras reflexões sobre a importância da efetivação de todos os pilares da justiça de transição no Brasil, especialmente o da justiça. É importante pensar sobre o papel que o campo jurídico, especialmente o Poder Judiciário, pode desempenhar para o fortalecimento de compromissos com valores democráticos.

Referências

ABRAÃO, Paulo; GENRO, Tarso. Memória histórica, justiça de transição e democracia sem fim. In: SANTOS, Boaventura de Souza; ABRAÃO, Paulo; SANTOS, Cecília MacDowell dos; TORELLY, Marcelo D. *Repressão e memória política no contexto ibero-brasileiro*. Brasília: Ministério da Justiça, Comissão de Anistia. Portugal: Universidade de Coimbra, Centro de Estudos Sociais, 2010. p. 16-24.

ARTHUR, Paige. How “transitions” reshaped human rights: a conceptual history of transitional justice. *Human Rights Quarterly*, Baltimore, v. 31, n. 2. p. 321-367, maio 2009. DOI: 10.1353/hrq.0.0069.

BRASIL. *Decreto nº 678, de 06 de novembro de 1992*. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm. Acesso em: 14 jan. 2016.

BRASIL. *Decreto nº 4.463, de 08 de novembro de 2002*. Promulga a Declaração de Reconhecimento da Competência Obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos, sob reserva de reciprocidade, em consonância com o art. 62 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José), de 22 de novembro de 1969. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4463.htm. Acesso em: 14 jan. 2016.

BRASIL. Relatório da Comissão Nacional da Verdade, conclusões. v. 1., 976 p. Brasília: CNV, 2014, p. 963.

BRASIL. *Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011*. Regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal; altera a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990; revoga a Lei nº 11.111, de 5 de maio de 2005, e dispositivos da Lei nº 8.159, de 8 de janeiro de 1991; e dá outras providências. Brasília. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112527.htm. Acesso em: 14 jan. 2019.

BRASIL. Ministério Público Federal. Câmara de Coordenação e Revisão Criminal, 2. *Crimes da ditadura: Relatório sobre as atividades de persecução penal desenvolvidas pelo MPF em matéria de graves violações a DH cometidas por agentes do Estado durante o regime de exceção*. Brasília: MPF, 2017. (Série Relatórios de Atuação, 2). Disponível em: http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr2/publicacoes/roteiro-atuacoes/005_17_crimes_da_ditadura_militar_digital_paginas_unicas.pdf. Acesso em: 14 jan. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. STF é contra revisão da Lei da Anistia por sete votos a dois: voto Relator: ADPF 153. Brasília, abr. 2010. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=125515>. Acesso em: 14 jan. 2016.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Herzog e outros vs. Brasil*. [S. l.], 15 mar. 2018. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_353_por.pdf. Acesso em: 27 ago. 2019.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil*. [S. l.], 24 nov. 2010. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf. Acesso em: 14 jan. 2016.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso La Cantuta vs. Perú. Perú*, 29 nov. 2006a. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_162_esp.pdf. Acesso em: 14 jan. 2016.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Almonacid Arellano e outros vs. Chile*. Chile, 26 set. 2006b. Disponível em: http://www.mpf.mp.br/regiao3/atuacao/ditadura-militar/providencias_civeis/acao_civil_publica-caso_manuel_fiel_filho/ditadura_manuel_fiel_filho_doc10.1844.pdf/view. Acesso em: 14 jan. 2016.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Barrios Altos vs. Peru*. Peru, 14 mar. 2001. Disponível em: <http://cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/04/092b2fec1ad5039b26ab5f98c3f92118.pdf>. Acesso em: 14 jan. 2016.

D'ARAÚJO, Maria Celina. Limites políticos para a transição democrática no Brasil. In: FICO, Carlos; ARAÚJO, Maria Paula; GRIN, Mônica (org.). *Violência na história*. Memória, trauma e reparação. Rio de Janeiro: Ponteio, 2012. p. 41.

DAUER, Gabriel Roberto. Marcas da memória: justiça de transição no Brasil e no Chile. In: SEMINÁRIO INTERNACIONAL DE CIÊNCIA POLÍTICA, 1., Rio Grande do Sul. *Anais [...]*. Rio Grande do Sul: UFRGS, set. 2015. Tema: Estado democracia em mudança no século XXI. Disponível em: <https://www.ufrgs.br/sicp/wp-content/uploads/2015/09/4.-DAUER-Gabriel-Roberto-Marcas-da-Mem%C3%B3ria-justi%C3%A7a-de-transi%C3%A7%C3%A3o-no-Brasil-e-no-Chile.pdf>. Acesso em: 9 abr. 2017.

FICO, Carlos. A transição inacabada. In: FICO, Carlos; ARAÚJO, Maria Paula; GRIN, Mônica (org.). *Violência na história*. Memória, trauma e reparação. Rio de Janeiro: Ponteio, 2012. p. 25-37.

VALENTE, Rubens. Em vídeo, Jobim detalha como atuou para impedir revisão da Lei da Anistia. *Folha de São Paulo*, São Paulo, p. 4, 27 ago. 2019.

GOSTARIA de dizer algumas coisas sobre o que aconteceu no dia 31/03/1964 e nos anos que se seguiram: rememoração do Golpe de 1964 em 31 de março de 2017. [S. l.]. Disponível em: <https://www.facebook.com/PovoBr/posts/579638842067429>. Acesso em: 7 abr. 2017.

HALBAWCHS, Maurice. *A memória coletiva*. São Paulo: Vértice, Editoria Revista dos Tribunais, 1990.

HEYMANN, Luciana Quillet. O “*devoir de mémoire*” na França contemporânea: entre memória, história, legislação e direitos. In: SEMINÁRIO PRONEX “CIDADANIA E DIREITOS”, 3., 2006. Rio de Janeiro: CPDOC/FGV, 2006. Tema: “Dever e direito à memória”. Disponível em http://cpdoc.fgv.br/producao_intelectual/arq/1685.pdf. Acesso em: 9 abr. 2017.

LABORIE, Pierre. Memória e opinião. In: AZEVEDO, Cecília et al. *Cultura política, memória e historiografia*. Rio de Janeiro: FGV, 2009. p. 79-97.

MARENGO, Guadalupe. Chile: La ley de anistia mantiene vivo el legado de Pinochet. *El País*, Chile, 11 set. 2015. Disponível em: http://internacional.elpais.com/internacional/2015/09/11/actualidad/1441979718_729682.html. Acesso em: 1 jul. 2017.

MOTTA, Rodrigo Pato Sá da. Ditadura militar no Brasil: historiografia, política e memória. *Café História*, Brasília, semanal, 12 jun. 2017. Disponível em: <http://www.cafehistoria.com.br/entrevista-rodrigo-patto-sa/>. Acesso em: 2 jul. 2017.

NORA, Pierre. Entre memória e história: a problemática dos lugares. Tradução: Yara AunKhoury. *Projeto História*. São Paulo, n. 10, p. 7-28, dez. 1993.

MANFRINI, Sandra; LINDNER, Julia; VENCESLAU, Pedro. Bolsonaro troca integrantes da Comissão de Mortos e Desaparecidos Políticos. *O Estado de São Paulo*, São Paulo, 1 ago. 2019. Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/noticias/geral,bolsonaro-troca-integrantes-da-comissao-de-mortos-e-desaparecidos-politicos,70002950470>. Acesso em: 1 set. 2019.

RODEGHERO, Carla Simone. Os historiadores e os estudos sobre o golpe de 1964 e o regime militar no Brasil. *Revista L'Ordinaire Latino-Americana*, França, n. 203, p. 93-123, 2006.

SANTOS, Claiz Maria Pereira Gunça dos. Elementos para uma teoria da justiça de transição. *Revista da Faculdade de Direito*, UFBA, Salvador, p. 53-75, dez. 2014. Edição especial.

TEITEL, Ruti G. Transitional Justice Genealogy. *Harvard Human Rights Journal*, Cambridge, MA, v. 16, p. 69-94, 2003.

TORELLY, Marcelo Dalmas. *Justiça transicional e Estado constitucional de direito: perspectiva teórico comparativa e análise do caso brasileiro*. 2010. 355 f. Dissertação (Mestrado em Direito, Estado e Constituição). Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2010.

REZENDE, Constança. General diz que Comissão de Anistia mudou e defende rever indenizações. *UOL*, [s. l.]. 10 ago. 2019. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2019/08/10/general-diz-que-comissao-de-anistia-mudou-e-defende-rever-indenizacoes.htm?cmpid=copiaecola>. Acesso em: 1 set. 2019.

WAGENER, Volker. Há 50 anos chegava ao fim o julgamento de Auschwitz. *DW Notícias Alemãs*, [s. l.: s. n.], ago. 2015. Disponível em: <http://www.dw.com/pt-br/h%C3%A1-50-anos-chegava-ao-fim-o-julgamento-de-auschwitz/a-18656578>. Acesso em: 7 abr. 2017.

ZYL, Paul van. Promovendo a justiça transicional em sociedades pós-conflito.
In: REÁTEGUI, Félix (coord.). *Justiça de transição: manual para a América Latina*. Brasília: Ministério da Justiça, Comissão de Anistia, Nova Iorque: Centro Internacional para a Justiça de Transição, 2011. p. 47-72.

SOBRE OS AUTORES

Alexsandro Pitanga Moraes

Bacharel em Direito pela Universidade do Estado da Bahia (UNEB). Mestre em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito (PPGD) pela Universidade Federal da Bahia (UFBA). Licenciado em História pela UNEB. Especialista em Direito Eleitoral pela UNIBAHIA e em Metodologia de Ensino para Educação Profissional pela UNEB. Coursou Antropologia com ênfase em Cultura Afro na Universidade Estadual do Sudoeste da Bahia (UESB) e Quilombos na História e Cultura Afro-brasileira na Universidade Federal do Recôncavo da Bahia (UFRB). Professor de História e Direito no Centro Territorial de Educação Profissional do Recôncavo (Cetep-Recôncavo).

Amanda Souza Barbosa

Doutora em Jurisdição Constitucional e Novos Direitos pela Universidade Federal da Bahia (UFBA) e mestre em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Especialista em Processo Civil pela LFG e Direito Médico pela Universidade Católica do Salvador (UCSal). Professora do curso de Direito da Universidade Salvador (UNIFACS). Membro dos grupos de pesquisa Vida, na UFBA, e Clínica de Direitos Humanos, na Universidade Federal do Paraná (UFPR). Advogada e consultora jurídica.

Ariadne Muricy Barreto

Professora de Direito da Universidade Estadual de Feira de Santana (UEFS). Doutoranda em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito (PPGD) da Universidade Federal da Bahia (UFBA) e mestre em Direito pela Universidade de Brasília (UnB).

Arthur Lavigne Gesteira Slaibi

Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Santa Cruz (UESC). Mestrando em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito (PPGD) da Universidade Federal da Bahia (UFBA). Tem experiência na área de direito, com ênfase em filosofia do direito e linguagem.

Bruno Amaral Andrade

Graduado em Direito pela Universidade Católica do Salvador (UCSal), mestre em Sociologia e doutor em Pós-Colonialismos e Cidadania Global, pela Universidade de Coimbra (UC), em Portugal. Doutorando em Direito pela Universidade Federal da Bahia (UFBA). Professor adjunto da Universidade da Integração Internacional da Lusofonia Afro-Brasileira (UNILAB), *campus* dos Malês, localizado em São Francisco do Conde, Bahia.

Camila Ribeiro Hernandes

Mestra em Direito Público pelo Programa de Pós-Graduação em Direito (PPGD) da Universidade Federal da Bahia (UFBA). Especialista em Ciências Criminais pela Universidade Católica de Salvador (UCSal). Membro do Instituto Baiano de Direito Processual Penal. Advogada.

Daniel Angeli de Almeida

Bacharel em Direito pela Universidade Federal da Bahia (UFBA). Pós-graduado em Ciências Criminais pela Estácio de Sá. Mestre em Direito Público pelo Programa de Pós-Graduação em Direito (PPGD) da UFBA. Delegado de Polícia Civil do estado de Pernambuco. Possui experiência nas áreas de direito penal, direito processual penal e execução penal.

Daniel Nicory do Prado

Bacharel em Direito pela Universidade Federal da Bahia (UFBA), mestre e doutor em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito (PPGD) da UFBA. Atualmente, é defensor público de classe final, membro eleito do Conselho Superior da Defensoria Pública do Estado da Bahia, coordenador estadual do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM) na Bahia e professor da Faculdade Baiana de Direito e Gestão, do curso de especialização em Ciências Criminais da Universidade Católica de Salvador (UCSal) e do curso de especialização em Direito Penal e Processual Penal da Universidade Salvador (UNIFACS).

David Sierra Sorockinas

Advogado e mestre em Direito pela Universidade de Antioquia, Medellín, Colômbia. Doutorado pelo Programa de Pós-Graduação em Direito (PPGD) da Universi-

dade Federal da Bahia (UFBA). Membro dos grupos de pesquisa: Direito, Sentido e Complexidade Social e Investigações Filosóficas: Mente, Realidade e Conhecimento, da UFBA. Coordenador do grupo de trabalho sobre Filosofia do Direito da Universidade de Antioquia.

Débora Moreno de Moura Oliveira

Mestranda e pesquisadora em direito público vinculada ao projeto de pesquisa “Direito penal garantidor”, no Programa de Pós-Graduação em Direito (PPGD) da Universidade Federal da Bahia (UFBA). Tutora do grupo de pesquisa Repensando o Direito Penal Contemporâneo, da UFBA. Advogada, com atuação em Organizações Não Governamentais (ONGs), Secretaria de Justiça, Organização da Sociedade Civil de Interesse Público (Oscip), com advocacia popular, direitos humanos, política de drogas e direito das mulheres.

Durval Carneiro Neto

Bacharel em Direito pela Universidade Católica do Salvador (UCSal), mestre e doutor em Direito Público pelo Programa de Pós-Graduação em Direito (PPGD) da Universidade Federal da Bahia (UFBA). Professor da Faculdade de Direito da UFBA. Juiz federal na 1ª Região, atualmente titular da 22ª Vara Federal da Seção Judiciária da Bahia.

Emanuel Lins Freire Vasconcellos

Professor assistente de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia (UFBA). Professor auxiliar da Universidade do Estado da Bahia (UNEB). Doutorando e mestre em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito (PPGD) da UFBA. Graduado em Direito pela UFBA. Membro da Rede de Pesquisa de Direito Civil Contemporâneo. Membro da Comissão de Ensino Jurídico e da Comissão de Defesa do Concurso Público da Ordem dos Advogados do Brasil, da Bahia (OAB/BA).

Gabriela Batista Pires Ramos

Bacharela em Direito pela Universidade Salvador (UNIFACS). Especialista em Direito e Processo do Trabalho pela Universidade Estácio de Sá. Mestra em Direito pelo Programa Pós-Graduação em Direito (PPGD) da Universidade Federal da Bahia (UFBA).

Géssica Miranda Freire

Bacharela e mestra em Direito pela Universidade Federal da Bahia (UFBA). Pesquisadora do Núcleo Interdisciplinar de Pesquisa e Extensão em Direito Ambiental e Direito Animal (Nipeda). Advogada.

Heron José de Santana Gordilho

Pós-doutor pela Pace University Law School. Doutor em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco. Coordenador do Programa Pós-Graduação em Direito (PPGD) da Universidade Federal da Bahia (UFBA). Membro da União Internacional para a Conservação da Natureza e dos Recursos Naturais (UICN). Editor-chefe da *Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia*. Editor-chefe da *Revista Brasileira de Direito Animal*.

Jailson José Gomes da Rocha

Docente da Universidade Federal da Paraíba (UFPB). Coordenador do Observatório de Bioética e Direito Animal da UFPB. Membro do Núcleo de Extensão em Justiça Animal da UFPB. Membro do Núcleo Interdisciplinar de Ensino, Pesquisa e Extensão em Direitos dos Animais, Meio Ambiente e Pós-Humanismo da Universidade Federal da Bahia (UFBA). Doutor em Direito UFBA. Mestre em Sociologia pela Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra. Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE).

Julio Cesar de Sá da Rocha

Bacharel em Direito pela Universidade Federal da Bahia (UFBA). Mestre e doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), com doutorado sanduíche pela Tulane University. Pós-doutorado em Antropologia pela UFBA. Atualmente, é diretor da Faculdade de Direito da UFBA (2017-2021). É professor associado e docente do quadro permanente do mestrado e doutorado em Direito da UFBA e coordenador da especialização em Direitos Humanos e Contemporaneidade, Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (Capes)/Universidade Aberta do Brasil (UAB).

Larissa Andrade Teixeira Pereira

Bacharela em Direito pela Universidade Federal da Bahia (UFBA). Advogada. Tem interesse nas áreas de sociologia jurídica, metodologia da pesquisa, filosofia do direito, hermenêutica jurídica e direito autoral.

Luciana Espinheira da Costa Houry

Bacharela em Direito pela Universidade Federal da Bahia (UFBA). Especialista em Direito Urbano-Ambiental pela Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul. Mestra em Direito pelo Programa Pós-Graduação em Direito (PPGD) da UFBA. Promotora de Justiça Regional Ambiental em Paulo Afonso. Coordenadora do Núcleo de Defesa da Bacia do São Francisco do Ministério Público da Bahia (MP/BA). Coordenadora do Fórum Baiano de Combate aos Impactos dos Agrotóxicos.

Marcia Costa Misi

Professora da Universidade Estadual de Feira de Santana (UEFS). Mestra em Direito das Relações Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), Legum Magister (L.L.M) em Direito Internacional e Comparado pela Tulane University, Louisiana, nos Estados Unidos. Doutoranda em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito (PPGD) da Universidade Federal da Bahia (UFBA).

Marcos Freitas

Bacharel em Direito pela Universidade Federal da Bahia (UFBA). Mestre em Relações Sociais e Novos Direitos pelo Programa de Pós-Graduação em Direito (PPGD) da UFBA. Coordena o grupo de pesquisa Direito, Arte e Literatura.

Natalie Coelho Lessa

Mestra em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito (PPGD) da Universidade Federal da Bahia (UFBA). Tutora da especialização em Estado e Direito dos Povos e Comunidades Tradicionais pela UFBA. Professora de Alemão no Programa de Proficiência em Língua Estrangeira para Estudantes e Servidores da UFBA (Profici). Advogada trabalhista.

Nelson Cerqueira

Possui graduação em Letras: Língua e Literatura Alemã pela Universidade Federal da Bahia (UFBA), mestrado e doutorado em Literatura Comparada pela Indiana University. Atualmente, é presidente do Companheiro das Américas Comitê Bahia, presidente da Faculdade Zacarias de Goes (FAZAG), professor adjunto da Faculdade Helio Rocha e professor colaborador do Programa de Pós-Graduação em Direito (PPGD) da UFBA.

Ricardo do Espírito Santo Cardoso

Possui graduação em Direito pela Universidade Católica do Salvador (UCSal), é especialista em Ciências Criminais pela Faculdade Baiana de Direito e em Direito Penal Econômico e Europeu pelo Instituto Brasileiro de Ciências Criminais em parceria com a Universidade de Coimbra e mestre em Direito pela Universidade Federal da Bahia (UFBA).

Rodrigo Andres Jopia Salazar

Mestre em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia (UFBA). Especialista em Teoria do Processo e em Processo Civil. Atualmente, é professor auxiliar da Universidade do Estado da Bahia (UNEB). Professor convidado da Escola Superior de Advocacia da Ordem dos Advogados do Brasil, da Bahia (OAB/BA). Tem experiência na área de direito, com ênfase em direito processual civil.

Txapuã Menezes Magalhães

Bacharel em Direito e mestre pelo Programa de Pós-Graduação em Direito (PPGD) da Universidade Federal da Bahia (UFBA). Realiza pesquisas sobre direito e escravidão no século XIX.

	COLOFÃO
FORMATO	18 x 25 cm
TIPOGRAFIAS	Freight Sans Goudy Old Style
PAPEL	Alcalino 75 g/m ² (miolo) Cartão Supremo 300 g/m ² (capa)
IMPRESSÃO	EDUFBA
CAPA E ACABAMENTO	Cartograf
TIRAGEM	400 exemplares

A obra reúne estudos produzidos como resultado dos debates a partir da disciplina Direitos Humanos e Direitos Fundamentais do Programa de Pós-Graduação em Direito (PPGD) da Universidade Federal da Bahia (UFBA). É importante registrar que a noção de direitos humanos surgiu numa conjuntura histórica em que se tratava de uma reivindicação pela imposição de limites ao poder governamental. Atualmente, faz-se necessária uma análise crítica da teoria e prática dos direitos humanos com contribuições emancipatórias que superem o eurocentrismo e o colonialismo/modernidade, o racismo e todas as formas de opressão. A obra cumpre escopo relevante e extremamente apropriado em dias de intolerância e incitação à violência que campeiam no Brasil e no mundo afora. É voltada para acadêmicos, ativistas de direitos humanos e a sociedade de uma forma geral.

ISBN 978-85-232-1951-2



APOIO:

