

DIREITOS HUMANOS E SOCIEDADE

Volume II



**Antonio Carlos Wolkmer
Reginaldo de Souza Vieira
(Organizadores)**

2020©Copyright UNESC – Universidade do Extremo Sul Catarinense

Av. Universitária, 1105 – Bairro Universitário – C.P. 3167 – 88806-000 – Criciúma – SC

Fone: +55 (48) 3431-2500 – Fax: +55 (48) 3431-2750

Reitora

Luciane Bisognin Ceretta

Vice-Reitor

Daniel Ribeiro Preve

Conselho Editorial

Dimas de Oliveira Estevam (Presidente)

Angela Cristina Di Palma Back

Cinara Ludvig Gonçalves

Fabiane Ferraz

Marco Antônio da Silva

Merisandra Côrtes de Mattos Garcia

Miguelangelo Gianezini

Nilzo Ivo Ladwig

Rafael Rodrigo Mueller

Reginaldo de Souza Vieira

Ricardo Luiz de Bittencourt

Richarles Souza de Carvalho

Vilson Menegon Bristot

DIREITOS HUMANOS E SOCIEDADE

Volume II



**Antonio Carlos Wolkmer
Reginaldo de Souza Vieira
(Organizadores)**

**Criciúma
UNESC
2020**

Editora da UNESC
Editor-Chefe: **Dimas de Oliveira Estevam**

Revisão textual/Normalização ABNT: Valmor Fritsche e Maria Cecília Pilati de Carvalho Fritsche

Projeto gráfico, diagramação e capa: Luiz Augusto Pereira



As ideias, imagens e demais informações apresentadas nesta obra são de inteira responsabilidade de seus autores e organizadores.

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação

D598 Direitos humanos e sociedade [recurso eletrônico]
: volume II / [Organizadores] Antonio Carlos Wolkmer, Reginaldo de Souza Vieira - Criciúma, SC: UNESC, 2020.
374 p. : il.

Modo de acesso: <<http://www.unesc.net/portal/capa/index/300/5886/>>.

ISBN: 978-65-87458-20-5

DOI: <http://dx.doi.org/10.18616/dirhum>

1. Direitos humanos. 2. Cidadania. 3. Direitos da natureza. 4. Pluralismo jurídico. 5. Acesso à justiça. 6. Estatuto da cidade. 7. Democracia participativa. 8. Cidadania participativa. 9. Trabalho infantil. 10. Direito à saúde. 11. Direito das minorias. 12. Tráfico de entorpecentes. I. Título.

CDD - 22. ed. 341.12191

Bibliotecária Eliziane de Lucca Alosilla - CRB 14/1101
Biblioteca Central Prof. Eurico Back - UNESC

Todos os direitos reservados. Nenhuma parte desta obra poderá ser reproduzida, arquivada ou transmitida, por qualquer meio ou forma, sem prévia permissão por escrito da Editora da Unesc.

PREFÁCIO

Por vezes, o insulamento inerente à dinâmica da investigação científica, especialmente a predominantemente teórica, como se dá no Direito, pode ser rompido pela oportunidade de participação em espaços de diálogo, de intercâmbio de ideias, resultados e inferências de pesquisa. É possível dizer – embora cada qual fale por si, nesse sentido – que esses espaços constituam o que há de mais gratificante na trajetória de uma pesquisadora ou pesquisador, pois são os momentos em que se abandona a solidude cotidiana para ouvir e se fazer ouvir, para dimensionar o caminho trilhado e estimar alcances possíveis para a pesquisa.

A criação de um Programa de Pós-graduação em Direito na Universidade do Extremo Sul Catarinense tem sido, por excelência, um desses espaços, e suas ações e pesquisas têm reverberado fortemente para além da esfera institucional mais restrita. No âmbito da graduação, tem promovido o aprofundamento nos debates, o amadurecimento e a qualificação das pesquisas e trabalhos de conclusão de curso, tem semeado em discentes o desejo de seguir uma carreira acadêmica, algo pouco comum ainda no ensino de graduação, mas que tem dado lugar à percepção das potencialidades e da importância da articulação entre teoria e prática. Parte disso se deve também à aproximação que a pós-graduação promove ao trazer para perto da comunidade discente grandes referências teóricas, inclusive internacionais, por meio de seus eventos e programas científicos.

Com relação à comunidade, é um espaço privilegiado de interlocução, dada a vocação do PPGD em desenvolver saberes sensíveis à realidade concreta e plural, que oportunize a profissionais, pesquisadores e docentes uma formação comprometida com a garantia de direitos e orientada pela reflexão interdisciplinar e crítica. Assim, tem-se notado nas pesquisas discentes desenvolvidas no âmbito do programa a diligência em conectar-se com demandas, necessidades e aspirações da sociedade, buscando instrumentos que contribuam com uma necessária transformação social. Em suma, trata-se de exercer responsabilmente o papel da crítica teórica, na observação da reali-

dade, identificação de seus elementos de crise e contradição e formulação de propostas, etapa essa que numa práxis de libertação, não pode ser desenvolvida sem a participação da comunidade de afetados pelas inúmeras formas de opressão e exclusão.

A obra que aqui se apresenta materializa um notório e bem-sucedido esforço nesse sentido. Nas páginas seguintes, são apresentadas pesquisas de cunho crítico e interdisciplinar que abordam temas variados relativamente aos Direitos Humanos e a novos paradigmas do Direito. Entre os elementos de identificação de tais artigos, consta o caráter atual dos temas, que de distintas maneiras figuram entre desafios destes tempos, alguns novos, outros subsistentes, mas orbitam em torno da efetivação de direitos e suas implicações, diante do que são reflexões fundamentais, na medida em que podem fornecer elementos bastante promissores para essa tarefa.

A primeira parte da obra, ao tratar dos temas “Direitos Humanos, Cidadania e Novos Direitos”, reúne seis estudos: o primeiro capítulo, de Ramiro Avila Santamaría, intitulado *Los derechos de la naturaleza en el neo-constitucionalismo andino*, articula relatos de sua experiência como partícipe do emblemático processo constituinte equatoriano, com os desafios inaugurados a partir da Constituição de 2008 daquele país: é que de modo pioneiro, na modernidade ocidental, reconheceu-se a Natureza como sujeito de direitos, e a narrativa do autor evidencia alguns desafios que a comunidade jurídica enfrenta na transição de paradigmas, mas mostra também que o Direito tem espaço para o novo. Na sequência, Alejandro Rosillo Martínez propõe, com o texto *Complejidad de Derechos Humanos como fundamento de la relación del derecho con el ambiente*, uma reflexão mais profunda que contemple a complexidade dos direitos humanos, numa crítica necessária ante o pensamento simplificador que predomina na educação jurídica. E o caráter necessário da crítica desde a complexidade se relaciona com as lutas históricas das comunidades das vítimas pela produção e reprodução da vida.

O terceiro capítulo é de Ricardo Araújo Dib Taxi, *Para uma reconstrução narrativa dos Direitos Humanos*, que se ocupa da tarefa de buscar narrativas silenciadas na construção hegemônica do discurso dos direitos humanos

e adota como instrumento a “narrativa dos oprimidos” de Walter Benjamin. A partir da reconstrução dessas vozes, sugere caminhos para um possível redimensionamento dos espaços sociais.

O quarto capítulo é de Ana Paula Costa e Antonio Carlos Wolkmer, intitulado *Pluralismo Jurídico e Interculturalidade: o Direito que rege comunidades e suas especificidades*. Nele os autores refletem sobre as sociedades multiculturais, em que as distintas culturas implicam diferentes tradições, realidades e aspirações, diante do que, propõem o Pluralismo Jurídico como um sistema necessário para opor-se à centralização formalista do direito hegemônico.

Segue-se o estudo de Gabriela Maia Rebouças, Juliana Lira Novaes & Verônica Teixeira Marques, *Desigualdades no acesso à justiça: a pobreza como fator de discriminação processual*, que apresenta uma discussão a respeito da distância que separa as enunciações formais do Direito, de seu potencial de mudar a realidade. Identificam nas desigualdades sociais, principalmente na pobreza, os maiores desafios do Direito – e como esse problema social se manifesta na exclusão processual, visto que a pobreza impede a efetivação do acesso à justiça, e, portanto, inviabiliza a utilização de meios de defesa. Como se trata de um obstáculo ainda relativamente ignorado, destaca-se a importância de uma análise crítica que o evidencie.

O sexto e último capítulo da primeira parte é de Clóvis Eduardo Malinverni da Silveira, com o título “*Law of Environmental Commons: beyond public and private: research presentation*”: *research presentation*. No artigo, o autor compartilha resultados de pesquisa teórica relativa à questão dos bens comuns e sua aplicação no Direito Ambiental, assumindo os bens comuns como conceito interdisciplinar e que impõe uma ressignificação dos ecossistemas e da biodiversidade, para além da condição de *commodities* ou de meras propriedades; uma tarefa necessária que demanda uma abordagem crítica dentro da Teoria do Direito Ambiental.

A segunda parte da obra, relativa ao “Direito, Sociedade e Estado”, conta com oito artigos. O primeiro, de Marina Barbosa Grando e João Telmo de Oliveira Filho, *O Estatuto da Cidade e a compatibilidade dos Planos Diretores Municipais: uma análise de Planos Diretores de cidades da Região Norte do*

Estado do Rio Grande do Sul, é uma análise do equacionamento entre as diretrizes legais estabelecidas no Estatuto da Cidade e os decorrentes planos diretores municipais, principalmente no que se refere ao desenvolvimento urbano. Contribuem com a reflexão a respeito da necessidade de que os municípios editem seus instrumentos normativos locais sensíveis às demandas de justiça social e democratização dos processos de planejamento urbano e sua gestão.

O artigo seguinte é de Juliano Sartor Pereira e Reginaldo de Souza Vieira, intitulado *Democracia Participativa: reflexões acerca do surgimento dos conselhos de participação popular no ordenamento jurídico brasileiro*, e nele os autores partem da consolidação da soberania popular entre os fundamentos da República para apontar ao direito constitucional brasileiro um novo paradigma, porque implica na valorização da participação popular e, assim, opõe-se radicalmente à dinâmica da ordem anterior, própria do regime autoritário que impedia tal participação. Dentro desse contexto, discute a relação entre democracia e participação do povo, com ênfase nos conselhos de políticas públicas e sua importância, embora esses espaços ainda se encontrem em relativo desconhecimento pela sociedade.

Consta então o artigo de Juliana Paganini e Reginaldo de Souza Vieira, *O potencial deliberativo dos Conselhos e das Conferências de Assistência Social: uma análise municipal à luz dos pressupostos de cidadania participativa*, em que os autores apresentam outros aspectos relativamente ao tema dos conselhos de políticas públicas, agora dirigindo a atenção à forma como o controle social se manifesta e efetiva sua participação no âmbito da assistência social. A pesquisa é desenvolvida mediante o estudo de uma conferência municipal de assistência social e seu acervo documental, apontando a importância desses espaços para o exercício da cidadania, pois é instrumento privilegiado no paradigma participativo estabelecido na Constituição de 1988. Alertam ainda para os desafios que limitam a participação popular quando se desrespeita a vontade da sociedade expressa nesses espaços públicos.

O quarto capítulo, *O papel das Organizações Não Governamentais na prevenção e erradicação do trabalho infantil*, é de Higor Neves de Freitas e André Viana Custódio. Os autores apresentam contribuições teóricas quan-

to ao tema da erradicação do trabalho infantil, uma tarefa ainda pendente, e analisam a atuação das organizações não governamentais, cujo papel avançou para além do atendimento, assumindo participação também na articulação da sociedade, formulação de diagnósticos, capacitação de atores, entre outras medidas orientadas pela promoção dos direitos de crianças e adolescentes. Isso vem consolidando tais organizações como importante mecanismo na luta contra o trabalho infantil.

O quinto capítulo, de Anizio Pires Gavião Filho, intitulado *Políticas públicas e a judicialização do direito fundamental à saúde*, apresenta contribuições no campo de um importante e intenso debate que tem mobilizado a comunidade jurídica, desde pesquisadores até funcionários dos sistemas de justiça: a questão da judicialização da política. Põe ênfase no tema dos direitos sociais fundamentais, especificamente o direito à saúde, diante dos quais eventuais omissões do Estado se fazem sentir de maneira mais contundente, acentuando a relevância de identificar limites ao que se designa discricionariedade administrativa e de ponderar ações que conduzam à concretização de tais direitos.

A seguir, tem-se o estudo de Saulo de Oliveira Pinto Coelho, Diva Júlia Safe e Ricardo Martins Spindola Diniz, cujo título é *Situação das Minorias Étnicas nos Países do BRICs: Análise comparada da (in)efetividade das políticas públicas de proteção e autonomia das minorias étnicas nas quatro maiores economias emergentes do mundo*. O trabalho apresenta relevantes informações sistematizadas em etapa de projeto de pesquisa, na qual a comparação entre experiências jurídicas dos países do BRICS, evidenciou – nesses países – a passagem discursiva das minorias étnicas de uma situação de invisibilidade para a visibilidade formal, com a manutenção de um exercício limitado de autonomia, ocultamento de estratificação social e falta de integração. Essa condição é agravada em alguns dos países analisados, por violentos conflitos étnicos e políticas ineficazes.

O penúltimo trabalho é de Érica Babini Machado e Maria Simone Gonzaga de Oliveira, *Sistema de justiça juvenil e apreensões em flagrante de tráfico de entorpecentes – um estudo na delegacia especializada de Recife*.

Reconhecendo a subsistência de uma absurda tendência ao encarceramento juvenil, bem como dificuldades que o sistema socioeducativo enfrenta para a execução de projetos adequados, as autoras discutem a tarefa de superar o modelo assistencialista, a partir da doutrina de proteção integral e, nesse contexto, apresentam uma análise com relação à observância e o respeito às garantias penais e processuais dirigidas à criança e ao adolescente. O campo de estudo abrangeu entrevistas, observação de sessões e análise de documentos de apreensão em flagrante, caracterizando parte da pesquisa empírica que também apontou para a importância probatória no âmbito do modelo processual da justiça juvenil.

Encerra a coletânea, o artigo de Jean Carlos Dias e Hugo José de Oliveira Agrassa: *A ideia de liberdade a partir do pensamento de Ronald Dworkin do direito como integridade e a análise sobre o tema 1079 de repercussão geral no Supremo Tribunal Federal*. Nesse trabalho, adotando a elaboração teórica de Ronald Dworkin para o manejo de casos difíceis no âmbito do judiciário, os autores sugerem a concepção de “direito como integridade” como uma via hermenêutica para o sopesamento de princípios, por meio da qual, se pode alcançar um razoável equacionamento entre a liberdade e garantias individuais e outros direitos de ordem coletiva, como se nota em casos como a recente e ampla discussão a respeito do direito individual do condutor de veículo à recusa na realização de teste de alcoolemia.

Como apontado, os artigos apresentam relevantes contribuições, apoiadas em interessantes perspectivas teóricas e orientadas por critérios de legitimidade democrática, justiça social e maximização de direitos. Então, é razoável presumir que a leitura da obra seja profícua e gratificante e justo agradecer aos seus organizadores, Dr. Antonio Carlos Wolkmer e Dr. Reginaldo de Souza Vieira pelo labor preciso na reunião dos artigos, ainda mais, dentre tantos trabalhos meritórios destes professores.

Profa. Dra. Débora Ferrazzo (UNESC)

Dezembro de 2020.

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO	13
PARTE I	15
DIREITOS HUMANOS, CIDADANIA E NOVOS DIREITOS	
LOS DERECHOS DE LA NATURALEZA EN EL NEOCONSTITUCIONALISMO ANDINO	16
<i>Ramiro Avila Santamaría</i>	
COMPLEJIDAD DE DERECHOS HUMANOS COMO FUNDAMENTO DE LA RELACIÓN DEL DERECHO CON EL AMBIENTE	46
<i>Alejandro Rosillo Martínez</i>	
PARA UMA RECONSTRUÇÃO NARRATIVA DOS DIREITOS HUMANOS	83
<i>Ricardo Araujo Dib Taxi</i>	
PLURALISMO JURÍDICO E INTERCULTURALIDADE: O DIREITO QUE REGE COMUNIDADES E SUAS ESPECIFICIDADES	99
<i>Ana Paula Costa & Antonio Carlos Wolkmer</i>	
DESIGUALDADES NO ACESSO À JUSTIÇA: A POBREZA COMO FATOR DE DISCRIMINAÇÃO PROCESSUAL	120
<i>Gabriela Maia Rebouças, Juliana Lira Novaes & Verônica Teixeira Marques</i>	

LAW OF ENVIRONMENTAL COMMONS: BEYOND PUBLIC AND PRIVATE”: RESEARCH PRESENTATION 141

Clóvis Eduardo Malinverni da Silveira

PARTE II 161
DIREITO, SOCIEDADE E ESTADO

O ESTATUTO DA CIDADE E A COMPATIBILIDADE DOS PLANOS DIRETORES MUNICIPAIS: UMA ANÁLISE DE PLANOS DIRETORES DE CIDADES DA REGIÃO NORTE DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL 162

Marina Barbosa Grando & João Telmo de Oliveira Filho

DEMOCRACIA PARTICIPATIVA: REFLEXÕES ACERCA DO SURGIMENTO DOS CONSELHOS DE PARTICIPAÇÃO POPULAR NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO 175

Juliano Sartor Pereira & Reginaldo de Souza Vieira

O POTENCIAL DELIBERATIVO DOS CONSELHOS E DAS CONFERÊNCIAS DE ASSISTÊNCIA SOCIAL: UMA ANÁLISE MUNICIPAL À LUZ DOS PRESSUPOSTOS DE CIDADANIA PARTICIPATIVA 200

Juliana Paganini & Reginaldo de Souza Vieira

O PAPEL DAS ORGANIZAÇÕES NÃO GOVERNAMENTAIS NA PREVENÇÃO E ERRADICAÇÃO DO TRABALHO INFANTIL 231

Higor Neves de Freitas & André Viana Custódio

POLÍTICAS PÚBLICAS E A JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE 251

Anizio Pires Gavião Filho

SITUAÇÃO DAS MINORIAS ÉTNICAS NOS PAÍSES DO BRICS: ANÁLISE COMPARADA DA (IN)EFETIVIDADE DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE PROTEÇÃO E AUTONOMIA DAS MINORIAS ÉTNICAS NAS QUATRO MAIORES ECONOMIAS EMERGENTES DO MUNDO	268
<i>Saulo de Oliveira Pinto Coelho, Diva Júlia Safe & Ricardo Spindola Diniz</i>	
SISTEMA DE JUSTIÇA JUVENIL E APREENSÕES EM FLAGRANTE DE TRÁFICO DE ENTORPECENTES – UM ESTUDO NA DELEGACIA ESPECIALIZADA DE RECIFE	311
<i>Érica Babini Machado & Maria Simone Gonzaga de Oliveira</i>	
A IDEIA DE LIBERDADE A PARTIR DO PENSAMENTO DE RONALD DWORKIN DO DIREITO COMO INTEGRIDADE E A ANÁLISE SOBRE O TEMA 1079 DE REPERCUSSÃO GERAL NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	337
<i>Jean Carlos Dias & Hugo José de Oliveira Agrassa</i>	
SOBRE OS ORGANIZADORES E AUTORES/AS	364

APRESENTAÇÃO

Este segundo volume, intitulado *Direitos Humanos e Sociedade*, que ora apresentamos à comunidade acadêmica e à sociedade, é resultado das discussões teóricas realizadas pelos(as) pesquisadores(as), sejam docentes e discentes, do Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade do Extremo Sul Catarinense, no ano de 2019 e 2020, em seus onze grupos de pesquisa e redes de pesquisa, em parceria com programas de pós-graduação e grupos de pesquisa nacionais e internacionais.

O PPGD/UNESC iniciou os seus trabalhos em 2017 e tem como área de concentração a temática dos “Direitos Humanos e Sociedade”, que objetiva, a partir de uma perspectiva crítica e interdisciplinar, a investigação científica acerca dos direitos humanos e das relações jurídicas e políticas existentes no seio da sociedade e o seu diálogo com o Estado, tanto no contexto nacional quanto latino-americano. Além disso, organiza-se em duas linhas de pesquisa: “Direito Humanos, Cidadania e Novos Direitos” e “Direito, Sociedade e Estado”, eixos que nortearam as discussões teóricas que fundamentaram a presente obra.

Nesses quatro anos de atividades, o PPGD/UNESC tem se consolidado como uma referência nacional e internacional no âmbito da pesquisa, bem como com atividades de inserção social de âmbito nacional, dentre as quais se destaca o Curso de Lideranças Comunitárias e Sociais, executado no segundo semestre de 2020, com participantes de mais de uma dezena de estados brasileiros. Cabe destacar também a realização, no quadriênio, de quase 100 eventos (congressos, seminários, workshops, diálogos, colóquios, mesas redondas e palestras), com a participação de pesquisadores(as) palestrantes e ouvintes de todos os estados brasileiros e da América Latina, Europa, Ásia e África.

A obra é composta de 14 capítulos e foi estruturada em duas partes. Os textos foram escritos por pesquisadores(as) do PPGD/UNESC, do PPGDS/UNESC, da Universidad Autónoma de San Luis Potosí (México), da Universidad Andina Simón Bolívar – Sede Ecuador, da Universidade de Luxemburgo, da Universidade de Santa Cruz do Sul (PPGD), da Universidade

Federal de Goiás (UFG), da Universidade Tiradentes (UNIT – SE e AL), da Universidade Federal do Pará (UFPA), do Centro Universitário do Pará (CESUPA), da Universidade Católica de Pernambuco (UNICAP), da Universidade de Caxias do Sul (UCS), da Universidade de Santa Maria (RS) e da Fundação do Ministério Público (FMP/RS).

Cabe ainda destacar que muitos dos textos produzidos são fruto de discussões realizadas no âmbito dos convênios e parcerias mantidas pelo PPGD/UNESC. São elas: convênio com a Maestria em Derechos Humanos da Universidad Autónoma de San Luis Potosí (México); Rede Interinstitucional de Grupos de Pesquisa (EGRUPE), por meio de seus grupos de pesquisa: PPGD/FMP, PPGD/UNISC e PPGD/UNESC; Rede Interinstitucional Bens Comuns, Novos Direitos e Processos Democráticos Emancipatórios (PPGD/UNESC, PPGD/UCS, PPGD/UNILASALLE e UNIFRA/RS); Rede Interinstitucional Republicanismo, Jurisdição e Cidadania (PPGD/UFSC, PPGD/UNESC, PPGD/UCS, PPGD/UNOCHAPECÓ e Universidad Leon – Espanha); Rede Brasileira de Pesquisa Jurídica em Direitos Humanos (formada pelos PPGDs da UNESC, UNIRITTER, UNIJUÍ, UFMS, PUC-CAMPINAS, UNIT, UNICAP, CESUPA, UFPA).

Por fim, aproveitamos o ensejo para agradecer à Universidade do Extremo Sul Catarinense, instituição comunitária do Sul de Santa Catarina que, por meio do Programa Grupos de Pesquisa, de sua Pró-Reitoria Acadêmica, tem financiado e priorizado a consolidação da produção científica de qualidade, reconhecida nacionalmente e internacionalmente, e à Fundação de Amparo à Pesquisa e Inovação do Estado de Santa Catarina (FAPESC), que, por meio do edital do Proeventos e de grupos de pesquisa, contribuiu para a construção desta obra.

Criciúma, Santa Catarina, primavera de 2020.

**Antonio Carlos Wolkmer
Reginaldo de Souza Vieira**
(Organizadores)

PARTE I

DIREITOS HUMANOS, CIDADANIA E NOVOS DIREITOS

CAPÍTULO I

LOS DERECHOS DE LA NATURALEZA EN EL NEOCONSTITUCIONALISMO ANDINO HACIA UN NECESARIO Y URGENTE CAMBIO DE PARADIGMA

DOI: <http://dx.doi.org/10.18616/dirhum01>

Ramiro Avila Santamaría

VOLTAR AO SUMÁRIO

Desde el año 2008, cuando en Ecuador se reconocieron los derechos de la naturaleza, no he dejado de pensar y cuestionarme sobre las implicaciones de esta innovación en el derecho en general y en los derechos humanos en particular. No tengo respuestas definitivas, solo preguntas, inquietudes e intuiciones. Lo que estoy seguro es que los derechos de la naturaleza ofrecen respuestas radicales para problemas profundos que está atravesando la humanidad, tanto con relación a los seres humanos (violencia, pobreza, exclusión) como a la relación entre los humanos, otras especies y la Tierra (crisis ecológica).

En este ensayo quisiera explorar la relación entre la naturaleza, el humano y el derecho, con cierto énfasis en los derechos humanos (en adelante DDHH). Comenzaré contando mi experiencia personal frente a los derechos de la naturaleza hasta llegar a lo que ahora podría denominarse *Neoconstitucionalismo andino*. En segundo lugar, para entender algunas afirmaciones, que sin contexto pueden aparecer como una locura, conviene comenzar afirmando algo que las ciencias naturales y la historia del universo está claro y comprobado: tenemos un origen común con las estrellas y con el resto de las especies que habitan en la Tierra. En la tercera parte hago un intento de explicar la separación radical del ser humano con la naturaleza. ¿De dónde viene esta creencia de que el ser humano no es animal y que la cultura está fatalmente separada de la naturaleza? Algunas explicaciones dentro de la lógica de lo que se conoce como “modernidad hegemónica”. En una cuarta parte hago una aproximación crítica al discurso de los derechos humanos. Sostengo que el discurso puede ser contraproducente y ser funcional a la separación del ser humano con la naturaleza, que favorece al actual sistema de explotación de la naturaleza. En un quinto acápite hago una breve descripción de la crisis ecológica, que nos permite reflexionar que es necesario cambiar de paradigma, de aquel que nos ha llevado a esta catástrofe. Finalmente, en una apretada síntesis¹, afirmo que el mejor antídoto para todas las crisis, desde el derecho, se llama derechos de la naturaleza, y me permito ejemplificar algunas de sus consecuencias para el derecho y para los DDHH.

1 Para una explicación detallada, véase Ramiro Avila Santamaría, *La utopía andina. Los derechos de la naturaleza y el buen vivir desde la literatura, el derecho y las ciencias sociales*. Madrid: Akal, 2018.

DEL NEGACIONISMO AL NEOCONSTITUCIONALISMO ANDINO

Todavía recuerdo la noche en que me enteré de que en Montecristi se estaba discutiendo sobre los derechos de la naturaleza. Mi cabeza fue a mi archivo mental. Al momento, venía de enseñar teoría de los derechos humanos y había tenido cierta experiencia en activismo en derechos humanos desde el año 1993. Con las teorías que tenía y con mis vivencias, recuerdo haberme detenido un rato y pensar. ¿Qué diría Nino, Jellinek, Kelsen, Alexy, Ferrajoli, Bobbio, Hohfeld, Peces Barba o Dworkin? ¿Qué pensarían mis profesores de la universidad de derecho constitucional y derechos humanos? ¿Las teorías del derecho, derecho subjetivo, derecho público subjetivo, derecho fundamental, derecho colectivo, derecho difuso, interés público, justificarían a la naturaleza como titular de derechos? ¿Y el fundamento? ¿Dónde encontrar la justificación? ¿En el positivismo, el iusnaturalismo, el realismo jurídico...? Y luego, de cuerpo entero, se presentaba – como diría algún importante jurista ecuatoriano – el sacrosanto Código Civil y el derecho de los bienes. Precisamente ahí estaba la respuesta: la naturaleza es un objeto que puede ser apropiable, usable, usufructuable y disponible. Enseguida, como la gran mayoría de juristas, dije que no había fundamento. Quizá dije algo más cercano a lo que solemos decir los juristas, del tipo “absurdo”, “ridículo”, “novelería”. Lo cierto es que la teoría que tenía al momento no me daba para entender lo que estaban discutiendo en la Asamblea Constituyente de Montecristi. Como en el derecho miramos mucho al pasado y rendimos culto a los autores canónicos, y yo no encontraba respaldo alguno para tremenda innovación, simplemente era un negacionista.

Tengo que confesar que leía y releía el texto, el famoso artículo 71 de la Constitución, que reconoció los derechos a la naturaleza, y no entendía lo que era “ciclos vitales”, “procesos evolutivos”, “patrimonio genético”, por qué prohibir los transgénicos. Luego meter la dichosa palabra *Pacha Mama* y el *sumak kawsay*, incluso en el preámbulo y luego en el texto, era como *too much*. Qué vuelta más sin sentido al pasado y al mundo indígena, me decía. Se supone que somos estado laico y ponemos a la Tierra como una deidad indígena.

Negacionista. Esa fue mi primera reacción. Simplemente, desde la teoría del derecho que yo había aprendido, practicado y difundido, no había posibilidad de aceptar que la naturaleza, algo tan abstracto, lejano e inabarcable, pueda ser titular de derechos.

Después entendería que yo estaba dentro de aquella dominante *epistemología de la ceguera*, como lo denominó Boaventura de Sousa Santos, que impide ver otros saberes y otras sensibilidades. Se aprobó la Constitución, y en ella probablemente una de las instituciones más importantes para el derecho contemporáneo: los derechos de la naturaleza. Me entró el interés por explorar un poquito más sobre qué mismo era y cuál era el alcance. Mi primera intuición fue explorar los derechos de los animales. Comencé con Peter Singer, *Animal Liberation. The Definitive Classic of the Animal Movement* (New York: Harper Perennial, 2009). La clave de ese libro, que sirve un mundo para entender parte de la complejidad de los derechos de la naturaleza, es que hay otros seres que sienten dolor y que existe una forma de discriminar a otros seres que, mereciendo igual respeto, se les trata como inferiores, que Singer llama *especismo*. En lo académico, escuchaba con atención y creciente curiosidad a Alberto Acosta y Esperanza Martínez, que comenzaron a publicar en Ecuador una colección de libros que los denominaron *Debates constituyentes* (Editorial Abya Yala). Había algo profundamente innovador en algunas instituciones de Montecristi que aún no merecen la atención de los juristas: la plurinacionalidad, la interculturalidad, la democracia comunitaria, la *Pachamama*, el *sumak kawsay*, los derechos de los pueblos en aislamiento, la soberanía alimentaria, la ciudadanía universal, los derechos de la ciudad, que en el 2011 me llevaron a postular la idea de que había un *neoconstitucionalismo transformador* (Quito: Abya Yala, 2011) y años más tarde un *neoconstitucionalismo andino* (Quito: Huaponi, 2016).

Ahora estoy consciente que Ecuador, por primera vez en la historia del país y del derecho occidental, pronunciaba con voz propia desde el Sur global, en lenguaje indígena, instituciones constitucionales. Siempre pusimos adjetivos a las instituciones que nos han implantado desde la modernidad hegemónica: estado, ciudadanía, democracia, nación, división de poderes, derechos

humanos... Nos impusieron sus sistemas de gobernanza e invisibilizamos todas las formas de organizarse y de mirar el mundo que tuvieron y tienen nuestros pueblos indígenas. Entiendo al neoconstitucionalismo andino, más allá de las estériles discusiones sobre el nombre de la teoría, como aquellas prácticas jurídicas de los pueblos indígenas y de los movimientos sociales que tienen como objetivo la transformación de nuestras sociedades que son harto excluyentes, inequitativas y depredadoras de la naturaleza. La mirada entonces se concentra en los pueblos indígenas y en el derecho crítico occidental. Estas perspectivas requieren una buena dosis de interdisciplinariedad y de interculturalidad, a la que no estamos habituados los juristas tradicionales.

Desde el año 2008, para entender de forma adecuada este nuevo paradigma que nos trajo la Constitución de Montecristi, no he parado de leer sobre temas relacionados con la naturaleza. Imposible fue no dirigir mi mirada a la física, a la química, a la biología y a la filosofía oriental. Libros que vienen de la física, como el escrito por Frank Wilczek (premio Nobel de física en el año 2004), *El mundo como obra de arte. En busca del diseño profundo de la naturaleza* (Barcelona: Crítica, 2016), o la esclarecedora obra de Fritjof Capra y Pier Luigi Luisi, *The Systems View of Life. A Unifying Vision* (Londres: Cambridge, 2014), fueron básicos para entender el famoso “ciclo vital” de la naturaleza.

Otra dimensión que emerge en este camino de investigación y exploración para comprender a cabalidad los derechos de la naturaleza fue el de la espiritualidad. Desde que dejé de practicar la religión católica y de creer en la iglesia, en toda iglesia, en la que entran por supuesto los evangélicos y todas las variedades judeocristianas, me alejé insensatamente de la vida espiritual. Ahí menciono algunos libros que me abrieron las puertas de mi percepción y que me mostraron otros caminos. Uno que ya voy por la tercera vez que leo: Frei Betto, *La obra del artista. Una visión holística del universo* (Madrid: Trotta, 1999), otro que conocí gracias a la lectura del libro de Cormac, Thomas Berry, *The Great Work. Our Way Into The Future* (New York: Three Rivers Press, 1999) y otro Lao Tse, *Tao Teh Ching* (España: Biblok Book, 2017). La idea central de esos libros es un llamado a la humildad, a la contemplación de

la maravilla que es la naturaleza, a la necesidad de cuidarla y a recuperar una relación más equilibrada. Somos parte de los ciclos vitales de la naturaleza, así como vivimos del agua, del aire, de los alimentos, nosotros con nuestra respiración, con nuestros desechos (los naturales por supuesto, como el sudor o la orina, no los plásticos), con nuestro cuerpo muerto también devolvemos lo que necesita la naturaleza.

En el plano espiritual, derivar al arte, poesía, literatura, música, era un paso, y darse cuenta de que, como dice Wilczek, “el mundo, en su estructura más profunda, encarna belleza. La idea de que hay simetría en los cimientos de la naturaleza ha llegado a dominar nuestra comprensión de la realidad física”, o como afirmaba Kepler “me siento transportado y poseído por una euforia inenarrable ante el espectáculo divino de la armonía celestial”. Esto que sienten los físicos, lo hacen cotidianamente los artistas. A diferencia de los juristas, o de los científicos racionalistas y positivistas, ellos y ellas nunca dejaron de estar estrechamente vinculados con la naturaleza, de apreciarla, de entenderla, de inspirarse. Entre los poetas más alucinantes para engancharnos con la naturaleza, cito a Walth Whitman y su *Hojas de hierba* (1855) y, otro genial, Ernesto Cardenal y sus *Versos del Pluriverso* (2005).

Pero hay un elemento más en esas búsquedas y encuentros con los derechos de la naturaleza, quizá el más importante para mí porque me abrieron los ojos sobre lo poderoso del reconocimiento de estos derechos: las luchas de los movimientos sociales por la naturaleza, en particular de los pueblos indígenas y de los ecologistas. Ahí, entre todas esas maravillosas y también dolorosas luchas de resistencias contra la explotación indiscriminada y violenta de la naturaleza, que hay muchas en la región y en el Ecuador, destaco dos: los Tagaeris y Taromenanis en territorio Waorani y los Yasunidos. Los primeros defienden con sus lanzas su territorio frente a nada más ni menos que empresas transnacionales petroleras, y los Yasunidos, que es un movimiento que intentó defender con votos el territorio de los pueblos Waoranis de la Amazonía ecuatoriana. Atrás de cada lucha, de cada paso que da un Tagaerí en su territorio, de cada persona joven que recogía firmas para hacer una consulta popular para que se pueda revertir la decisión de explotar

petróleo por parte del gobierno del señor Correa, estaba la protección de cada ser vivo en la Amazonía, y la convicción de que la explotación de petróleo provoca indescriptibles destrucciones, contaminaciones, violencias, que bien merecen la pena de ser calificadas como *ecocidio*.

La filosofía y las prácticas de los pueblos indígenas, sin duda alguna, y sin ánimo de idealizar, son una gran fuente de inspiración. Si uno lee las etnografías, los trabajos de antropólogos, lingüistas, misioneros, o, mejor aún, si uno escucha los discursos o tiene la maravillosa experiencia de compartir la vida de los pueblos indígenas, podrá apreciar otra forma de valorar a la naturaleza y también otra forma de relacionarse con la Tierra. Prácticas del tipo pedir permiso para subir una montaña, pedir perdón por matar un animal, agradecer por una cosecha, dejar de cultivar para que se regenere la Tierra, son comunes y cotidianas en varios pueblos indígenas. Ahí está la fuente fundamental para entender el contenido y alcance del *neconstitucionalismo andino*. Ahora sugiero, para comprender un poco mejor a la *Pachamama*, recordar quiénes somos y de dónde venimos.

EL ORIGEN COMÚN EN EL TIEMPO Y SUSTANCIA

Los seres humanos no podemos vivir sin la naturaleza. Gracias a la naturaleza podemos respirar, saciar nuestra sed, alimentar nuestro cuerpo, satisfacer todas nuestras necesidades que nos permiten existir. Agua, aire, tierra, fuego, elementos que alguna vez creímos que eran la esencia del universo, son indispensables para toda vida.

Somos polvo de estrellas, como dice la canción de Jorge Drexler (2004), y tenemos un origen común con todo el universo. Nuestra historia comienza hace unos 14 billones de años.² En un proceso complejo de atracción-repulsión, se formaron galaxias y estrellas. Una de ellas, el sol y la vía láctea hace unos 4.6 billones de años. Las primeras células, nuestras bisabuelas, emergieron hace 4

2 Todos los datos que siguen a continuación provienen del libro escrito por Brian Thomas Swimme y Mary Evelyn Tucker, *Journey of the Universe* (New Haven: Yale University Press, 2011).

billones de años. La primera reproducción sexual se produjo hace 1 billón de años. Las plantas y los animales, comenzando por algas, peces, salamandras, insectos, hace 500 millones de años, poblaron nuestra Tierra. Siguiéron aves, mamíferos, dinosaurios, hace 200 millones de años. Los primeros homínidos, los chimpancés, surgen hace 5 millones de años. Los primeros cazadores, los *homos erectus*, aparecen a los 1.5 millones de años. Hace 200.000 años los humanos, *homo sapiens*, construyen sus primeras herramientas, hacen ritos de entierro, habitan en África. Provenimos de las estrellas y todo ser vivo es nuestro pariente.

Durante todos estos millones de años, los humanos hemos sido parte del gran universo y seguimos el ritmo de la evolución. Los humanos somos una especie que vive de forma tan animal como cualquier otra especie.

Hace aproximadamente 10.000 años antes de Cristo, el humano comenzó a hacer notar su presencia en la Tierra, cuando domesticó algunos animales y practicó la agricultura. Algunos de los seres humanos se convirtieron en sedentarios y crearon las primeras ciudades, hace 8.000 años. Además, por estos mismos años, emigra y habita en todos los lugares de la Tierra.

De ahí en adelante, la huella humana ha sido notable. Se crearon grandes civilizaciones, como la Egipcia, la Inca, la Maya, la China, la Griega, la Romana, la Persa, la Hindú. El respeto y la admiración por la naturaleza persiste y se refleja en nuestros ritos religiosos y por nuestras deidades, salvando quizá la judeocristiana que se atrevió a imaginar que el ser humano, y solo el humano, es la encarnación de dios y es el ser central en el universo.

En la modernidad, rompiendo una tradición cultural, por el pensamiento hegemónico occidental, el ser humano decide romper con la naturaleza.

LA SEPARACIÓN Y LA SUPREMACÍA HUMANA

El drama de nuestra relación con la naturaleza está relacionado con la “modernidad”. La modernidad comienza con un hecho violento: la conquista de América, y se caracteriza por tres pilares básicos: el racionalismo,

la colonialidad y el capitalismo. Con estos tres ingredientes, se fractura nuestra relación con la naturaleza y olvidamos – al menos en el mundo occidental hegemónico- toda una tradición de vínculos con ella.

El racionalismo científico

El racionalismo surge a partir del siglo XVI y da comienzo a lo que se conoce como “revolución científica.” Algunos hitos en este momento histórico. Uno de las más importantes es la formulación de la teoría heliocéntrica, formulada por Copérnico en el año 1543: la Tierra no es el centro del universo y gira alrededor del sol. Este hecho, junto con la invención de la imprenta y el cisma de la iglesia producida por el protestantismo, cambiará la mirada de lo teológico a lo científico. Los científicos, en la búsqueda de la verdad, reemplazarán a los sacerdotes. La universidad será la principal fuente de conocimiento en desmedro del convento y de la iglesia.

Por otro lado, Descartes, que escribe *El discurso del método*, establecerá reglas para el conocimiento y las bases del método científico. Todo lo que no tenga un método, no será racional ni confiable. Además, Descartes separará el alma del cuerpo, el animal del humano (“que las bestias tengan menos razón que los hombres, sino que no tienen ninguna”, Descartes: 94), la naturaleza es como una máquina (“la naturaleza vemos como un reloj, compuesto por ruedas y de resortes”, Descartes: 95). De acá en adelante, tanto la filosofía como la ciencia, acentuarán estas diferencias.

El resultado es que el ser humano, sujeto que conoce, considerará a la naturaleza como una entidad ajena y diferente, objeto a conocer. El ser humano no es animal, el ser humano no es naturaleza, el ser humano es superior por racional.

El mayor desarrollo del racionalismo tiene que ver con la invención de la máquina y con su intensiva utilización en la revolución industrial. Con la máquina, la consideración del espacio y del tiempo, que estaban estrechamente vinculadas a la naturaleza, va desapareciendo. Antes de la existencia del reloj, por ejemplo, el tiempo se apreciaba en función del amanecer, el atardecer, las

lunas llenas, las mareas altas o bajas. Antes de la existencia de la locomotora, el automóvil o el avión, el paisaje se sudaba, las distancias largas implicaban estar sobre un animal, sentir su cansancio, su respiración, su hambre. Con los medios de transporte, el contexto natural es apenas un paisaje. Podemos estar a 10.000 metros de altura y no sentir el intenso frío del exterior; podemos estar en medio de una tormenta dentro de un auto y no estar mojados. Ahora con la tecnología digital, la separación es mucho mayor. Tenemos un tiempo y un espacio virtual. Podemos estar en medio de un bosque y al mismo tiempo estar en una aplicación que te conecta con la moda o con juegos colectivos de guerra. Estamos frente a personas de carne y hueso y solo nos importa tener “likes” y creer que somos populares con seres que son un efímero “me gusta”.

La colonialidad

La colonialidad es un fenómeno que comienza a partir de la conquista a América. Se caracteriza por el ejercicio del poder a través de la clasificación y la creación de la categoría “indio”, que diferencia al europeo –ser civilizado-, del americano, africano, asiático –ser primitivo. Aníbal Quijano creó esta categoría y consideró que existían tres manifestaciones: la colonialidad del ser, saber y poder (QUIJANO, 2011).

La colonialidad del ser tiene que ver con la identidad, y con la aceptación de valores y percepciones que vienen del norte global; la colonialidad del saber que tiene que ver con la sobrevaloración de una forma de conocer (racionalismo científico) y la invisibilización o negación de otras formas de conocimiento, relacionadas con lo espiritual, con lo “mítico”, y con otras manifestaciones de la experiencia humana; la del poder, que está asociada a la capacidad de clasificar y rotular: pobre-rico, anormal-anormal, culpable-inocente, desarrollado-subdesarrollado, humano-animal.

Por la colonialidad, existimos humanos superiores e inferiores, el mundo de la cultura y el mundo de la naturaleza, las ciencias humanas y las ciencias naturales. Por la colonialidad, se reforzó la idea de que el ser humano no es animal ni naturaleza.

El capitalismo

El capitalismo, entendido como una forma de organización económica y social que gira alrededor de la acumulación y reproducción del capital, da valor de cambio a la mayor cantidad de actividades humanas. Algo que tiene un valor cultural o satisface una necesidad, como una vasija o como el agua, con el capitalismo tiene precio. El capitalismo nace con la conquista y se desarrolla en toda la modernidad. Para el capitalismo, la naturaleza es un recurso natural, que tiene que ser explotado para el consumo humano. La naturaleza es como un gran reservorio de bienes que tienen que ser extraídos, transformados, comercializados, acumulados.

Mucho se ha escrito con relación al capitalismo y no pretendo discutir ni resumir su funcionamiento, sus críticas y sus supuestas “virtudes.” Quisiera llamar la atención sobre lo que David Harvey (2014), uno de los académicos más conocedores de las teorías marxistas y sobre el capitalismo, denomina “contradicciones” del capitalismo, que tienen relación directa con la naturaleza. Según Harvey hay tres tipos de contradicciones. Las primeras las llama fundamentales, que son aquellas sin las cuales el capital no podría existir ni funcionar. Abolir una de ellas afectaría seriamente a las otras al punto de la extinción del capital. Estas contradicciones son las que generan las crisis del capitalismo. Las segundas, las denomina las cambiantes, que “son inestables y se mantienen en cambio evolutivo permanente” (HARVEY, 2014, p. 98). Captar esos momentos de cambio son oportunidades para la transformación, pero no son iguales en todo tiempo y lugar. Finalmente, las que nos interesan por el momento, que Harvey las denomina peligrosas, porque afectan de modo grave tanto al capital como a la humanidad, y provocan daños tales como la degradación del planeta, el empobrecimiento de millones de personas, el aumento de las desigualdades, la deshumanización de la mayoría, el control y represión policial y militar, la conformación de democracias totalitarias.

La primera de las peligrosas tiene que ver con el crecimiento exponencial y acumulativo sin fin, que se contradice con el crecimiento del capital productivo y de la población: el capital depreda. Los grupos de interés

privado y empresarial se benefician de la acumulación de capital y de las deudas. Si se eliminasen las deudas, entraría en crisis el aumento del capital. El capital crece sin límite y sin necesidad de estar vinculado con la producción. Si, por ejemplo, se tiene 100 dólares que ganan un interés del 5% anual, en un año será 105, en 100 años producirá 13.150 y no dejaría de crecer si se prolonga al tiempo. “No hay barreras al crecimiento ilimitado” (p. 237). El capital está en manos de estos rentistas más que en los capitalistas productivos e industriales. Ni la población ni la producción pueden crecer infinitamente. Los seres humanos y la naturaleza tienen límites y pueden incluso dejar de crecer. Si decrecen, el capital entra en crisis.

La segunda de las peligrosas consiste en que el capital necesita la naturaleza para subsistir y la explota hasta el límite de sus posibilidades: el capitalismo viola sistemáticamente los derechos de la naturaleza y ha provocado el cambio climático. La tercera peligrosa es la que Harvey anuncia el camino a un mundo distópico. Estas dos las vamos a exponer en el cuarto acápite, que nos obliga a replantear a los DESC.

El derecho de la modernidad hegemónica

El derecho es una de las manifestaciones de la modernidad hegemónica y comparte sus características. El derecho es racional. De hecho, el derecho estatal, en su teoría y sus fundamentos, comparte la lógica del positivismo científico: separa (la moral del derecho, las ciencias naturales de la ciencia jurídica), considera al ser humano como sujeto exclusivo y a la naturaleza como objeto, lo más exquisito de la teoría jurídica es la analítica, profundamente racional. El derecho hegemónico también comparte las características de la colonialidad. Hay un derecho superior, que es el que se aplica con rigurosidad, de forma global y tiene mecanismos efectivos de cumplimiento, el relacionado con la *lex mercatoria*, y otro marginal, que no tiene la atención primordial de los estados y de las empresas, el derecho de los pobres y que cuestan hacerlos efectivos, y son los derechos de los oprimidos, los derechos de los humanos que solo tienen titularidad de derechos, de la

naturaleza, de los pobres, de los informales. Finalmente, el capitalismo marca el objeto primordial de regulación del derecho, que se refleja en el derecho civil y en la propiedad. El capitalismo requiere de un derecho que proteja, promueva y garantice la expansión del capital. El derecho privado se ha ido apropiando poco a poco en la modernidad de la naturaleza y de lo que conoce como “los comunes”. El derecho protege la propiedad sobre la tierra, el agua, los bosques, los bienes naturales, y garantiza su transformación (industrialización) y su comercialización.

Con estos elementos podemos apreciar críticamente cómo los derechos humanos en general, y los DESC en particular se han desenvuelto en la modernidad.

LOS ESPEJISMOS DE LOS DERECHOS HUMANOS

Norberto Bobbio (1997) consideraba que, en la modernidad, que tantas guerras y dolores ha producido, uno de los pocos “progresos” éticos se puede considerar a los derechos humanos. Discurso utópico por excelencia, los derechos humanos han permitido limitar al poder del estado y también vincularlo hacia lo que en occidente se llama dignidad. Sin embargo, hay que notar dos hechos importantes. El uno tiene que ver con los altos índices de violación en todos los ámbitos de los derechos y el otro con el uso instrumental del derecho. Vamos con este segundo apunte.

El discurso de los derechos humanos ha sido instrumentalizado por quienes ejercen poder con el objetivo de controlar, violar derechos y de reconocer derechos al estado (SANTOS, 2014, p. 28). Por otro lado, se ha privilegiado la protección y promoción de ciertos derechos, como los derechos civiles individuales, para promover el modelo de desarrollo y progreso, que fortalece el sistema capitalista y que Noguera los ha llamado derecho *para y de* la burguesía (2012, p. 17). El discurso de los derechos humanos puede tener dos objetivos opuestos. Por un lado, algunos derechos humanos podrían legitimar ideologías del individualismo propietario, fomentar el consumo, reproducir el desorden capitalista, como el derecho a la propiedad privada, al libre desarrollo

de la personalidad, la libertad de empresa. El ejercicio de estos derechos no es universal y es más bien excluyente y lo gozan una minoría (FERRAJOLI, 2001, p. 29). Por eso, Santos afirma que “la gran mayoría de la población mundial no es sujeto de derechos humanos, sino el objeto de discursos de derechos humanos” (2014, p. 23). Si uno compara, y esto se ha escrito en abundancia en América Latina, las dificultades para exigir el derecho a la salud con los derechos de los propietarios, más si son inversionistas extranjeros o tenedores de deuda externa, se podrá apreciar que la afirmación no es lejana de la realidad.

Se requiere un pensamiento crítico que cuestione los discursos, que Santos denomina “la hermenéutica de la sospecha” (2014, p. 24). Aplicando ésta, Santos mira cinco espejismos:

1. La opresión se mira como liberación, como el encierro de los ciegos en la novela de Saramago (*Ensayo de la ceguera*) para “protegerlos”, o, saliéndonos de la metáfora como cuando Bush invade Irak con el objeto de librar a ese país de una dictadura e imponer elecciones “libres” (KLEIN, 2007, p. 415), o cuando se considera satisfacción del derecho a la salud por la mera existencia de hospitales o escuelas.
2. Otros discursos utópicos de emancipación y liberación, como el *sumak kawsay* y la *Pachamama* son consideradas como inferiores a la lucha por la dignidad. En estos discursos la salud, la seguridad, la educación podría tener otra comprensión y otros contenidos.
3. Se reduce el discurso a lo jurídico y pueden descontextualizar las luchas de los movimientos sociales. Por ejemplo, un movimiento de pueblos indígenas que reclama que la selva es su hogar, podría no tener eco en la lógica y los estándares del derecho a la vivienda, y sus formas de vida se restringirían a la disponibilidad, accesibilidad, adaptabilidad y más.
4. El discurso de derechos puede negar contradicciones, como las diferencias entre hombres y mujeres, el norte y el sur, pueblos indígenas y empresas extractivas, indígenas capitalistas y mestizos ambientalistas.
5. En el discurso hegemónico, se puede considerar que los derechos humanos son opuestos y en inevitable tensión con el estado. El estado puede

ser un aliado fundamental en la lucha por los derechos o puede ser un instrumento del mercado y de las corporaciones.

En suma, en los derechos humanos, como en otros componentes de la modernidad, “el norte global reduce el mundo a la comprensión que Occidente tiene de él, ignorando o trivializando las experiencias culturales y políticas definitorias de los países del Sur global” (SANTOS, 2014, p. 34). Por otro lado, la visión hegemónica al resaltar lo universal, lo humano, lo individual, el secularismo, los derechos, la razón de estado, ha impedido considerar lo particular y local, la naturaleza, lo colectivo, las espiritualidades, los deberes, la razón popular (SANTOS, 2014, p. 37-55).

A la visión hegemónica, controladora, conservadora de los derechos humanos, Zizek (2005) la denominaría “acolchado ideológico” que da un significado opuesto al emancipador o liberador que una comprensión de los derechos humanos ofrece (p. 143). Esta forma de comprensión de los derechos humanos tiende a la regulación, al orden y a la sumisión (SANTOS, 2003, p. 52).

Uno de los críticos más agudos del discurso hegemónico de los derechos humanos es Giorgio Agamben (2003). Según este autor, la noción de soberanía popular y del estado garante de derechos no es otra cosa que un abandono al poder (p. 80). En el estado que dice proteger los derechos, las muertes son impunes (p. 96), las libertades se restringen (p. 110), se anula al individuo por el ciudadano responsable (p. 152). El estado hace uso del estado de excepción (p. 188), utiliza la biopolítica³ para controlar los cuerpos y administra a los grupos humanos como un campo de concentración, que “es el espacio de esa absoluta imposibilidad de decidir entre hecho y derecho, entre norma y aplicación, entre excepción y regla” (p. 221). El sistema capitalista nos hace vivir “en un permanente estado de excepción mercantil. La competencia ha superado cualquier limitación y los conflictos comerciales se dirimen a

3 “Mecanismo con que se entiende la política en la (post) modernidad, aquel por el que la vida se convierte en el asunto y trasunto fundamental de la política en cualquiera de los niveles en que ésta se despliegue y ejerza” (Martínez de Bringas, 2004, p. 111).

tiros” (RENDUELES, 2015, p. 27). Además, en la misma línea, sostiene que los sistemas políticos y económicos (estado nación y capitalismo) requirieron de dos técnicas para lograr tener cuerpos dóciles que se adapten a un sistema opresivo: técnicas políticas y culturales (2003, 14). Entre las políticas están el discurso de derechos humanos, por el que una persona se convierte en “sujeto” (sometido y no titular de derechos) al poder estatal. Entre las tecnologías culturales, llamadas tecnologías del yo, por las que se realiza el proceso de subjetivación, están “el núcleo más precioso de la biopolítica del totalitarismo moderno, por una parte, y la sociedad de consumo y del hedonismo de masas, por otra” (AGAMBEN, 2003, p. 21). Tanto el hospital como la ciudad en la novela de Saramago cumplen al pie de la letra lo afirmado por Agamben: para proteger los derechos de las personas ciegas, que supuestamente habían contraído una enfermedad contagiosa en el *Ensayo de la ceguera*, se las encierra; éstas son sujetos de derechos, pero están, como tal, atrapadas en un sistema de control que degrada.

El discurso, las normas y las prácticas de derechos humanos también pueden ser contrahegemónicas y procurar un mundo mejor. En primer lugar, debemos tener conciencia de que el discurso hegemónico es un localismo globalizado, que hace considerar como universal y con influencia mundial algo que es creación y responde a circunstancias locales (SANTOS, 2014, p. 38). En el discurso contrahegemónico es más importante la autodeterminación de los pueblos que el desarrollo neoliberal (SANTOS, 2014, p. 80), y la expansión de libertades que el control y la represión en nombre de los derechos humanos. Esta comprensión de los derechos humanos tiene como objetivo la emancipación y liberación (SANTOS, 2003, p. 52). En este sentido, los derechos humanos siguen teniendo el potencial de ser ideas dinámicas que abren la puerta a otras posibilidades y a la transformación de la realidad (GOODALE, 2009, p. 126).

Un ejemplo sobre el discurso hegemónico y controlador y liberador en los derechos humanos nos ofrece Asier Martínez de Bringas (2005). El derecho a la cultura desde el primer paradigma puede ser entendido y reducido “a meros derechos de propiedad intelectual, expropiando el valor de las culturas y proporcionando las bases para una nueva división del trabajo”

(p. 22); o puede ser entendido, desde una teoría crítica y liberadora de los derechos humanos, en una dimensión holística e indivisible, como un derecho que desde los movimientos sociales enfrenta y deconstruye, reconfigura la política y las posibilidades, y se materializa en la vida de los pueblos, el territorio, la autodeterminación y que se abre “a un provocante pluralismo jurídico transliberal” (MARTÍNEZ DE BRINGAS, 2003, p. 74; 2004, p. 153).

Ahora bien, ¿qué se puede decir desde los derechos humanos sobre el racionalismo científico, la colonialidad y el capitalismo? Cada uno de estos elementos de la modernidad hegemónica pueden ser traducidos al lenguaje del constitucionalismo y de los derechos humanos. Así, el racionalismo científico está asociado con el derecho a la educación; la colonialidad con los derechos políticos, la identidad y la cultura; y el capitalismo con los derechos sociales y económicos.

Desde el análisis que se ha hecho, si se considera la perspectiva de los derechos humanos como discurso ideológico negativo y constitutivo, es decir desde la perspectiva de quienes ejercen poder, los derechos humanos pueden promover y hasta consolidar los ejes de la modernidad. Cuando se habla en términos genéricos del derecho a la educación, el contenido y las metodologías podrían fácilmente contener la forma de realizar estudios científicos positivistas. Es más, un profesor que realiza investigaciones encaminadas a expandir el abanico de productos farmacéuticos o productos de belleza goza de protección en cuanto a su ejercicio al derecho a la libertad de investigación, al trabajo, al desarrollo de su personalidad, a la libertad de cátedra y más.

En cuanto a la colonialidad del poder, cualquier persona de la élite económica tiene derecho a emprender su carrera política, con un proyecto neoliberal, capitalista, conservador, y aspirar legítimamente a ejercer altos cargos públicos. Esta persona es titular de varios derechos que protegerían su proyecto de vida: a la libertad de conciencia, a votar, a ejercer funciones públicas, a asociarse, a la libertad de expresión, a difundir sus ideas libremente y por cualquier medio. Por otro lado, una persona que decide acumular y consumir, ejerce su derecho al libre desarrollo de la personalidad y las más variadas libertades. Jurídicamente, se puede decidir, experimentar y

consolidar lo que hemos llamado la colonialidad del ser. Finalmente, una persona, como muchas que existen, escogen carreras que fortalecen el sistema mundo de la modernidad hegemónica para acumular bienes, como ingenierías de administración de empresas, marketing, antropología funcional a la explotación de “recursos naturales”, sociología que Bauman (2015, p. 223) llama ortodoxa y que está “preocupada por la obediencia y la adaptación de la condición humana” y más opciones de vida, en el fondo, dentro de lo que se ha analizado, estarían apoyando la colonialidad del saber.

En relación al capitalismo, los derechos humanos no prohíben ni impiden una organización social basada en el capitalismo, el socialismo, liberalismo o social democracia. De alguna manera los derechos limitan ciertas actividades, como la explotación laboral, la servidumbre o el daño ambiental. Sin embargo, el capitalismo se sustenta en dos derechos humanos que le dan vitalidad y garantizan su expansión: el derecho a la propiedad privada y el derecho a la libre empresa o libertad de mercado. En pocas palabras, en síntesis, los derechos humanos no solo que conviven con los valores y los ejes de la modernidad hegemónica, sino que lo fortalecen.

Desde una lectura crítica y liberadora, como sugiere Santos, los derechos humanos podrían tener otra comprensión y otra aplicación. El racionalismo científico si bien no se puede prohibir, no puede ser la única forma de aprendizaje. Los derechos humanos podrían evitar una entrada monocultural. No permitir otras formas de entender el mundo podría ser discriminatorio. La colonialidad del poder, ser, saber si bien son formas de ejercicio de derechos de unos, éstos no podrían en ese ejercicio imponer o violar otros derechos. Por ejemplo, si se lograra demostrar que en un proceso democrático sólo pueden acceder a cargos de representación personas y colectivos que tienen fuertes respaldos económicos y esta práctica impide que otras personas y colectivos, con igual derecho, pero sin medios económicos, puedan optar por los mismos cargos de representación, estaríamos hablando de un sistema cuestionable y excluyente. En la colonialidad del ser, si bien existen identidades hegemónicas, éstas no pueden ser únicas. La diversidad es parte de los derechos humanos. Lo mismo se puede predicar de la colonialidad

del saber. Los derechos humanos protegen a quienes optan por el racionalismo científico, pero no pueden prohibir la existencia y la emergencia de otros saberes, sentires y prácticas epistémicas. Finalmente, el capitalismo, como se ha explicado, es un sistema que puede ser cuestionado desde la perspectiva de quienes están en situación de opresión o sumisión.

La pobreza y la exclusión de amplios sectores de la población pueden ser consideradas como una violación sistemática y generalizada de los derechos sociales. La Relatora de Naciones Unidas sobre pobreza extrema considera que la pobreza “se caracteriza por la privación continua o crónica de derechos civiles, culturales, económicos, políticos y sociales” (SEPÚLVEDA, 2012, p. 4). Es más, la riqueza de algunos que está íntimamente ligada con la pobreza de otros se podría considerar un crimen (RODRÍGUEZ, 2005, p. 267)⁴. En consecuencia, el capitalismo desde la óptica crítica del constitucionalismo y de los derechos humanos tendría que tener serias restricciones. Por consiguiente, los derechos humanos no pueden prohibir absolutamente los derechos que podrían sustentar la racionalidad científica, la colonialidad y el capitalismo, pero podrían limitarlos cuando producen violaciones a los derechos.

Los derechos humanos –siempre que se tenga la perspectiva crítica y liberadora- establecidos en las constituciones son proyectos utópicos que cambian vidas y comunidades, que ayudan a resistir formas de opresión, que permiten imaginar otros mundos en los que la gente tiene dignidad. La profesora Rodríguez Palop (2010) sostiene y demuestra que existe una cuarta generación de derechos, relacionados con el medio ambiente, el desarrollo y la paz (p. 40), que se sustentan en las necesidades humanas y en la solidaridad (p. 463), y que comprenden un proyecto integral, alternativo y revolucionario

4 Rodríguez Palop señala algunos datos escandalosos para sostener esta afirmación: con tres dólares podría suministrarse agua a una familia hindú, con cinco centavos se podría evitar que quede ciego uno de los cien mil niños que cada año enceguecen, con tres dólares se podría vacunar a un niño de los diecisiete millones de niños que mueren al año, con una tonelada de fertilizante se podría utilizar para alimentar a las miles de personas que mueren de hambre cada año; mientras en Estados Unidos se gastan ochocientos millones de dólares cada año en goma de mascar, en Australia se gasta cien millones de dólares en un nuevo modelo de automóvil, en EEUU se invierte en cosméticos lo que podría costear la sanidad de mil seiscientos millones de personas y se emplean tres millones de toneladas de fertilizantes en jardines (2005, p. 267).

(p. 316), lo que demuestra ese lado creativo y renovador del discurso de los derechos humanos y que, además, lo tendremos por un buen tiempo en las presentes luchas sociales, políticas y ambientales. En este sentido, los derechos humanos constituyen un horizonte, merecen intensa dedicación, esfuerzo y ser asumidos hasta sus últimas consecuencias (MARTÍNEZ DE BRINGAS, 2004, p. 177).

Sin embargo, la utopía de los derechos humanos es una más en la historia de la humanidad, la más aceptable y movilizadora para unos, pero al mismo tiempo podría ser también conservadora y un dispositivo ideológico. Aínsa afirma que las utopías modernas riman con la razón de estado-nación, han producidos monstruos, no han remediado los problemas que intentaron solucionar y han agravado los problemas. El constitucionalismo contemporáneo y los derechos no plantean necesariamente una alternativa a la modernidad hegemónica y, de hecho, como sucede actualmente, no ha limitado efectivamente un sistema que genera dolor, exclusión y marginación. Es decir, desde la perspectiva dominante, en los derechos humanos existe una crisis de la función utópica transformadora (AÍNSA, 1996, p. 13). Si bien los derechos humanos nacieron como la última utopía, cualquier día puede aparecer otra (MOYN, 2010, p. 10). Esa otra utopía emergente podría ser la andina, cuya existencia se justifica por las razones que analizamos enseguida a la luz de los derechos de la naturaleza.

Pero a pesar de todas las críticas y potencialidades de los derechos humanos, actualmente estamos ante una crisis sin precedentes en la historia de la humanidad y del planeta Tierra, que la podemos llamar “crisis ecológica”. Esta situación nos tiene que plantear nuevos y complejos retos para la comprensión del ser humano en la Tierra y de su derecho que ha sido particularmente pernicioso.

EL SER HUMANO Y LA NATURALEZA: LA CRISIS ECOLÓGICA

La tensa relación entre naturaleza y ser humano tiene un largo camino en la historia. Desde que existe el capitalismo, se han podido sortear muchas dificultades, como la industrialización para resolver el problema de la alimentación que a Malthus le parecía fatal, o hacer productivas a tierras desérticas. La naturaleza, desde el punto de vista del capital, está internalizada en la circulación y la acumulación. La naturaleza es un bien apropiable y rentable. Sin duda, por eso mismo, el capital contribuye a su reproducción: siembra bosques, limpia el agua para el cultivo de peces y la purifica para embotellarla, abona la tierra. Pero al capital le interesa su reproducción y acumulación y no el ser humano y sus necesidades, y menos la naturaleza y sus ciclos biológicos.

El capital es, pues, también “ecológico”. El problema es que, en el uso y abuso de la naturaleza, los efectos de la intervención humana son impredecibles, y lo estamos viendo con uno de los inventos más importantes que fue el uso de la energía fósil, las emisiones de CO² y el problema del calentamiento global. Requerimos, como especie, bajar de cuatro grados Celsius de temperatura a dos grados, que es, mirando las últimas cumbres sobre cambio climático, un sueño utópico y los esfuerzos hechos por los estados son aún tímidos (RODRÍGUEZ, 2005, p. 261). Somos testigos ya de olas de calor, desertificación, pueblos que han sufrido daños con inundaciones y que están en riesgo de desaparecer, una disminución en los alimentos, pérdida de ecosistemas y de diversidad y una amenaza seria a la sobrevivencia de la humanidad en la Tierra (KLEIN, 2014, p. 13). Por ello, Klein sostiene que el capitalismo está en guerra con la Tierra y con la humanidad, y que hasta el momento está ganando el primero (p. 21) y Laval y Dardot (2015) consideran el capitalismo neoliberal se ha convertido en enemigo de la naturaleza y el calentamiento global es “el problema más importante y más urgente jamás planteado a la humanidad” (p. 17).

Pero aún estos problemas derivados de la acumulación del capital generan la posibilidad de actividades empresariales. La conservación de

bosques para limpiar el CO² y el mercado de carbono, tienen precio, se compran y se venden. El capitalismo saca provecho de las catástrofes naturales y de las humanas, como hemos visto anteriormente. La naturaleza es considerada una mera mercancía, un “recurso natural”, es, según Harvey, como una “enorme gasolinera”, que da a cambio de dinero y cada vez que se requiera. La forma de solucionar los problemas que han generado el cambio climático es paradójicamente para el capitalismo contaminar más (KLEIN, 2014, p. 256). El ecologismo si es efectivo, tiene que ser anticapitalista. El capital siempre pone en peligro a la naturaleza y también al ser humano, no le interesa ni registra las externalidades negativas ni tampoco el impacto a las generaciones futuras (WRIGHT, 2010, p. 69). En la forma de intervención del capital, la degradación de la naturaleza es como un cáncer: genera desastres, no puede gestionar con éxito la naturaleza por la primacía del interés económico, las especies se extinguen, la biodiversidad disminuye, se generan hambrunas por el aumento de precios, se multiplicación las desigualdades y se valora de forma arbitraria los elementos de la naturaleza; por ejemplo, unas hojas cuestan mucho como la de cocaína, otras valen muy poco, como la menta. “La relación del capital con la naturaleza y con la naturaleza humana es extremadamente alienante” (HARVEY, 2014, p. 255).

El sistema capitalista genera un mundo distópico, indeseable, que se mantiene gracias a la alienación universal, sostiene Harvey. La alienación tiene varios sentidos: enajenar la propiedad a otra persona que no es la dueña (legal); transferir lealtad a otra persona o institución (social); quedarse aislado y separado (psicológico pasivo); mostrar cólera y hostilidad frente a una presión (psicológico activo); invertir la realidad para engañar (función ideológica negativa). Todas estas formas de alienación existen en el capitalismo. Se deben identificar, afrontar y superar las alienaciones producidas por el capital. A pesar de tener conciencia y experimentar los efectos del capitalismo, de afectar a la mayoría de la población, el capital subsiste y se reproduce. Las alternativas no son claras y no se sabe con qué reemplazar al capital. Las redes de solidaridad están cruzadas por las búsquedas de ventajas personales y también por el lucro. Los movimientos sociales están fragmentados y no logran dibujar una alternativa.

La realidad actual, según Oxfam (2016), demuestra que el sistema capitalista, a pesar de ser el sistema dominante, de haber practicado los cambios que los doctrinarios sugieren, simplemente sigue produciendo la misma inequidad que hace quinientos años porque el sistema vive de las contradicciones denunciadas por Harvey:

“La desigualdad extrema en el mundo está alcanzando cotas insoportables. Actualmente, el 1% más rico de la población mundial posee más riqueza que el 99% restante de las personas del planeta. El poder y los privilegios se están utilizando para manipular el sistema económico y así ampliar la brecha, dejando sin esperanza a cientos de millones de personas pobres. El sistema actual no es fruto de la casualidad, sino el resultado de decisiones políticas deliberadas, de que nuestros líderes presten oídos a ese 1% y a quienes les apoyan, en lugar de actuar en defensa de los intereses de la mayoría y de las necesidades de los más pobres. Ha llegado la hora de rechazar este modelo económico que solo funciona para una minoría” (Oxfam, 2016).

A la inequidad y a la producción sistemática de la pobreza hay que sumar la devastación ecológica, que también son el resultado de decisiones políticas y económicas deliberadas, el calentamiento global, el modelo agroindustrial basado en monocultivos y deforestación, el biocidio: extinción de 70% de las especies conocidas, semejante a la ocurrida hace 65 millones de años (GIRALDO, 2014, p. 63). 1/3 de la tierra ha sido afectada por el ser humano. Hemos alterado la composición de la atmósfera, hemos contaminado más de la mitad del agua que existe, hemos producido más nitrógeno que todos los ecosistemas juntos (KOLBERT, 2015, p. 108). Los daños son irreversibles y el modelo de crecimiento que plantea el capitalismo no los soluciona, porque el crecimiento es exponencial, porque las formas de “resolver” el problema agravan la situación y porque las soluciones tecnológicas no dan como resultado una sociedad sustentable (RODRÍGUEZ, 2013, p. 46).

En el libro *The Sixth Extinction. An Unnatural History*, Elizabeth Kolbert (2015) recuerda que en la historia del planeta han existido, en promedio cada 100 millones de años, cinco extinciones. Unas porque se derritieron los glaciares, otra por el impacto de un asteroide, otras por erupciones volcánicas. Es la primera vez en la historia del planeta que pasamos de una era geológica a una antropoceno, que es el evento catastrófico más notable en la historia de nuestro planeta (124). El ser humano, en su corta vida, por primera vez también no solo es testigo de una extinción, sino que es el propio autor. Desde la revolución industrial, siglo XIX, hemos quemado 365 billones de toneladas métricas de carbono y hemos enviado a la atmósfera; a esto hay que sumar 180 billones de toneladas de carbono por la deforestación (113). Los cambios son tan rápidos que las especies no pueden resistir ni adaptarse. La extinción de especies es por miles y si uno afina el ojo puede incluso darse cuenta de ello en el patio de la casa (18), los glaciares se derriten, las islas desaparecen, las ciudades se inundan, el océano se acidifica. Kolbert (2015) documentó la abundancia de algunos animales hace doscientos años y su extinción actualmente. Nuestra huella geológica como especie durará en absorberse millones de años (p. 110). Entre esas historias de vida documentadas están los pingüinos, las tortugas de galápagos, los insectos (han desaparecido dos millones de especies y 5000 se pierden cada año, 186), algunas especies de rinocerontes, osos y tigres que solo habitan en zoológicos (p. 223). Nuestro mundo es como un zoológico empobrecido, simple, extinto por las masacres de especies que hemos realizado (p. 231). Si el ser humano no hubiese aparecido, posiblemente todos esos animales seguirían existiendo (p. 258). Pero lo peor de todo es que el ser humano no solo es el protagonista de esta sexta extinción, sino también su propia víctima.

Es en este contexto es en el que debemos reflexionar el derecho y los derechos sociales. ¿Cómo atender estas nuevas crisis y necesidades no solo de los humanos sino de otras especies en el planeta? ¿Afectan estas perspectivas a la forma de entender los DDHH?

LOS DERECHOS SOCIALES Y LOS DERECHOS DE LA NATURALEZA

El antídoto para los males de la modernidad hegemónica -el racionalismo que oculta otras formas de conocimiento y relación con la naturaleza; la colonialidad que separa y jerarquiza a la cultura sobre la naturaleza; el capitalismo que trata como objeto de apropiación y explotación a la naturaleza- se llama “derechos de la naturaleza.”

Los derechos de la naturaleza requieren otra modernidad, que Dussel (2000) la llama “transmodernidad” o Bolívar Echeverría (2011) “modernidad barroca”, la decolonialidad y un sistema no capitalista, que en el mundo andino la hemos llamado *sumak kawsay*. En esa modernidad, caben otros conocimientos y sensibilidades, como la de los pueblos indígenas, otros sujetos, como los seres- no humanos que habitan en el planeta Tierra, y otras formas de vida basadas en la satisfacción de necesidades naturales y no en la acumulación de bienes para satisfacer “necesidades” artificiales, cuya satisfacción no está ligada con la vida plena.

En esa otra modernidad el derecho también tiene que ser diferente. Por un lado, el derecho no puede proteger exclusivamente a una especie, sino a todas las que conviven con el humano y con quienes hemos coevolucionado. Si el derecho es de todos los seres en la Tierra, entonces las fuentes, el contenido y las finalidades deben ser distintos.

La fuente del derecho es lo que Cormac Cullinan (2011) llama el “Gran Derecho”, que no es otra cosa que el conjunto de relaciones entre todos los seres y entes que existimos y que tenemos más en común de lo que nos imaginamos. Hay relaciones que promueven la convivencia y supervivencia y otras relaciones que degradan. Las relaciones que se producen en el sistema capitalista que, como hemos visto, están provocando extinciones, están en franca contradicción con el Gran Derecho.

En cuanto al contenido, los derechos de la naturaleza tienen ya expresión en la Constitución del Ecuador del 2008 (art. 71 al 73) y en la Declaración Universal de los Derechos de la Madre de la Tierra de 2010.

Los derechos de la naturaleza se basan en tres principios básicos: 1. *La diferenciación*, por el que cada ser y especie tiene su propia identidad, evolución y lugar en el planeta y en el cosmos. Por este principio, cualquier tendencia a la uniformidad, como se concibe en la agricultura industrial para alimentarnos, es contraria a los derechos de la naturaleza. En este sentido, existen un derecho humano, un derecho de la hormiga, un derecho de las montañas, un derecho de la Tierra. 2. *El principio de la autopoiesis*, por el que cada ser tiene su capacidad autorregenerativa y, como lo dice la Constitución de Montecristi, su ciclo vital. Cuando una actividad humana impide u obstaculiza esta capacidad, atenta contra los derechos de la naturaleza. 3. *El principio de comunión*, por el que se adscribe a la noción de que la naturaleza, el mundo, el humano ha evolucionado por procesos de colaboración y solidaridad, y no por individualismos o competencia.

En este marco, los derechos humanos deberían tener totalmente otra concepción. En primer lugar, conviene evitar la connivencia con el sistema político y económico de la modernidad hegemónica. Los DDHH que se adaptan al capitalismo degradan a la naturaleza y violan sus derechos. En segundo lugar, los DDHH requieren también ser eco o bio céntricos y abandonar ese protagonismo pernicioso del ser humano en el mundo. En tercer lugar, el contenido de los DDHH tiene que ser leído no solo en clave interdependencia con otros derechos, que es la concepción tradicional, sino en interrelación con la naturaleza. En cuarto lugar, para ubicarnos en esta nueva forma de entender el derecho, requerimos combatir el divorcio que pregona el positivismo jurídico tradicional, entre derecho, ciencias sociales y ciencias naturales. Hay que saber física, biología, geología y poesía (las personas artistas nunca entendieron la separación de cuerpo y alma y de humano y naturaleza) para poder tener la sensibilidad adecuada para comprender los DDHH en clave derechos de la naturaleza.

Pongamos algunos ejemplos e intentemos contrastar las diferencias de lo que sería la forma tradicional de comprender los DDHH (derechos sociales) y en clave derechos de la naturaleza. El derecho a la salud se puede medir por el número de médicos, camas, hospitales, vacunas, fármacos en

función de la población. El énfasis en el derecho a la salud dentro de un sistema capitalista está en la enfermedad y en la curación. Garantizar el derecho a la salud se refleje en el acceso a la atención médica y a las medicinas, mejor si son producidas industrialmente. El sistema puede vivir de la enfermedad y buscar la forma de curar. La enfermedad, de hecho, es un gran negocio. Desde los derechos de la naturaleza, por el principio de autorregeneración (autopoiesis), el énfasis debe ponerse en la prevención. El ambiente que rodea al ser humano puede producir las enfermedades, y de esto ya nos ha hablado bastante la epidemiología crítica y lo que llaman determinaciones sociales de la salud (BREILH, 2006). A un ambiente sano, sigue un ser humano sano. La salud no se lleva bien con el extractivismo, con la producción industrial que usa químicos, con la comida barata, con la contaminación producida por las formas de consumo energético dominante. Con los derechos de la naturaleza, el derecho a la salud exige ambientes sanos, y para tener ambientes sanos se debe respetar los derechos de la naturaleza.

El derecho a la educación se puede satisfacer con el acceso a escuelas y con una escolaridad de diez años, con saber leer y escribir textos. Se viola el derecho, en el sistema hegemónico, si uno no tiene el certificado escolar, es analfabeto, es expulsado de la escuela. Con los derechos de la naturaleza, lo importante es acceder al conocimiento que permite vivir en armonía con la naturaleza. Una persona indígena que sabe cómo comportarse con la selva o el río, que siembra respetando la tierra y permitiéndola descansar, es posible que sea alfabetizada sin ir a la escuela. En términos de derechos de la naturaleza nuestro sistema nos ha hecho analfabetos totales de lo que es vital para la existencia. Una persona de ciudad, como yo, no sabe sembrar, no puede discernir las estrellas, no distingue una planta venenosa de una que proporciona alimentos, no sabe relacionarse con otros seres vivos (¡muchas veces ni con el humano podemos, peor con otros seres!). Desde los derechos de la naturaleza, el actual contenido del derecho a la educación viola otros derechos porque nos impide vivir en armonía y no nos da los conocimientos necesarios para vivir como una especie más, dependiente de la naturaleza.

Podríamos así seguir con el derecho a la seguridad social, al trabajo, a la cultura, a la vivienda. Desde la lógica de los derechos de la naturaleza, los DDHH tendrían otros fundamentos, otro contenido y otras formas de exigibilidad. Esa comprensión, además, requiere un ser humano con comportamientos distintos, más humilde, más simple, más sensible, más solidario y posiblemente más feliz.

El cambio de paradigma, y el cambio de contenido del derecho y de los DDHH, no solo que es necesario, sino que es urgente. En el *neoconstitucionalismo andino* encontramos una puerta y un camino por recorrer.

REFERÊNCIAS

AGANBEM, Giorgio. **Homo Sacer. El poder soberano y la nuda vida.** Valencia: Pre-Textos, 2003.

BOBBIO, Norberto. **El tercero ausente.** Madrid: Ediciones Cátedra, 1997.

BREILH, Paz y MIÑO, Jaime. **Epidemiología crítica: ciencia emancipadora e interculturalidad.** Rio de Janeiro: Fiocruz, 2006.

CULLINAN, Cormac. **Wild Law. A Manifesto for Earth Justice.** Vermont: Chelsea Green Publishing, 2011.

DESCARTES, Renato. **Discurso del método.** Barcelona: Ediciones Orbis, 1983.

DREXLER, Jorge. **Polvo de estrellas.** 2004.

DUSSEL, Enrique. Europa, modernidad y eurocentrismo. *In:* Eduardo Lander (Ed.). **La colonialidad del saber: eurocentrismo y ciencias sociales.** Perspectivas latinoamericanas. Caracas: Unesco-Faces, 2000.

ECHEVERRÍA, Bolívar. **La modernidad de lo barroco.** México D.F.: Biblioteca Era, 2011.

FERRAJOLI, Luigi. **Los fundamentos de los derechos fundamentales**. Madrid: Trotta, 2001.

GIRALDO, Omar Felipe. **Utopías en la era de la supervivencia**. Una interpretación del buen vivir. México D.F.: Editorial Itaca, 2014.

GOODALE, Mark. **Surrendering to Utopía**. An Anthropology of Human Rights. California: Stanford University Press, 2009.

HARVEY, David. **Diecisiete contradicciones y el fin del capitalismo**. Quito: IAEN, 2014.

HAWKING, Stephen. **A Brief History of Time**. New York: Bantam Books, 1998.

KLEIN, Naomi. **The Shock Doctrine**. The Rise of Disaster Capitalism. New York City: Picador, 2007.

KOLBERT, Elizabeth. **The Sixth Extinction**. An Unnatural History. New York: Henry Holt Company, 2015

LAVAL, Christian y Pierre Dardot. **Común**. Ensayo sobre la revolución del siglo XXI. Barcelona: Gedisa, 2015.

MARTÍNEZ DE BRINGAS, Asier. **Exclusión y victimización**. Los gritos de los derechos humanos en la globalización. Bilbao: Universidad de Deusto, 2004.

MARTÍNEZ DE BRINGAS, Asier. **Los pueblos indígenas y el discurso de los derechos**. Bilbao: Universidad de Deusto, 2003.

NOGUERA, Alberto. **Utopía y poder constituyente**: los ciudadanos ante los tres monismos del Estado neoliberal. Madrid: Ediciones Sequitur, 2012.

OXFAM. **Una economía al servicio del 1%. Acabar con los privilegios y la concentración de poder para frenar la desigualdad extrema**. Disponible em: <https://www.oxfam.org/sites/www.oxfam.org/files/file_attachments/bp210-economy-one-percent-tax-havens-180116-es_0.pdf> Acceso em: 25 junio 2016.

QUIJANO, Aníbal. Bien Vivir: entre el desarrollo y la des/colonialidad del poder. *In*: Centro Andino de Acción Popular. Acerca del Buen Vivir. **Ecuador Debate**. n. 84. Quito: CAAP, 2011.

RENDUELES, César. **Capitalismo canalla**: una historia personal del capitalismo a través de la literatura. Bogotá: Seix Barral, 2015.

RODRÍGUEZ PALOP, María Eugenia. ¿Vive usted en un mundo civilizado? El desarrollo sostenible desde el discurso de los derechos humanos. *In*: Tecnológico de Monterrey. **Revista de Humanidades: Tecnológico de Monterrey**. n. 18. Monterrey: Instituto Tecnológico de Monterrey, 2005.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Crítica de la Razón Indolente**: contra el desperdicio de la experiencia. Bilbao: Editorial Desclée de Brouwer, 2003.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Derechos humanos, democracia y desarrollo**. Bogotá: Dejusticia, 2014.

SARAMAGO, José. **Ensayo sobre la ceguera**. Madrid: Alfaguara, 1998.

SWIMME, Thomas; TUCKER, Mary Evelyn. **Journey of the Universe**. New Haven: Yale University Press, 2011.

ZIZEK, Slavoj. **El sublime objeto de la ideología**. Buenos Aires: Siglo XXI Editores, 2005.

CAPÍTULO II

COMPLEJIDAD DE DERECHOS HUMANOS COMO FUNDAMENTO DE LA RELACIÓN DEL DERECHO CON EL AMBIENTE

DOI: <http://dx.doi.org/10.18616/dirhum02>

Alejandro Rosillo Martínez

VOLTAR AO SUMÁRIO

INTRODUCCIÓN

Dentro de las opciones epistemológicas que el Derecho debe tomar para hacerse cargo del tema medioambiental se encuentra la visión o comprensión que se tenga de derechos humanos. No basta señalar que contar con un ambiente sano es un derecho humano, si seguimos concibiendo a estos desde un paradigma propio del pensamiento simplificador. Al igual que en otros temas, es la complejidad lo que ha de marcar las cuestiones medioambientales.

En efecto, buscaremos trazar una comprensión compleja de derechos humanos, diferenciándola de las comprensiones simplificadoras que suelen caracterizar a las corrientes dominantes del pensamiento jurídico. En efecto, no pretendemos abordar este tema desde el clásico debate entre el iusnaturalismo y el iuspositivismo, sino desde el debate entre un paradigma de la simplificación y un paradigma de la complejidad. Creemos que esta segunda opción es más radical, pues a final de cuentas gran parte de las escuelas jurídicas dominantes se inscriben en el paradigma de la simplicidad, y su manera de comprender derechos humanos termina cercenando la realidad y la praxis histórica; por eso, ambas son construcciones idealistas de derechos humanos, a pesar de que entre ellas existan diversos puntos de oposición.

COMPLEJIDAD Y DERECHOS HUMANOS

Para que el pensamiento jurídico aborde de manera adecuada las cuestiones relacionadas con el ambiente, entre otras cosas, se deben comprender derechos humanos desde una perspectiva que permita se conviertan en herramientas de liberación de los pueblos y sujetos ubicados en la periferia. En este sentido, una tarea importante se refiere al ámbito del conocimiento pues, como señala Santos, “construir una concepción de derechos humanos posimperial intercultural es primeramente y antes de nada una tarea epistemológica” (SANTOS, 2009, p. 533). En este contexto es que a continuación abordaremos la cuestión de la visión compleja de derechos humanos.

Simplificación y complejidad

La comprensión de derechos humanos no debe residir primariamente en el debate entre el iusnaturalismo y el iuspositivismo, sino que debe plantearse de manera más radical; esto tiene que ver con asumir una comprensión compleja en oposición a una comprensión simplificadora. Esto significa no sólo la construcción de una definición sino la adopción de una forma de conocimiento. Epistemológicamente nos referimos a asumir un *logos* histórico, que tiene como lugar epistemológico la perspectiva de la víctima, y que realiza una síntesis entre la necesidad de comprensión y de transformación de la realidad histórica.

Dicho *logos* histórico en relación con la comprensión de derechos humanos nos lleva a asumir su complejidad en función de las implicaciones que tienen en la realidad histórica y en la praxis de liberación. Si bien la idea de una comprensión compleja en oposición a una comprensión simplificadora la tomamos de Edgar Morin, creemos que en lo general coincide con las implicaciones y consecuencias de asumir los fundamentos de la Filosofía de la Liberación en el conocimiento de derechos humanos.¹ A partir del sujeto vivo, del sujeto de la praxis y del sujeto intersubjetivo no se pueden comprender derechos humanos², ni definirlos o conceptualizarlos, desde una epistemología que conduzca a la simplificación. No obstante, las filosofías dominantes del derecho se inscriben en la epistemología hegemónica de Occidente, que busca ideas claras y distintas como bien describe Morin:

“Vivimos bajo el imperio de los principios de *disyunción, reducción y abstracción*, cuyo conjunto constituye lo que llamo el ‘paradigma de la simplificación’. Descartes formuló ese paradigma maestro de Occidente, desarticulando al sujeto pensante (*ego cogitans*) y la cosa extensa (*res extensa*), es decir filosofía y ciencia, y postulando como

1 Por ejemplo, tanto Morin como Ellacuría critican las posturas idealistas del conocimiento que desconocen la materialidad de la historia. Cf. Ellacuría (1999); Morin (2005a).

2 Nos referimos a la propuesta de fundamentación de derechos humanos que realizamos en Rosillo (2013).

principio de verdad a las ideas ‘claras y distintas’, es decir, al pensamiento disyuntor mismo” (MORIN, 2005b, p. 29).

En este contexto, para Morin, “es complejo aquello que no puede resumirse en una palabra maestra, aquello que no puede retrotraerse a una ley, aquello que no puede reducirse a una idea simple” (MORIN, 2005b, p. 21). De ahí que se hable de una oposición entre un pensamiento simplificador y un pensamiento complejo. Por un lado, el pensamiento simplificador busca aislar lo que separa y oculta todo lo que religa e interactúa: “...el paradigma de simplicidad es un paradigma que pone orden en el universo, y persigue al desorden. El orden se reduce a una ley, a un principio. La simplicidad ve a lo uno y ve a lo múltiple, pero no puede ver que lo Uno puede, al mismo tiempo, ser Múltiple. El principio de simplicidad o bien separa lo que está ligado (disyunción), o bien unifica lo que es diverso (reducción)” (MORIN, 2005b, p. 89). Mediante procesos de abstracción e idealización, se reduce la complejidad de la realidad, simplificándola para poder abarcarla y comprenderla. Desde este paradigma se ordena, jerarquiza y conceptualiza como medios para llegar, supuestamente, a la realidad. Son procesos útiles para desarrollar el conocimiento, pero si se desconoce qué se elimina y qué se añade, se absolutizan.

Al aislar los objetos de sus ambientes, el pensamiento simplificante es mutilante. En efecto, es un pensamiento que no corresponde con la praxis histórica de liberación, pues un pensamiento que mutila conduce irremediamente a acciones mutilantes, a una praxis débil e incompleta. Pero también puede generar praxis de muerte que se ven justificadas por ese mismo pensamiento simplificante, pues el uso de las ideas como ocultamiento de la realidad es una de sus consecuencias: “La patología de la idea está en el idealismo, en donde la idea oculta a la realidad que tiene por misión traducir, y se toma como única realidad” (MORIN, 2005b, p. 34).

El pensamiento simplificante no es capaz de concebir lo uno y lo múltiple; sus opciones se reducen a unificar abstractamente anulando la

diversidad o, por el contrario, yuxtapone la diversidad sin concebir la unidad. Por eso, señala Morin, “habría que sustituir al paradigma de disyunción/reducción/unidimensionalización por un paradigma de distinción/conjunción que permita distinguir sin desarticular, asociar sin identificar o reducir” (MORIN, 2005b, p. 34). Por su parte, el pensamiento complejo busca rendir cuenta de las articulaciones entre dominios disciplinarios quebrados por el pensamiento disgregador, que es uno de los principales aspectos del pensamiento simplificador. Así, el pensamiento complejo busca generar un conocimiento multidimensional. Morin señala que este pensamiento “se sitúa en un punto de partida para una acción más rica, menos mutilante. Yo creo profundamente que cuanto menos mutilante sea un pensamiento, menos mutilará a los humanos. Hay que recordar las ruinas que las visiones simplificantes han producido, no solamente en el mundo intelectual, sino también en la vida. Suficientes sufrimientos aquejaron a millones de seres como resultado de los efectos del pensamiento parcial y unidimensional” (MORIN, 2005b, p. 118).

Pensamiento simplificador de derechos humanos

El pensamiento jurídico hegemónico, como hemos insistido, se inscribe en el paradigma de la simplificación. Durante la Modernidad, el pensamiento simplificador, al ser uno de los pilares de regulación, negó la diversidad de la juridicidad, en búsqueda de la seguridad y el orden que pretende otorgar la dogmática y la lógica-formal cartesiana. Esta simplificación de la vida jurídica ha tenido importantes consecuencias en el pensamiento relativo a derechos humanos, algunos de los cuales es la restricción en la ampliación de derechos, incluyendo los derechos relacionados con la naturaleza.

Hablando específicamente de la comprensión de derechos humanos, el intento del pensamiento jurídico de generar un concepto o una definición expresada en una “idea clara y distinta”, más que una mejor protección a la dignidad del ser humano ha traído como consecuencia una mutilación de la realidad y ha desconocido la materialidad –que incluye al ambiente– de la

praxis histórica donde se insertan derechos humanos. Los ha encerrado en un idealismo que desconoce diversas parcelas de la realidad, y, por tanto, impone la idea por encima de los hechos. Fariñas (2006, p. 27) expresa de la siguiente manera la simplificación que realiza el pensamiento jurídico moderno:

“La racionalidad jurídica moderna, sobre la cual se asienta la construcción teórica de los derechos humanos, ha estado presidida por el paradigma de la ‘simplicidad’, el cual ha contribuido, mediante el presupuesto epistemológico de la *reductio ad unum*, al ocultamiento y a la ‘hipersimplificación’ de la pluralidad, la diversidad y la complejidad ontológicas de las sociedades y de los procesos sociales concretos. Según aquél, la única fuente de derechos y obligaciones se encuentra en la propia razón del individuo, lo cual determina el valor universal del sistema jurídico moderno basado en la primacía del individuo, cuya consecuencia es la simplicidad del Derecho”.

Por otro lado, Sánchez Rubio señala distintos planos donde se observan las consecuencias simplificadoras y disgregadoras del pensamiento moderno (SÁNCHEZ RUBIO, 2010) en el ámbito jurídico; a saber:

- a. Se reduce el derecho al derecho estatal, asumiendo el monismo jurídico e ignorando otras expresiones jurídicas no estatales (pluralismo jurídico). En este sentido, como herencia del positivismo decimonónico, se cree que el derecho es norma o institución, y se termina absolutizando la ley del estado. Además, se reduce el saber jurídico a la pura lógica-analítica ignorando las conexiones entre lo jurídico, lo ético y lo político.
- b. Se separa sin capacidad autocrítica el ámbito de lo público y de lo privado; el ámbito de lo jurídico y de lo político, de las relaciones de poder y de lo ético; la práctica y la teoría en materia de derechos humanos; la dimensión *pre-violatoria* de la *post-violatoria* de derechos humanos.

c. Se abstrae el mundo jurídico del contexto sociocultural en el que se ubica y por el que está condicionado. Se vacía y se desplaza lo humano, lo corporal, lo físico, y se sustituye al ser humano real por seres sin atributos y descontextualizados.

Estas consecuencias del pensamiento simplificador se muestran, por supuesto, en cuanto a la comprensión de derechos humanos. Veamos algunos casos.

Un ejemplo de la imposición del paradigma de la simplificación en el campo del pensamiento de derechos humanos es la problematización que se lleva a cabo respecto al uso del término “derechos humanos”. Sin duda, este término no es fácil de definir, ni tampoco es simple y claro, pues su uso tiene que ver con diversas parcelas de la realidad humana. La pretensión del pensamiento simple es asumir esta dificultad como un aspecto negativo a eliminar, acusando a “derechos humanos” de ser un concepto ambiguo y manipulable. Por ejemplo, Manuel Atienza señala que “derechos humanos” es un término:

a. *Ambiguo* por presentarse entre el derecho y la moral.

b. *Vago* intencionalmente porque no es posible encontrar una serie de notas que definan todas las situaciones en que se habla de “derechos humanos”. Y extensionalmente, porque no existe un acuerdo sobre la extensión del catálogo de derechos.

c. Y afectado “de una carga emotiva tan poderosa que en muchas ocasiones (...) no tiene significado descriptivo alguno. Utilizar el lenguaje de los derechos humanos es, como todos sabemos y algunos ponen en práctica un recurso tentador para tratar de justificar cualquier tipo de situación” (ATIENZA, 1989, p. 171).

Es decir, se asume la complejidad como algo negativo que se debe buscar eliminar a favor de la claridad y la distinción, a pesar de que ello signifique la mutilación de la realidad; aquí se aplica la crítica que realiza

Morin al pensamiento simplificador: “La complejidad no sería algo definible de manera simple para tomar el lugar de la simplicidad. *La complejidad es una palabra problema y no una palabra solución*” (MORIN, 2005b, p. 22).

Como veremos más adelante, asumir la complejidad de derechos humanos no significa una solución o una palabra final sobre cuáles son los derechos humanos y definir su contenido exacto. No se trata de criticar cualquier idea clara y distinta, sino sólo aquéllas que mutilan la realidad y desconocen los procesos reales de la praxis histórica; y en este caso creemos que se ubican “derechos humanos”. La complejidad no conduce a la eliminación de la simplicidad, sino aparece cuando el pensamiento simplificador falla. El pensamiento complejo debe integrar en sí mismo todo aquello que pone orden, claridad, precisión y distinción en el conocimiento. En efecto, “hay que estar siempre alerta y ser conscientes de qué se elimina y qué se añade a la realidad, sin anular su riqueza, sin fragmentarla ni perder la perspectiva contingente de su totalidad y la ubicación que en ella tenemos los seres humanos” (SÁNCHEZ RUBIO, 2007, p. 43). Al respecto, Morin explica:

“Mientras que el pensamiento simplificador desintegra la complejidad de lo real, el pensamiento complejo integra lo más posible los modos simplificadores de pensar, pero rechaza las consecuencias mutilantes, reduccionistas, unidimensionalizantes y finalmente cegadoras de una simplificación que se toma por reflejo de aquello que hubiera de real en la realidad” (MORIN, 2005b, p. 22).

Los posibles problemas generados por la vaguedad del concepto “derechos humanos”, por su ambigüedad, o por su alta carga emotiva no se han de solucionar a través de la mutilación de la realidad, y de desconocer las praxis históricas de liberación de los pueblos. Por ejemplo, la *ideologización* de los derechos humanos no se debe exclusivamente a la manipulación de su alta “carga emotiva”, ni a su “ambigüedad”, pues también una idea clara y

distinta puede tener la misma finalidad³; por eso, el pensamiento complejo debe proponer métodos capaces de desvelar tales usos ideológicos.

En una preocupación semejante a la de Atienza, generada por la complejidad de derechos humanos, podemos ubicar la opinión de Francisco Laporta. Este autor señala que detecta dos fenómenos respecto al concepto de derechos humanos. Por un lado, da cuenta de un crecimiento en cuanto a su contenido, al grado de que se habla de nuevas generaciones; observa que de aquellos derechos del ciudadano se ha expandido el uso de los “derechos humanos” hasta incluir derechos con contenido económico, relacionados con las nuevas tecnologías o en función del cuidado del ambiente. Por otro lado, señala la existencia de un poderoso uso de derechos humanos como últimos escalones en los sistemas jurídicos y morales que se conforman como exigencias jurídicas, políticas y morales fundamentales cuyo contenido se vuelve innegociable. Ante esta situación, afirma que “ambas cosas tienden a ser incompatibles. Me parece razonable suponer que cuanto más se multiplique la nómina de los derechos humanos menos fuerza tendrán como exigencia, y cuanto más fuerza moral o jurídica se les suponga más limitada ha de ser la lista de derechos que la justifiquen adecuadamente” (LAPORTA, 1987, p. 23). El autor busca superar esta supuesta paradoja a través de realizar “una indagación conceptual suficientemente rigurosa”, la que realiza a través de analizar los caracteres que considera se predicen usualmente a derechos humanos: universales, absolutos e inalienables.

La postura de Laporta es un ejemplo de que ciertos iusnaturalismos se ubican en el pensamiento simplificador. Podemos señalar que su artículo en comentario contiene importantes rasgos de esta corriente, como el siguiente: “...si admitimos el rasgo de universalidad entonces tenemos que sacar los derechos humanos fuera del ámbito del sistema jurídico positivo. Porque, en efecto, no hablamos de unos derechos que unos tienen y otros no tienen en función del sistema jurídico en que vivan” (Laporta, 1987, p. 32). En efecto,

3 Como bien señala Joaquín Herrera, el pensamiento abstracto de derechos humanos conlleva a que “el conocimiento estará relegado a una casta que sabe qué es lo universal o que establece los límites de lo particular” (HERRERA FLORES, 2000, p. 70).

si bien el autor no realiza la simplificación de derechos humanos propia del positivismo –es decir, a través del monismo jurídico–, su contradicción más radical deriva de que reconoce la complejidad de derechos humanos, pero la asume como un problema que intenta resolver a través de la simplificación. Es decir, reconoce la complejidad histórica y práctica de derechos humanos, por ejemplo, cuando afirma que “derechos” es una categoría lingüística compleja⁴, pero anula esta complejidad al mutilar la realidad y reducir derechos humanos al canon liberal y eurocéntrico, y predicarlos como universales, absolutos e inalienables desde esa comprensión. En este sentido, concibe la universalidad desde una postura clásica del pensamiento simplificador, que construye esa universalidad en referencia al sujeto abstracto, ajeno a su contexto, de su praxis, de su intersubjetividad y de sus condiciones concretas de acceso a los bienes para producir y reproducir su vida.

Si Laporta ve como incompatibles el aumento del contenido de derechos humanos con su fuerza moral y política es porque, al intentar simplificarlos, los niega como productos de las praxis históricas de liberación. Cuando habla de la inalienabilidad de derechos humanos desconoce la intersubjetividad, reduciendo al sujeto al individuo abstracto, y por eso soslaya la praxis y las luchas de los pueblos por lograr que los derechos sean medios para la satisfacción de sus necesidades de vida. Las afirmaciones de este autor hacen pensar que los derechos humanos son entidades ajenas a las historias, construidas abstractamente por una razón privilegiada y que poco o nada tienen que ver con la praxis de liberación. En este sentido afirma:

“Los derechos humanos, en tanto en cuanto son ‘inalienables’, se le adscriben al individuo al margen de su consentimiento, o contra él, y se le inmuniza moralmente incluso frente a su propia voluntad. Ello quiere decir que esos ‘bienes’ cuya importancia es tal que suministran

4 “[N]o veo argumento alguno que demuestre convincentemente que la categoría normativa ‘derecho a...’ sea una exclusiva de los lenguajes jurídicos, al igual que no lo es ninguna otra categoría normativa, como ‘deber’, ‘obligación’, ‘prohibición’, ‘facultad’, ‘permiso’ etc., pero más en particular lo hago porque, si no se parte de esa perspectiva la idea de ‘derechos humanos’ tal y como se concibe usualmente, encuentra un obstáculo teórico insalvable” (LAPORTA, 1987, p. 32).

razones suficientes para una protección normativa tan relevante le son atribuidos a cada uno ineludiblemente. Y ello abona mi sospecha de que el ampliar más y más los catálogos de derechos humanos es incompatible con la mayoría de los rasgos que se predicán de ellos” (LAPORTA, 1987, p. 44).

La preocupación de la ampliación del catálogo de derechos humanos es propia del pensamiento simplificante, pues soslaya que esa “ampliación” es consecuencia de la complejidad de lo real. Establecer un catálogo restrictivo de derechos humanos es, por lo general, producto de un pensamiento idealista y simplificante, que desconoce los “nuevos derechos” que produce constantemente el sujeto vivo, prático e intersubjetivo⁵; de un pensamiento hegemónico que tiene temor a la novedad histórica; de un pensamiento que en búsqueda de seguridad y orden, opta por cercenar la realidad y desconocer los diversos reclamos y praxis que generan los pueblos a quienes se les niegan el acceso a los bienes para la producción y reproducción de su vida, para la satisfacción de sus necesidades. Que estos pueblos tengan o no el acceso a dichos bienes no está en función de la amplitud del catálogo de derechos, sino de que esos derechos respondan efectivamente a sus luchas de liberación.

Podríamos dar más ejemplos de posturas simplificantes en la visión de derechos humanos, pero creemos que las anteriores bastan. Lo importante es hacer ver que las visiones *simples* de derechos humanos funcionan finalmente como patrón de medida y de exclusión; siempre habrá algo o alguien que quedará marginado del análisis y de la práctica por no responder a ese patrón. Tanto las posturas iusnaturalistas como las iuspositivistas son excluyentes y simplistas, sea porque colocan a derechos humanos en un plano de abstracción ajeno a la historia y a las praxis concretas de liberación, o porque reducen el derecho a las normas creadas por el estado, negando la capacidad creadora de juridicidad de las personas y los pueblos. En efecto, la comprensión compleja de

5 De hecho, en la respuesta a sus críticos, Laporta señala: “De lo que no estoy tan seguro es de que se necesiten ‘nuevos’ derechos humanos para hacer frente a esas realidades” (LAPORTA, 1987, p. 74).

derechos humanos debe evitar tanto la naturalización como la estatalización, como bien señala Herrera Flores:

“Esta perspectiva debe siempre estar atenta contra los peligros de una interpretación que *naturalice* el fenómeno a estudiar desgajándolo de su historia, o que lo *estaticice* eliminando las dimensiones políticas o ideológicas del mismo, las cuales deberán implícita o explícitamente denegadas, pero nunca abolidas. El discurso teórico estatizado y naturalizado configurará una imagen extrahistórica del fenómeno, situándolo *aparentemente* al margen de los conflictos y de las diferentes posiciones de poder” (Herrera, 2000a, p. 48).

Por otro lado, no basta con señalar que los derechos humanos tienen una dimensión axiológica, pues se corre el riesgo de seguir simplificando. Es necesario que esa dimensión axiológica no se cercene de las demás parcelas de la realidad. Así, por ejemplo, Norman Solórzano señala que “respecto a la cuestión axiológica, en la argumentación kelseniana, por una pretensión analítica y antimetafísica, no sólo se asumen los valores en su aspecto semántico y meramente conceptual, sino que al sacar la discusión axiológica del contexto de la fundamentación/justificación obvia del problema del fundamento de los valores, del derecho objetivo o positivo, de los derechos humanos etc. Consiguientemente: (1) se llega a despojar los derechos humanos de su condición de *modos de vida* (dimensión práctica en la que adquieren *pertenencia* los valores) y se los reduce a meras cuestiones valóricas; (2) se *transforman* las diferencias entre un valor y otro en *oposiciones irreductibles* según los esquematismos amigo-enemigo, bien-mal, siendo esta secuencia la estrategia de la inversión ideológica de los derechos humanos” (SOLÓRZANO, 2002, p. 117). El problema de los valores no es una cuestión meramente teórica, sino que tiene que ubicarse, además, en el campo de la lucha ideológica y de los sistemas políticos.

El sujeto de derechos humanos también es sometido a la simplificación. La “subjetividad” del pensamiento jurídico hegemónico ha

sido la del sujeto abstracto, que no asume cabalmente al sujeto intersubjetivo, al sujeto vivo ni al sujeto de la praxis. En diversas doctrinas iusfilosóficas tan alejadas en otras cosas⁶, lo “subjetivo” no es en referencia al sujeto como ser corporal – que requiere de bienes para producir y reproducir su vida, de un ambiente saludable, que se construye junto con otros, y que con su praxis responde al poder de lo real –, sino que “se predica de las ensoñaciones, preferencia, deseos, en fin, del ámbito de una fantasía que se asume como irrealidad” (SOLÓRZANO, 2002, p. 118). Por eso, al final del camino, emerge en estas teorías un sujeto abstracto que hace elecciones irreales, aunque las mismas teorías construyan estos sujetos abstractos partiendo del supuesto de que los sujetos corporales no pueden realizarlas a través de un juicio racional. Desde el paradigma de la simplicidad, la praxis del sujeto corporal, real y

6 Casos paradigmáticos son el de Hans Kelsen y de John Rawls. Por ejemplo, tratándose del primero, se pregunta en qué consiste la situación objetiva que la teoría tradicional caracteriza diciendo que el orden jurídico confiere al hombre, o a ciertos hombres, personalidad jurídica, es decir, la calidad de persona. Se contesta: “En no otra cosa sino en que el orden jurídico impone obligaciones y otorga derechos a los hombres. ‘Ser persona’ o ‘tener personalidad jurídica’ es idéntico a tener obligaciones jurídicas y derechos subjetivos”. De ahí concluye: “La persona como ‘portador’ de obligaciones jurídicas y derechos subjetivos, no es, por cierto, algo distinto de esas obligaciones y derechos, como cuyo portador es representado”. Y también: “La personas física o jurídica que ‘tiene’, como su portador, obligaciones jurídicas y derechos subjetivos, es esas obligaciones jurídicas y derechos subjetivos; es un conjunto de obligaciones jurídicas y derechos subjetivos, cuya unidad se expresa metafóricamente en el concepto de persona. La persona no es más que la personificación de esa unidad”. “[L]a persona física no es el hombre que tiene derechos y obligaciones, sino la unidad de derechos y obligaciones cuyo contenido es el comportamiento de un hombre” (KELSEN, 1965, pp. 182-183). Por su parte, es conocida la hipótesis de trabajo de John Rawls, que elimina el contexto y la identidad de la persona como sujeto de la justicia y de derechos: “En la justicia como imparcialidad, la posición original de igualdad corresponde al estado de naturaleza en la teoría tradicional del contrato social. Por supuesto que la posición original no está pensada como un estado de cosas históricamente real, y mucho menos como una situación primitiva de la cultura. Se considera como una situación puramente hipotética caracterizada de tal modo que conduce a cierta concepción de la justicia. Entre los rasgos esenciales de esta situación, está el de que nadie sabe cuál es su lugar en la sociedad, su posición, clase o *status* social; nadie sabe tampoco cuál es su suerte en la distribución y ventajas y capacidades naturales, su inteligencia, su fortaleza etc. Supondré, incluso, que los propios miembros del grupo no conocen sus concepciones acerca del bien, ni sus tendencias psicológicas especiales. Esto asegura que los resultados del azar natural o de las contingencias de las circunstancias sociales no darán a nadie ventajas ni desventajas al escoger sus principios” (RAWLS, 2002, p. 25).

concreto para producir y reproducir su vida es declarado irracional, y se le niega su supremacía crítica a partir de la cual se deberían verificar derechos humanos y el derecho en general. Se reduce a la persona a un centro de imputación de derechos y deberes; entonces los derechos no se postulan en referencia a algún sujeto vivo, ni de su praxis en la realidad histórica, sino que se cae en un *solipsismo normativo*, donde la norma es sólo aquella definida por la misma norma. El sujeto corporal desaparece porque su praxis es compleja, y la abstracción requiere simplificarlo sea a través de una norma o de una hipótesis basada en un “velo de ignorancia”. El pensamiento abstracto mutila a la persona, al dejarla sólo referida a la norma y definido por la norma misma. Como hace notar Solórzano, el pensamiento jurídico de este tipo termina comportándose de manera semejante que la teoría económica neoliberal en el análisis que de ella hace Hinkelammert (1998, p. 238):

“Esta transformación neoliberal de la teoría económica liberal (y la neoclásica), es una teoría que no habla más de la realidad. Habla únicamente de la institución del mercado, sin referirla en lo más mínimo a realidad concreta alguna en la cual los mercados se desenvuelven. Vistos desde la teoría neoliberal, los seres humanos no tienen necesidades sino apenas propensiones a consumir, inclinaciones psicológicas que originan sus demandas. Ellos se desenvuelven en una naturaleza que no es más que un objeto de cálculo. No tienen tampoco ninguna necesidad de ésta, sino sólo inclinaciones psicológicas hacia ellas. Con eso la realidad se desvanece, y el sujeto humano concebido por la teoría neoliberal es un perfecto solipsista”.

Esta abstracción del sujeto de derechos lleva a las posturas positivistas a caer, como señalamos, en un solipsismo normativo. Todo se piensa desde las normas, desde dentro del sistema, y el sujeto es sólo un elemento más creado por alguna norma: la disposición que lo hace centro de imputación de derechos y obligaciones. En este sentido, estas teorías jurídicas vinculadas al solipsismo normativo no logran explicar, pues no tienen espacio para ello,

fenómenos constitutivos de la complejidad de derechos humanos: la lucha social, la resistencia a la ley para acceder a bienes que a su vez cumplen con la satisfacción de lo que se predica como derechos humanos, la emergencia de nuevos sujetos sociales, las tramas sociales y la distribución del poder, los derechos de la naturaleza etc. Así, por ejemplo, las praxis de liberación de los pueblos oprimidos suelen poner un especial interés en los llamados derechos sociales, económicos, culturales y ambientales; pues bien, como hace notar Joaquín Herrera, estos tipos de derechos suelen ser relegados por el pensamiento simplificador, debido a que no son “puros”: “Los derechos sociales, económicos y culturales son relegados a un segundo plano. Constituyen la esfera de lo impuro, lo híbrido, lo mezclado. Podemos pensar, rezar y opinar libres de cualquier condicionamiento social y, además, con todas las garantías estatales imaginables. Pero disfrutar de la salud, de un entorno limpio o de tener una vivienda digna, depende de elementos extraños a lo jurídico formal” (HERRERA, 2000a, p. 30). De ahí que las prácticas populares para hacerse de los bienes relacionados con este tipo de derechos son soslayadas por el pensamiento jurídico hegemónico, por considerárseles fuera de lo jurídico, y más bien realidades políticas o económicas. Así, estas posturas niegan la complejidad de lo real en donde actúa el verdadero sujeto, el sujeto corporal. En este sentido, Fariñas (2006, p. 32) señala:

“[L]a racionalidad jurídica de la modernidad niega o margina todo tipo de pluralidad o diferenciación normativa, es decir, todo derecho *no* estatal, surgido en determinados ámbitos de las relaciones sociales (familiares, de trabajo, de producción, de raza etc.). Niega, además, la posibilidad de que la protección de los individuos pueda derivar directamente de la estructura plural de la sociedad, esto es, de la interdependencia de los diferentes grupos sociales (mediante nuevas formas de autoridad compartida), y afirma, por el contrario, que los derechos de los individuos aparecen, así, como atributos de un Estado nacional, que representaría a una sociedad supuestamente homogénea en su conjunto”.

Pero no sólo el pensamiento jurídico expresado en iusnaturalismo o iuspositivismo suele simplificar derechos humanos. Por otro lado, Joaquín Herrera señala que en el mundo contemporáneo la polémica de derechos humanos se ha centrado en dos visiones, dos racionalidades y dos prácticas: la visión *abstracta* y la visión *localista*. Si bien es cierto que esta clasificación es limitada – pues la discusión sobre derechos humanos puede ser motivo a otras clasificaciones –, sirve a este autor para defender la necesidad de una comprensión compleja de derechos humanos. Señala que la primera visión se encuentra vacía de contenidos y referencias a las circunstancias reales de las personas y centrada en torno a la concepción occidental de derecho y el valor de la identidad; mientras que la segunda predomina lo propio por encima de lo de los demás, centrándose en una idea particular de cultura y valorando la diferencia. El problema surge cuando cada una de estas visiones se defiende por su lado y tiende a considerar inferior o a desdeñar lo que la otra propone (HERRERA, 2000a, p. 68). Finalmente, ambas posturas desconocen parcelas de la realidad que deben considerarse en las luchas de liberación de los pueblos.

Una visión compleja pretende asumir la racionalidad del sujeto vivo, que, al ser víctima de un sistema, ejerce una práctica de liberación. Por eso, como señala Herrera, con esta visión se pretende “superar la polémica entre el pretendido universalismo de los derechos y la aparente particularidad de las culturas” (HERRERA, 2000a, p. 68). Y esto porque ambas posturas terminan ontologizando y dogmatizando sus puntos de vista y no relacionan sus postulados y propuestas con los contextos reales. Es decir, conducen finalmente en ser posturas idealistas, que niegan de una u otra forma la materialidad de la historia. Sea excluyendo de la historia a derechos humanos, o insertándolos en una concepción idealista o estática de ella.

Si el derecho desea asumir el tema medioambiental en serio, debe asumir una comprensión compleja de derechos humanos, y de ahí que sea crítica a los pensamientos simplificadores. Por eso, señala Sánchez Rubio, se ha de criticar al derecho en cuanto “determinada manera de entenderlo, interpretarlo y aplicarlo. Su más clara manifestación es el formalismo jurídico que, por lo general, es dictado y defendido por una elite o minoría poderosa que actúa

sistemáticamente en perjuicio de la mayoría de la población” (SÁNCHEZ RUBIO, 1999, p. 241). Formalismo jurídico propio del positivismo como pensamiento simplificante, pues “en el instante que olvidamos que lo formal está en nuestras estructuras mentales – las ideas regulativas o los conceptos trascendentales son claros ejemplos – y creemos que está en los objetos de la experiencia, perdemos la noción de la realidad junto a toda su complejidad y multidimensionalidad” (SÁNCHEZ RUBIO, 1999, p. 245).

Hacia una comprensión compleja de derechos humanos

Diversos autores relacionados con los procesos emancipatorios de pueblos o sujetos oprimidos por las actuales estructuras de la globalización capitalista han destacado la importancia de trascender de una visión simplificadora de derechos humanos a una compleja. Así, por ejemplo, inspirado en gran parte por la filosofía de Ignacio Ellacuría, Juan Antonio Senent (2007, p. 29) afirma:

“[L]a perspectiva que (...) vamos a adoptar está marcada por la búsqueda de una ‘visión compleja’ del fenómeno de los derechos humanos que reconozca la dimensión ‘procesual’ de la dinámica de los derechos humanos. Ya adelantamos que no pretendemos que nos darnos ni en una dimensión positiva e institucional, ni meramente axiológica, ni moral como explicación suficiente del fundamento de los derechos. Más bien trataremos de dar cuenta de lo que está posibilitando en un sentido radical el complejo fenómeno histórico que representan los derechos humanos”.

Por su parte, David Sánchez Rubio señala que ante los procesos sociopolíticos y socioeconómicos de transformación y de reestructuración del capitalismo en un contexto de globalidad, el paradigma epistemológico y racional-científico de la simplicidad y técnico-formal estatalista fracasa, mostrándose insuficiente y carente. Por lo tanto, hace un llamado a ejercitar el pensamiento complejo en el siguiente sentido:

“El imaginario positivista, formal y estatalista del Derecho se derrumba con este nuevo paradigma de la complejidad. Si la simplicidad fragmenta, divide e incomunica a los saberes, (...) ahora hay que apostar por la interacción y la interdisciplinariedad de las racionalidades. No sólo se trata de abrirse a otras disciplinas y luchar contra la resistencia gremial y los celos corporativos. Los horizontes de las disciplinas deben abrirse desde su interior. Se amplía la comunicabilidad de todas las partes de lo real. No es que únicamente el Derecho se relacione con la Economía, la Ética y/o la Política, sino que al interior de lo jurídico hay elementos económicos, políticos, culturales, éticos y de género. Lo mismo sucede con el resto de los ámbitos en los que se desarrollan las relaciones humanas” (SÁNCHEZ RUBIO, 2010, p. 19).

Las praxis de liberación que han efectuado diversos sujetos en los últimos tiempos muestran que el pensamiento simplificante del derecho no da cuenta cabalmente de la realidad. Por eso se ha visto obligado a abrirse a la complejidad, a recuperar su conexión con la realidad, y de ahí que Boaventura de Sousa Santos señale que actualmente “el derecho, que redujo la complejidad de la vida jurídica a la seguridad de la dogmática, redescubre el mundo filosófico y sociológico en busca de la prudencia perdida” (SANTOS, 2009, p. 48).

Una visión compleja de derechos humanos busca no mutilar lo humano; parte del sujeto vivo y lo mantiene como su punto crítico. No cae en el solipsismo normativo, ni en el formalismo, sino que aborda derechos humanos desde las diversas parcelas de la realidad histórica donde inciden. Esto porque son momentos de la praxis de liberación de los seres humanos que se constituyen como sujetos en el encuentro con otros sujetos y con el mundo, en busca de producir, reproducir y desarrollar sus vidas.

La comprensión compleja de derechos humanos está en función de una teoría crítica de ellos. Si entendemos por teoría crítica, entre otras cosas, “toda teoría que no reduce la ‘realidad’ a lo que existe” (SANTOS, 2000, p. 23), entonces las visiones simplificadoras de los derechos humanos no pueden tener

este carácter. Su pretensión de delimitar *con precisión y con claridad* a derechos humanos conlleva pensar la realidad sólo a lo que existe. Es decir, una visión compleja de derechos humanos está en función de abrir el pensamiento para valorar las alternativas a lo dado empíricamente. Derechos humanos debe ser motivo, más que de conformidad con un “sistema constitucional de derechos”, de incomodidad, de inconformismo y de indignación ante las realidades que deben ser transformadas y superadas.

Optar por una comprensión compleja de derechos humanos conlleva algunas implicaciones, si desea servir para un pensamiento crítico (SANTOS, 2000, p. 31ss). A continuación, reflexionaremos explícitamente sobre ellas.

Pluralidad cultural de derechos humanos

Una comprensión compleja debe posibilitar superar el *monoculturalismo* y asumir el *pluralismo cultural*.⁷ Desde los criterios de la praxis, la intersubjetividad y la vida, se puede construir esta pluriversalidad de derechos humanos; la visión compleja debe permitir el encuentro con el otro, y construir su concepto desde esa apertura. Por eso, debe ser una visión capaz de comprender los diversos procesos de cada cultura que van encaminados a potencializar la praxis humana con el fin de establecer las condiciones para la producción y reproducción de vida.

El problema de la pluriculturalidad y los derechos humanos ha sido analizado desde diversas corrientes del pensamiento crítico.⁸ Boaventura de

7 Boaventura habla de pasar del monoculturalismo al multiculturalismo, pero nosotros optamos por conceptos como “pluralismo cultural” o “pluriversalismo”, para diferenciar la postura crítica a la “multiculturalista” hegemónica, que básicamente propone que el Estado sea quien administre las diferencias culturales con el fin de promover una “convivencia”. No obstante, este tipo de multiculturalismo termina fortaleciendo a la larga las tramas de dominación, al ser la cultura dominante la que, desde su perspectiva, administra el espacio público.

8 Cabe señalar que el tema de la pluralidad cultural y derechos humanos ha cobrado gran importancia tanto en el pensamiento hegemónico como en el periférico y crítico de derechos humanos: liberales, multiculturalistas, igualitaristas, comunitaristas, socialdemócratas, republicanistas, marxistas etc., podrían mencionarse como unas de las muchas corrientes que lo analizan. La bibliografía al respecto es abundante; por citar algunas obras: VIDAL-BENEYTO, 2005; CALVO GARCÍA, 2002; GUTIÉRREZ MARTÍNEZ, 2006. Reconociendo esta riqueza de perspectiva, no obstante, en función del horizonte de nuestra investigación, nos interesan las

Sousa Santos establece ciertas premisas necesarias para un diálogo intercultural sobre derechos humanos. Son premisas que debe asumir una concepción compleja, como la que creemos se sostiene desde la FL. Estas premisas son las siguientes (SANTOS, 2009, pp. 517-518):

- a. Trascender el debate sobre universalismo y relativismo cultural: Es un debate falso que perjudica el uso liberador de los derechos humanos. El *universalismo* debe ser superado por diálogos transculturales sobre preocupaciones isomórficas, y el *relativismo* ha de ser superado desarrollando criterios procedimentales transculturales para distinguir la política progresista de la conservadora, el apoderamiento del desapoderamiento, la emancipación de la regulación.
- b. Todas las culturas poseen ideas sobre la dignidad humana pero no todas la conciben como equivalente a los derechos humanos.
- c. Todas las culturas son incompletas y problemáticas en sus concepciones de la dignidad humana.
- d. Ninguna cultura es monolítica, y, por lo tanto, dentro de ellas mismas existen diversas versiones de la dignidad humana.

Una idea que puede ser retomada para reflexión sobre la pluriculturalidad de derechos humanos es el criterio de *riqueza humana* expresada por Joaquín Herrera. Este criterio se refiere a la posibilidad de reacción que toda persona posee frente al entorno de relaciones en que se encuentra, en búsqueda de tener acceso a los bienes propicios para una vida digna. Para que derechos humanos sean instrumentos a través de los que se pueda llevar a cabo este criterio, no se debe universalizar una concepción de ellos o mantener que todas las visiones y prácticas son igualmente válidas. Es

posturas críticas al respecto, que ven en la pluralidad cultural no un problema incompatible con derechos humanos sino una característica de la realidad histórica de la cual el pensamiento debe hacerse cargo. Además, tomamos principalmente pensamientos que no se adscriben dentro del pensamiento hegemónico, tendiente a la simplificación y lejano a las praxis de liberación. De ahí que dialoguemos principalmente con pensamientos como el de Boaventura de Sousa Santos, Joaquín Herrera y David Sánchez Rubio.

decir, ni el universalismo ni el relativismo son propios de un pensamiento complejo; ambas posturas simplifican la realidad histórica donde se desarrollan derechos humanos.

En primer lugar, se deben considerar a derechos humanos como *productos culturales*, y que no son por lo tanto algo previo a la praxis histórica. Ambos, tanto derechos humanos como praxis van de la mano en la construcción de condiciones sociales, culturales, económicas y políticas que propician el desarrollo de las capacidades humanas y el acceso a los bienes adecuados para ello. Por eso, se debe rechazar cualquier universalismo que imponga a priori el contenido de los derechos, como si ellos pretendieran ser el patrón de medida para una humanidad perfecta. En cambio, derechos humanos deben ser vistos como productos de luchas culturales, sociales, económicas y políticas que buscan la transformación de las relaciones de poder para generar un acceso igualitario a los bienes para la producción de vida. Al considerarlos productos culturales, derechos humanos constituye, para Herrera, una realidad de tres caras:

“[S]on la consecuencia y la posibilidad de actuar individual y colectivamente por ver reconocidas y puestas en práctica las diferentes y plurales visiones que tengamos de nuestras capacidades y necesidades (esfera *política* de los derechos), con el objetivo de ‘ajustar’ (esfera *axiológica* de los derechos) el mundo a lo que en cada momento y en cada lugar se entienda por dignidad humana (esfera *teleológica* de los derechos). La mayor violación hacia los derechos humanos consistirá en prohibir o impedir, del modo que sea, que individuos, grupos o culturas puedan expresar y luchar por su dignidad” (HERRERA, 2000b, pp. 264-265).

Es necesario que la visión compleja sobre derechos humanos esté abierta a la creatividad pluricultural; que posibilite que otros grupos humanos, otros colectivos y otras comunidades, sean capaces de crear sus propios procedimientos e instituciones sociojurídicos encaminados a la emancipación;

que puedan recrear derechos humanos para satisfacer sus necesidades de vida desde sus propias circunstancias y tramas sociales. Es decir, que puedan crear “otro conjunto de ficciones y supuestos, favorables ahora, no sólo a una clase social, la que triunfa con las revoluciones burguesas, sino a los colectivos tradicionalmente marginados de la ficción hegemónica: indígenas, inmigrantes, mujeres...” (HERRERA, 2005, p. 208).

Pero la complejidad de derechos humanos no significa fomentar el relativismo cultural o culturalismo. Estas posturas corren los mismos riesgos que el universalismo, al absolutizar una perspectiva y simplificar la realidad a una sola visión. Se olvidan que dentro de la complejidad de la realidad histórica, las culturas son incompletas además de que todas están afectadas por condiciones materiales. Es decir, el culturalismo conduce a un nuevo idealismo simplificador cuando cree que *todo* es cultura, pasando por alto las relaciones que están estrechamente marcadas por la materialidad de la historia. La consecuencia básica de estas posturas en derechos humanos, Joaquín Herrera la describe de la siguiente forma:

“Cuando el culturalismo considera que todo es cultura, concibe a los productos culturales –por ejemplo, a los derechos humanos– como dato básico de lo real; es decir, como algo que no está contaminado por algún tipo de relaciones sociales, psicológicas o naturales. El producto cultural queda, pues, descontextualizado y separado de las condiciones de producción y reproducción de la vida y de la acción humanas. En otros términos, se le coloca en un pedestal que no le pertenece, ya que lo cultural no se da en el vacío, sino que aparece siempre como reacción frente a una determinada configuración de relaciones” (HERRERA, 2005, p. 128).

Es decir, para que la visión compleja de derechos humanos realmente asuma la pluralidad cultural del mundo, es necesario comprender que los procesos culturales no fundan la realidad, sino que se encuentran y son parte de ella. Lo que la cultura otorga al sujeto es un instrumental simbólico que permite

a la riqueza humana reaccionar ante determinada configuración de relaciones y tramas sociales. En este sentido, un primer acercamiento a una comprensión compleja de derechos humanos los vería como “procesos de apertura y consolidación de lucha por diversas formas de entender la **dignidad humana**” (SÁNCHEZ, 2010, p. 20). Así, derechos humanos no se comprenderían como “datos básicos de lo real” ajenos a los procesos históricos, sino que se pondría énfasis en su carácter procesual. Se rechaza entonces un concepto universal de dignidad humana, pero no en función de defender un relativismo ético. Más bien se opta por la construcción de una “pluriversalidad”, como ya se ha dicho, donde desde cada cultura o desde cada encuentro intercultural se generen procesos de lucha por instaurar condiciones materiales que hagan posible la producción y reproducción de la vida.

La perspectiva de la víctima

Una comprensión compleja debe asumir la perspectiva de la víctima, como bien señala Herrera: “[L]a visión compleja de los derechos apuesta por situarnos en la *periferia*. Centro sólo hay uno. Lo que no coincida con él es tildado peyorativamente de periferia. Periferias hay muchas. En realidad, todo es periferia si aceptamos que no hay nada puro y que todo está relacionado” (HERRERA, 2000a, p. 69). Queremos destacar que esta perspectiva tiene que asumirse en el actual contexto de globalización. Ubicar a derechos humanos como elementos de derecho internacional que se van imponiendo a los diversos estados del mundo es una visión simplista, que no siempre corresponde a la visión de las víctimas. Es necesario pensar derechos humanos en la globalidad desde las luchas de los pueblos, desde la construcción de alternativas sociopolíticas y económicas *desde abajo*. Es decir, parte de la complejidad de derechos humanos es su ubicación como elementos interculturales en un contexto de globalización o mundialización.

Para Santos, lo que llamamos globalización consiste en series de relaciones sociales, y según cambian éstas lo hace también aquélla. Por eso, más que una globalización debe hablarse de globalizaciones. Define la globalización de la siguiente manera: “[E]l proceso por el cual una condición o entidad local

dada logra extender su alcance por todo el globo y, al hacerlo, desarrolla la capacidad de designar como local a alguna entidad o condición social rival” (SANTOS, 2009, p. 230). Desde esta perspectiva, lo que se llama globalización en el actual sistema-mundo es la globalización exitosa de un localismo. Las globalizaciones pueden distinguirse en cuatro modos, según su producción: localismos globalizados, globalismos localizados, cosmopolitismo y herencia común de la humanidad (SANTOS, 2009, p. 231-232). Los dos primeros modos abarcan la globalización hegemónica, pues surgen de las fuerzas del capitalismo global, y llevan a cabo la integración global sea por exclusión o por inclusión. Las otras dos formas son las globalizaciones contrahegemónicas.

El *localismo globalizado* consiste en el proceso por el cual un fenómeno local es globalizado con éxito; puede ser la operación mundial de las empresas transnacionales, la imposición del inglés como *lingua franca*, la globalización de la comida rápida o de las leyes de propiedad industrial de los Estados Unidos. El *globalismo localizado* consiste en el impacto específico de las prácticas e imperativos transnacionales en las condiciones locales; éstas son desestructuradas y reestructuradas con el fin de responder a aquéllos. Como ejemplo podemos citar los enclaves de libre comercio; la deforestación y el deterioro de los recursos naturales de los países que están sometidos al pago de deuda externa; el uso turístico de los tesoros históricos y lugares religiosos, de las artes, las artesanías y la vida salvaje; la transformación de una agricultura para la subsistencia a una orientada a la exportación; etc. En este contexto, señala Boaventura, “la división internacional del globalismo asume el siguiente patrón: los países centrales se especializan en los localismos globalizados, mientras que a los países periféricos les es impuesta la alternativa de los globalismos localizados. El sistema mundial y, más específicamente, lo que en él es designado como globalización, es una red de globalismos localizados y localismos globalizados” (SANTOS, 2002, p. 57).

Por otro lado, en el *cosmopolitismo* se comprenden las relaciones de poder y de interdependencia de forma compleja, y se considera que las formas de dominación prevalentes no excluyen la posibilidad de que los sujetos subordinados –sean estados, grupos sociales etc. – se organicen

transnacionalmente en defensa de intereses percibidos como comunes y usen en su provecho las posibilidades de interacción transnacional creadas por el sistema mundial. “El cosmopolitismo no es nada más que el establecimiento de una red de luchas locales progresistas, con el fin de maximizar su potencial emancipador *in locu* a través de conexiones translocales/locales” (SANTOS, 2002, p. 60). Mientras que el *patrimonio común de la humanidad* –en un uso libre de la expresión tomada del derecho internacional– se refiere al surgimiento de problemas que, por su naturaleza, son tan globales como el globo mismo, tales como aquéllos relacionados con la posibilidad de la permanencia de la vida humana en la Tierra (cuestiones ambientales como la capa de ozono, el calentamiento global etc.).

Boaventura de Sousa Santos observa que derechos humanos pueden concebirse como una modalidad de localismo globalizado o como una modalidad de cosmopolitismo subalterno e insurgente. Aquella modalidad sería una globalización desde arriba, mientras que ésta sería desde abajo. Si se defiende los derechos humanos como “universales” –desde un paradigma de la simplicidad – tenderán a funcionar como localismos globalizados, como una forma de globalización desde arriba. En cambio, si se desea que funcionen como una forma de globalización cosmopolita, contrahegemónica, entonces deberán ser repensados desde la perspectiva de las víctimas y la pluralidad cultural.

Si la globalización de derechos humanos se estudia como la expansión de una única razón, desde las prácticas jurídicas hegemónicas, como lo son las instancias internacionales promovidas por los países del centro geopolítico, entonces se simplifica su comprensión. Estudiar el contenido de los instrumentos internacionales de derechos humanos y los procedimientos reglamentados para las instancias respectivas, sin dar cuenta de si su uso y su práctica responden a una globalización hegemónica o a una globalización contrahegemónica, es una visión idealista y simplista. En cambio, una perspectiva compleja debe atender al uso y a la práctica que la “comunidad de víctimas” – por usar un término de Dussel – da de los instrumentos e instancias internacionales, y en general al discurso de “derechos humanos”. Es decir, la complejidad de derechos humanos debe evidenciar si la praxis histórica es de opresión o de

liberación, si funcionan como localismos globalizados o como globalización cosmopolita, si son herramientas para construir una globalización desde arriba o una globalización desde abajo. Por eso, la comprensión compleja debe ser coherente con e incluir las prácticas jurídicas populares, que buscan ampliar – y por qué no también corregir – el canon hegemónico de derechos humanos a través de lo que hemos llamado “nuevos derechos”. Es lo que Santos señala como *legalidad cosmopolita subalterna* que es “una forma de teoría y práctica sociojurídica adecuada para comprender y profundizar la acción y el pensamiento políticos encarnados por la globalización contrahegemónica” (SANTOS-RODRÍGUEZ, 2007, p. 10).

Derechos humanos y procesos históricos

La complejidad de derechos humanos bien puede comprenderse como una teoría crítica. Ahora bien, si tomamos en cuenta que “toda teoría crítica de la sociedad no es más que la dimensión intelectual del proceso histórico de emancipación” (HERRERA, 2005, p. 177), entonces debemos contextualizar derechos humanos en esos procesos. Entonces ellos no se estarían comprendiendo políticamente como entidades naturales o derechos infinitos, sino como reacciones antagonistas frente a un determinado conjunto de relaciones sociales nacidas en una precisa realidad histórica. En esto, de nuevo podemos hacer referencia al pensamiento de Joaquín Herrera y a su comprensión de productos cultural (HERRERA, 2005, pp. 120ss.).

Derechos humanos pueden ser elementos de praxis de liberación o praxis de opresión, es decir, como productos culturales surgen en contextos concretos, donde se dan relaciones no neutrales. En nuestra realidad histórica, los procesos de derechos humanos hay que entenderlos “como procesos llevados a la práctica en el marco de las relaciones sociales impuestas por el capital – no los derechos humanos ‘en sí mismo considerados’ como despliegue humanista de una naturaleza humana eterna y abstraída de sus condiciones sociales de existencia. Por ello, su historia no puede ser entendida si únicamente vemos los diferentes textos en los que se han intentado positivizar” (HERRERA, 2005, pp. 143-144). Por tanto, pueden tender hacia la regulación o hacia la

emancipación; en el primer caso, mantienen el *statu quo* desde perspectivas de cierre al cambio y a la transformación social, mientras que en el segundo caso, generan una interacción dinámica con el entorno y propician aperturas de cambio y de transformación.

Como *productos culturales reguladores*, derechos humanos tienden al cierre de los circuitos de “reacción cultural”, es decir, se vuelven procesos ideologizantes que impiden a actores sociales la creación de producciones culturales, bloqueando la posibilidad de intervenir en los entornos de relaciones en que están situados. Se convierten también en procesos coloniales que impiden la interacción con otros procesos culturales en un plano de igualdad económica y niegan la igual capacidad para hacer valer sus propias convicciones. Y, además, se vuelven procesos totalitarios o procesos democráticos débiles (meramente formales) en los que los actores sociales no pueden construir alternativas de acción social a los dominantes ni modificar las estructuras políticas y económicas hegemónicas. Por otro lado, como *productos culturales emancipadores*, derechos humanos se constituyen en procesos en los que todos los actores sociales pueden reaccionar creando producciones culturales en función de las tramas sociales en que están situados. En lugar de procesos colonialistas, derechos humanos deben ser procesos abiertos a la interacción con otros procesos culturales, creando espacios de diálogo basados en la igualdad de acceso a bienes y en la igual capacidad de hacer valer sus convicciones. Por último, se generan como procesos de “democracia sustantiva y radical” en los que los actores sociales pueden construir alternativas de acción social y modificar las estructuras políticas y económicas.

Pero para que derechos humanos sean procesos emancipadores debemos tener en cuenta el uso y la práctica que de ellos hacen las víctimas; como bien señala Santos, “[l]a manera en que el potencial del derecho evoluciona, ya sea hacia la regulación o la emancipación, no tiene nada que ver con la autonomía o reflexividad propia del derecho, sino con la movilización política de las fuerzas sociales que compiten entre sí” (SANTOS, 2009, p. 53).

Derechos humanos no son categorías ideales, sino que se van creando y recreando según se va dando la construcción social. Al conocer

derechos humanos, desde una visión compleja, es importante tener presente los contextos, las tramas sociales y los procesos que les dan sustento. Tener en cuenta los actos, los sujetos implicados y sus condiciones materiales de producción y reproducción de vida. Deben ser concebidos desde un pensamiento que desvele los conflictos de intereses que se encuentran detrás de las ideologizaciones, e se han de insertar en los contextos sociales, culturales y políticos en que se generan. El pensamiento complejo es capaz de dialogar con una realidad que nos muestra que frente a hechos nuevos, a nuevas formas de opresión, se han de generar nuevas formas de resistencia. Suponer que esas nuevas formas de resistencia son ajenas a derechos humanos por temor a una “ampliación indebida, vaga o con gran carga sentimental” del catálogo de derechos, significa favorecer una manera de clausurar el diálogo con la realidad, de favorecer procesos de cierre y dejarse dominar por el pensamiento simplificador. Los procesos generadores de “nuevos derechos” quedan excluidos de derechos humanos si a estos los comprendemos como “identidades imaginarias y pasivas”. Se deben superar las abstracciones que reducen al ser humano a ente-lequias, despojadas de cuerpo, de necesidades y de carencias. Tiene que estar enfocada en el sujeto vivo, el de carne y hueso.

Asumir la dimensión utópica de derechos humanos

Un pensamiento crítico no puede reducir la realidad a lo que existe, sino que debe reflexionar sobre las alternativas que pueden abrirse al futuro. Si derechos humanos asumen esta característica, entonces será más fácil que se constituyan en procesos de emancipación y no de regulación. En efecto, la comprensión compleja de derechos humanos comprende una dimensión utópica: “[L]os derechos humanos figuran siempre como la utopía, como el horizonte utópico realizable, aunque cometido a obstáculos que impiden constantemente su plena satisfacción” (HERRERA, 2000a, p. 52).

Esta dimensión tiene un carácter dialéctico, pues la denuncia de las situaciones de violación de derechos humanos y la utopía se potencian mutuamente. Es necesario un horizonte utópico para que se dé la toma de conciencia de que algo puede ser superado; pero también se requiere una

constatación del origen estructural de la negación de derechos humanos (de su privación y violación), para que dicha toma de conciencia adquiera la forma de un auténtico dinamismo de lucha y de exigencia real de bienes. Por eso, “la denuncia sin utopía es, hasta cierto punto, ciega, pero la utopía sin denuncia es prácticamente inoperante, más aún, eludidora del compromiso real” (ELLACURÍA, 2001, pp. 438-439).

La dimensión utópica está estrechamente relacionada con el sujeto vivo, de la praxis e intersubjetivo que hemos afirmado como fundamento de derechos humanos. Podemos llamarla en cierta forma, siguiendo a Santos, una “subjetividad latinoamericana” en el siguiente sentido:

“La subjetividad y la sociabilidad de *Nuestra América* son incómodas para el pensamiento institucionalizado y legalista, pero son afines al pensamiento utopista. Por utopía entiendo aquella exploración imaginativa de nuevos modos y estilos de capacidad y voluntad humanos, y la confrontación imaginativa de la necesidad de todo lo que existe –sólo porque existe– en pos de algo radicalmente mejor, por el cual vale la pena luchar, algo que la humanidad se merece plenamente.” (SANTOS, 2009, p. 242).⁹

Ubicar derechos humanos en un horizonte utópico, en el sentido mencionado, nos conduce a rechazar toda clase de *utopismo*. Tanto aquel utopismo que fácilmente conduce a totalitarismos, sean estatales o de mercado, cuyas posturas pueden reflejarse en la afirmación *estamos construyendo el único mundo posible*, o en posturas *anti-utópicas* (o *utopismos irreflexivos*) que acusan a las “utopías” o a los “grandes relatos” de *querer construir paraísos en la tierra, pero en realidad construyen infiernos*. De forma semejante, derechos humanos como ideales utópicos se constituyen en principios de la praxis que quiera

9 Esto no significa que la fundamentación que propusimos tenga que restringirse a derechos humanos en América Latina, pues como bien acota Boaventura: “*Nuestra América* debe desterritorializarse y convertirse en la metáfora de la lucha que emprenden las víctimas de la globalización hegemónica por todas partes, sea el Norte, el Sur, Oriente u Occidente” (SANTOS, 2009, p. 255).

combatir los discursos cínicos, los cuales no constituyen una ideologización sino que pretenden imponer sus principios como los únicos válidos; caso que se da, por ejemplo, en la simplificación de los derechos sociales cuando se afirma que éstos *son postulados del estado de derecho que no los puede realizar pues dependen de la economía, la cual es el auténtico campo de batalla y, como en cualquier batalla, hay perdederos, bien haría el estado en dejarlos fuera de sus obligaciones*. Reivindicar el principio de la vida o de la solidaridad por encima del principio de la eficiencia empresarial o del mercado capitalista, dentro de un horizonte utópico, es una manera en que los derechos humanos pueden mostrarse como momento intelectual de la praxis de liberación.

Comprender los derechos humanos como *ideales utópicos* posibilita, entonces, que no se conviertan en un discurso hegemónico que impida y anule procesos de liberación, sino al contrario: que sean momentos ideológicos que faciliten la construcción de prácticas sociales e históricas, de procesos culturales abiertos, que permitan al ser humano vivir con el máximo de dignidad.

Asumir el criterio de la producción y reproducción de la vida

Una visión compleja de derechos humanos debe asumir el criterio de vida, asumiendo que uno de sus fundamentos es el sujeto vivo. En este sentido, Herrera señala que “[h]ablar, convencional y materialistamente, de los derechos humanos es hacerlo de actores en lucha por transformar las condiciones de acceso a los bienes necesarios para construir una vida digna” (HERRERA, 2005, p. 250).

Ignacio Ellacuría conceptuaba derechos humanos como aspiraciones naturales –es decir, aspiraciones con un fundamento biológico-ético-. Esta concepción la fundamenta en un “[h]umanismo histórico, dinámico, pero a la vez estructural, materialmente metafísico, ‘intramundano’” (SALAMANCA, 2006, p. 7), donde el acento por la lucha por la justicia se vincula con las *necesidades* de vida del pueblo y no con las *reivindicaciones*. Esto porque el ser humano no es “una generalidad unívoca y abstracta, que se repite multiplicadamente en los hombres concretos, sino, especialmente en lo que toca a los problemas del derecho, es una realidad escindida entre el que lo

disfruta y el que lo padece y (...) es una realidad dialéctica entre el fuerte y el débil, entre el señor y el esclavo, entre el opresor y el oprimido” (ELLACURÍA, 2001, p. 435). Con esto se busca subrayar la materialidad de las prescripciones éticas (necesidades vitales) de la comunidad. Salamanca dice al respecto:

“[C]onviene tener claros los límites del ámbito de autonomía normativa que tiene el pueblo. La autonomía es para determinar qué necesidades materiales son relevantes para comunitariamente asegurar la producción y reproducción de vida del pueblo en un momento histórico. La autonomía es también para ‘positivarlas’ históricamente como derechos, y protegerlos mediante el uso coactivo de la fuerza. El ámbito de autonomía no se extiende hasta el punto de pensar que el pueblo ‘crea’ las necesidades materiales que le permiten la reproducción de vida. Respecto a la existencia de las necesidades vitales el pueblo no tiene decisión, sino que, si quiere vivir, ha de ‘atenerse’ a la imposición de la naturaleza. El sueño del pueblo de una autonomía normativa ilimitada es un delirio. Es decir, la soberanía de la vida no se discute, sino que se respeta. Esto es importante señalarlo frente a todo tipo de idealismo o voluntarismo jurídico arbitrario” (SALAMANCA, 2006, p. 13).

Ubicar el criterio de la vida dentro de una visión compleja nos posibilita abordar los derechos humanos desde distintas tradiciones culturales sin caer en un relativismo ético, pues a fin de cuentas los procesos de liberación van concretando las aspiraciones naturales que la realidad posibilita en un momento dado. Es decir, las necesidades no son equívocas (lo que sí serían las reivindicaciones, fundadas en un voluntarismo o idealismo jurídico arbitrario), pero tampoco se consideran las necesidades como una cuestión unívoca en el ser humano (lo que sería un materialismo vulgar o una metafísica no dinámica), sino que las necesidades del pueblo son fundamentadas bioéticamente, y la estructura dinámica del ser humano permite cierta pluralidad histórica de ellas y de sus medios de satisfacción. En sentido contrario, perder este criterio

conduce a una visión simplificante que nos encadena a una sola tradición cultural (la liberal occidental): “Cuando se lucha únicamente por derechos –y no por el acceso a los bienes necesarios para una vida digna–, ya estamos luchando entrampados en la jaula de hierro del liberalismo individualista dominante en la concepción jurídica occidental” (HERRERA, 2005, p. 251).

Una vez analizados las diversas implicaciones que conlleva asumir una visión compleja de derechos humanos, intentemos acercarnos a una conceptualización. Por supuesto que no pretendemos dar una definición acabada, lo que sería incoherente con lo que hemos dicho, sino más bien buscamos esbozar un acercamiento abierto que a partir de él se pueda construir la visión compleja que defendemos.

Joaquín Herrera define derechos humanos “como *sistemas de objetos (valores, normas, instituciones) y sistema de acciones (prácticas sociales) que posibilitan la apertura y la consolidación de espacios de lucha por la dignidad humana*” (HERRERA, 2000a, p. 52). Por su parte, Sánchez Rubio los comprende como “prácticas y medios discursivos, expresivos y normativos que propugnan por reinsertar a los seres humanos en el circuito de reproducción y mantenimiento de la vida, permitiendo abrir espacios de interpelación, de lucha y de reivindicación” (SÁNCHEZ RUBIO, 2007, p. 34), además de “realidades normativas e institucionales que se van construyendo socialmente a través de la coimplicación de la praxis social, la constante producción de necesidades y el proceso de valorización colectiva sobre los bienes” (SÁNCHEZ RUBIO, 1999, p. 181). Por último, volvemos a mencionar la definición dada por Antonio Salamanca: “la formulación jurídica de la obligación que tiene la comunidad de satisfacer las necesidades materiales del pueblo para producir y reproducir su vida” (SALAMANCA, 2006, p. 26).

Estos tres acercamientos pueden servir de base para una visión compleja. Entender a derechos humanos como un conjunto de prácticas sociales, simbólicas, culturales, jurídicas, económicas e institucionales de la “comunidad de víctimas”, que les permite constituirse en sujeto y reaccionar contra los excesos de cualquier tipo de poder, modificando las tramas sociales para lograr acceder a los bienes para la satisfacción de las necesidades de

producción y reproducción de vida, es un punto de partida adecuado para una comprensión compleja de derechos humanos. Es una formulación general y amplia, mas no equívoca sino análoga, que permite dar cuenta de la necesidad de las víctimas de tomar conciencia de su situación y generar prácticas para hacer valer sus derechos humanos. Además, obliga a abandonar visiones abstractas de lo jurídico que magnifican el papel solitario del sistema jurídico positivo en la protección de las personas, las comunidades y los pueblos, y en cambio conduce a atender un sistema amplio de garantías de diversa naturaleza –económico, cultural, jurídico, político, educativo etc. – que sean parte de las luchas sociales por el acceso a los bienes necesarios para la producción de vida.

CONCLUSIÓN

Para que el derecho al ambiente sano sea comprendido como derecho humano, de manera integral, se debe asumir el paradigma de la complejidad. De lo contrario, se corre el riesgo de desconocer parcelas de la realidad donde se ve implicado dicho derecho.

Una comprensión compleja de derechos humanos permite insertar la lucha por el ambiente como expresión de parte de los procesos históricos en que las víctimas de los sistemas –incluyendo la Naturaleza, yendo más allá de una perspectiva antropocéntrica– inician luchas de contenido utópico para generar las condiciones necesarias para la producción y reproducción de la vida.

REFERÊNCIAS

ATIENZA, Manuel. **Introducción al derecho**. Barcelona: Barcanova, 1989.

CALVO GARCÍA, Manuel. **Identidades culturales y derechos humanos**. Madrid: Dykinson-Instituto Internacional de Sociología Jurídica de Oñati, 2002.

ELLACURÍA, Ignacio. Historización de los derechos humanos desde los pueblos oprimidos y las mayorías populares. *In: Escritos Filosóficos*. t. III. San Salvador: UCA Editores, 2001.

ELLACURÍA, Ignacio. **Filosofía de la realidad histórica**. San Salvador: UCA Editores, 1999.

FARIÑAS DULCE, José María. **Los derechos humanos**: desde la perspectiva sociológico-jurídica a la “actitud postmoderna”. Madrid: Instituto Bartolomé de las Casas/Dikinson, Madrid, 2006.

GUTIÉRREZ MARTÍNEZ, Daniel. **Multiculturalismo**: desafíos y perspectivas. México: Siglo XXI-Colegio de México-UNAM, 2006.

HERRERA FLORES, Joaquín. Hacia una visión compleja de los derechos humanos. *In: El vuelo de Anteo*. Derechos humanos y crítica de la razón liberal. Joaquín Herrera (Ed.). Bilbao: Desclée de Brouwer, 2000a.

HERRERA FLORES, Joaquín. La riqueza humana como criterio de valor. *In: El vuelo de Anteo*. Derechos humanos y crítica de la razón liberal. Joaquín Herrera (Ed.). Bilbao: Desclée de Brouwer, 2006b.

HERRERA FLORES, Joaquín. **Los derechos humanos como productos culturales**: crítica del humanismo abstracto. Madrid: Catarata, 2005.

HINKELAMMERT, Franz. **El grito del sujeto**. San José: DEI, 1998.

HOUTZAGER, Peter P. El Movimiento de los Sin Tierra, el campo jurídico y el cambio legal en Brasil. *In: SANTOS*, Boaventura de Sousa; RODRÍGUEZ, Cesar A. (Ed.). **El derecho y la globalización desde abajo**. Hacia una legalidad cosmopolita (trad. Carlos F. Morales). México: Anthropos-Universidad Autónoma Metropolitana, 2007, pp. 197-216.

KELSEN, Hans. **Teoría pura del derecho** (trad. Eduardo García Máynez). México: Editora Nacional, 1965.

LAPORTA, Francisco. Respuesta a Pérez Luño, Atienza y Ruiz Manero. *In: Doxa*, n. 4, 1987.

LAPORTA, Francisco. Sobre el concepto de derechos humanos. *In: Doxa*, n. 4, 1987.

MORIN, Edgar. **El paradigma perdido**: ensayo de bioantropología (trad. Domènec Bergadè). Barcelona: Kairós, 2005a.

MORIN, Edgar. **Introducción al pensamiento complejo** (trad. Marcelo Pakman). Barcelona: Gedisa, 2005b.

PUREZA, Juan Manuel. Usos contrahegemónicos defensivos y de oposición del derecho internacional: de la Corte Penal internacional a la herencia común de la humanidad. *In: SANTOS, Boaventura de Sousa; RODRÍGUEZ, Cesar A. (Ed.). El derecho y la globalización desde abajo. Hacia una legalidad cosmopolita* (trad. Carlos F. Morales). México: Anthropos-Universidad Autónoma Metropolitana, 2007, pp. 240-250.

RAJAGOPAL, Balakrishan. Los límites del derecho en la globalización contrahegemónica: la Corte Suprema de la India y la lucha en el valle de Narama. *In: SANTOS, Boaventura de Sousa; RODRÍGUEZ, Cesar A. (Ed.). El derecho y la globalización desde abajo. Hacia una legalidad cosmopolita* (trad. Carlos F. Morales). México: Anthropos-Universidad Autónoma Metropolitana, 2007.

RAWLS, John. **Teoría de la justicia** (trad. María Dolores González). México: FCE, 2002.

RODRÍGUEZ, Carlos; ARENAS, Luis Carlos. Derechos indígenas, activismo transnacional y movilización legal: la lucha del pueblo U'wa en Colombia. *In: SANTOS, Boaventura de Sousa; RODRÍGUEZ, Cesar A. (Ed.). El derecho y la globalización desde abajo. Hacia una legalidad cosmopolita* (trad. Carlos F. Morales). México: Anthropos-Universidad Autónoma Metropolitana, 2007, pp. 217-239.

ROSILLO, Alejandro. **Fundamentación de derechos humanos desde América Latina**. México: Itaca, 2013.

SALAMANCA, Antonio. **El derecho a la revolución. Iusmaterialismo para una política crítica**. San Luis Potosí: UASLP-CEDH, 2006.

SÁNCHEZ RUBIO, David. Desafíos contemporáneos del derecho: diversidad, complejidad y derechos humanos. *In: Revista del Instituto de Investigaciones Jurídicas*, n. 17. San Luis Potosí: UASLP, 2010.

SÁNCHEZ RUBIO, David. **Contra una cultura anestesiada de derechos humanos**. San Luis Potosí: UASLP-CEDH, 2007.

SÁNCHEZ RUBIO, David. **Filosofía, derecho y liberación en América Latina**. Bilbao: Desclée de Brouwer, 1999.

SANTOS, Boaventura de Sousa; RODRÍGUEZ, Cesar A. El derecho, la política y lo subalterno en la globalización contrahegemónica. *In: SANTOS, Boaventura de Sousa e RODRÍGUEZ, Cesar A. (Ed.). El derecho y la globalización desde abajo. Hacia una legalidad cosmopolita* (trad. Carlos F. Morales). México: Anthropos-Universidad Autónoma Metropolitana, 2007.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **La globalización del derecho**. Los nuevos caminos de la regulación y la emancipación. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia-ILSA, 2002.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Sociología jurídica crítica**. Para un nuevo sentido común en el derecho. Madrid-Bogotá: Trotta-ILSA, 2009.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Una epistemología del sur**. México: Siglo XXI-Clacso, 2009.

SANTOS, Boaventura de Souza. **Crítica de la razón indolente Contra el desperdicio de la experiencia**. Bilbao: Desclée de Brouwer, 2000.

SANTOS, Boaventura de Sousa; RODRÍGUEZ, Cesar A. **El derecho y la globalización desde abajo**. Hacia una legalidad cosmopolita (trad. Carlos F. Morales). México: Anthropos-Universidad Autónoma Metropolitana, 2007.

SEMENT, Juan Antonio. **Problemas fundamentales de los derechos humanos desde el horizonte de la praxis**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2007.

SOLÓRZANO, Norman. Marcos categoriales del pensamiento jurídico moderno. *In*: Jesús Antonio de la Torre Rangel (coord.), **Derecho alternativo y crítica jurídica**. México: UAA-ITESO-Porrúa, 2002.

VIDAL-BENEYTO, José. **Derechos humanos y diversidad cultural**. Globalización de las culturas y derechos humanos. Barcelona: Icaria, 2005.

CAPÍTULO III

PARA UMA RECONSTRUÇÃO NARRATIVA DOS DIREITOS HUMANOS

DOI: <http://dx.doi.org/10.18616/dirhum03>

Ricardo Araujo Dib Taxi

*“Quando Deus criou a luz
e todas as suas conseqüências,
Ele deixou a literatura fora disso.”
(Helene Cixous)*

VOLTAR AO SUMÁRIO

INTRODUÇÃO

A possibilidade de pensar os direitos humanos a partir da categoria de narrativa sugere uma pergunta anterior que nem sempre é feita, muito embora lhe seja condição de possibilidade. Trata-se de saber *quem* participou e participa da construção dessa narrativa. Ao fazer essa pergunta, busco aqui apontar para a possibilidade e mesmo para a necessidade de incorporar ao discurso dos DH as narrativas tradicionalmente silenciadas e não enquadradas na pretensa universalidade do humano.

A tentativa de pensar os direitos humanos e mesmo o direito de um modo geral enquanto narrativa foi usualmente desenvolvida pelo campo de estudos conhecido como direito e literatura. Inicialmente, a intenção era mostrar que a interpretação e aplicação dos direitos e obrigações em uma sociedade reclama a construção de uma narrativa abrangente acerca do significado e da importância dos direitos. Assim, o estudo da teoria literária poderia auxiliar os juristas a pensar a influência de elementos como historicidade e temporalidade na articulação da hermenêutica jurídica.

No que tange aos direitos humanos, se observarmos obras como *O fim dos direitos humanos*, de Costas Douzinas (2009), perceberemos que a dimensão narrativa está presente como uma forma de mostrar que a ideia de uma dignidade como valor abstrato e universal, como se pressupõe no discurso filosófico da modernidade, é ela própria parte de uma história específica e é fruto de escolhas políticas e enquadramentos que precisam ser trazidos à tona. Em outras palavras, Douzinas (2009) faz uma teoria crítica dos direitos humanos que denuncia a sua suposta universalidade e usa o desvelamento de sua dimensão narrativa como forma de reintroduzir uma historicidade recalcada.

Como mostraram os estudos decoloniais, é impossível discutir e mesmo lutar pelos direitos humanos sem enfrentar o problema do eurocentrismo de muitas declarações e o modo como certos enquadramentos daquilo que conta como humano conviveram muito bem e até legitimaram a colonialidade. Já Peter Fitzpatrick (2005) havia alertado que a modernidade e sua no-

ção de razão universal não apenas excluem os povos tidos como bárbaros, mas precisam fazê-lo para que o projeto moderno tenha identidade e consistência.

No presente artigo, partindo da filosofia da história e do conceito de narração de Walter Benjamin, buscarei mostrar como uma luta frutífera pelos direitos humanos precisa dar conta daquilo que o filósofo alemão chamou de narrativa dos oprimidos. Não pretendo apenas pensar narrativamente os conceitos jurídicos, encadeando-os em uma historicidade, mas também mostrar como mesmo as pesquisas históricas são geralmente pensadas a partir de uma história das vozes oficiais do direito, reiterando o silenciamento daqueles e sobretudo daquelas que não tiveram voz para participar da construção dessa narrativa.

Em suma, acredito que a incorporação das vozes de resistência ao discurso hegemônico dos direitos humanos tem um potencial notável de questionar não apenas essa seletividade, mas também de redimensionar os limites do espaço público e do pertencimento, apontando para uma sociedade que leve seu compromisso democrático mais a sério.

Para tanto, o artigo será dividido em duas partes. Na primeira parte, apresentarei alguns traços da filosofia de Walter Benjamin que serão importantes para fixar o sentido em que se compreende o conceito de narrativa. Na segunda parte buscarei refletir sobre como a articulação de uma narrativa dos oprimidos depende impreterivelmente de uma luta no campo dos direitos humanos, uma luta que não abdique da crítica a esse discurso, mas que ao mesmo tempo perceba seu potencial emancipatório.

WALTER BENJAMIN E A NARRATIVA DOS OPRIMIDOS

Há dois textos fundamentais para pensar a questão narrativa no filósofo alemão Walter Benjamin (1892-1940). O primeiro é um ensaio de 1936 chamado “O narrador” (BENJAMIN, 1987), no qual o filósofo pensa a dificuldade contemporânea em narrar experiências comuns, intersubjetivas, procurando pensar um outro caminho para que consigamos hoje transmitir experiências. O segundo é um texto inacabado escrito em 1940 na iminência

de sua morte chamado “Teses sobre o Conceito de História” (BENJAMIN, 1987), no qual se percebe melhor a crítica materialista à historiografia burguesa alemã, bem como se compreende como a crítica da história se articula com a ideia de uma tradição dos oprimidos.

Experiência, vivência e o potencial da literatura

O ponto de partida de “O narrador” – semelhante ao que se lê em outro de seus ensaios, chamado “Experiência e Pobreza” – é a distinção entre um certo modo de experiência compartilhada e o modo solipsista como a modernidade vive e narra suas próprias experiências.

Para o termo alemão *Erfahrung*, traduzido usualmente por experiência, Benjamin atribui o sentido de uma experiência compartilhada, tal como ocorre nas comunidades ligadas por tradições orais passadas de pai para filho como grandes ensinamentos de vida. Pode-se pensar aqui também em sociedades nas quais as posições sociais estavam mais ou menos solidificadas, como por exemplo em sociedades feudais nas quais as posições sociais são bem conhecidas, embora de forma violenta e excludente. Nesses contextos é muito mais fácil falar em noções intersubjetivas de mundo, pois todos sabem o seu lugar e compartilham a experiência dessas divisões.

Em oposição à *Erfahrung*, Benjamin traz o conceito de *Erlebnis*, traduzido como vivência. Para o filósofo, a vivência traduz melhor a relação com o mundo que começa a se tornar característica na modernidade, onde o sujeito se vê como um indivíduo isolado e preso em suas próprias impressões pessoais.

Esse processo é antigo e Benjamin o diagnostica por exemplo em Don Quixote, o livro de Cervantes que pode ser tido como uma marca do começo do romance como gênero literário. Ali se lê a narrativa de um personagem que leu os livros antigos de cavalaria, conhece em detalhes uma tradição que não existe mais e tenta viver como se aquele mundo feudal ainda existisse em sua ordem. Em todo caso, já se trata de um indivíduo isolado e não é coincidência que Cervantes o tenha escrito em parte na cadeia.

Percebe-se aqui uma influência notável do materialismo histórico, na medida em que Benjamin investiga os gêneros literários relacionando-os a condições histórico-sociais e econômicas nas quais aqueles foram forjados. Sem jamais reduzir a arte a um mero reflexo das estruturas econômicas, Benjamin pensava em todo caso em termos de uma influência recíproca.

Ao diferenciar experiência intersubjetiva e vivência individual, Benjamin busca refletir sobre como o século XX, sobretudo após a primeira grande guerra e o esfacelamento do projeto de uma comunidade europeia, já não propicia mais o tipo de acesso direto à tradição que se pressupunha antes. Isolados em nossas próprias vivências, nos tornamos incapazes de falar para além de nossa limitação individual.

Muitos intérpretes viram aqui um tom nostálgico que pode ser lido como conservador, na medida em que parece apontar para uma época passada na qual as tradições eram compartilhadas. Nesse sentido, o ensaio sobre o narrador teria uma espécie de eco comunitarista, que apostaria na recuperação de uma ética intersubjetiva e criticaria o pluralismo contemporâneo.

Em todo caso, as interpretações mais cuidadosas de Benjamin evitam essa leitura, considerando-a bastante parcial. Jeanne Marie Gagnebin (2013), estudiosa de Walter Benjamin radicada no Brasil, afirma que tal leitura ignora como o filósofo alemão encontrou justamente nos romances que narram uma vivência despedaçada e incompleta um caminho renovado de emancipação e crítica política.

O maior exemplo aqui é o escritor tcheco Franz Kafka. Autor geralmente tido como hermético e cujo universo labiríntico não oferece saída ou esperança, para Benjamin a obra de Kafka é uma das mais importantes do século, na qual se encontra a tensão de uma narrativa que fala sobre a impossibilidade de narrar, sobre a comunicação bloqueada. Em sua dissertação de mestrado intitulada “Do canto e do silêncio das sereias – Um ensaio à luz da teoria da narração de Walter Benjamin”, Luís Inácio Oliveira (2008) procurou justamente em Franz Kafka um caminho fecundo para ler a teoria da narração de Benjamin. Ao comentar como tanto Benjamin quanto Kafka experimentaram em suas vidas um dismantelamento da tradição, Oliveira lembra que da

experiência da desorientação que se lê, por exemplo, no *Processo* ou no *Silêncio das sereias*, Benjamin retirou um diagnóstico filosófico sobre a possibilidade da linguagem narrativa hoje.

Outro exemplo incontornável é Marcel Proust e seu *Em Busca do tempo perdido*. Nesse imenso labirinto onde realidade e ficção, memória, lembrança e transformação se cruzam a todo tempo, Benjamin (que foi tradutor para o alemão dos livros de Proust) percebeu que a literatura contemporânea não abdicou de elaborar narrativas grandiosas e ambiciosas como fizeram no passado Tolstói ou Goethe, mas o fez por outro caminho, pois hoje sabemos que a possibilidade da comunicação das experiências exige um outro caminho, um outro trato com a linguagem.

Esse novo trato com a linguagem caminha por um terreno que aceita a incompletude dos sentidos, a finitude da obra e mesmo do próprio autor, retirando da experiência do depercimento um potencial de luta histórica e importância da escrita.

Um outro elemento que depõe contra a imagem de um Benjamin nostálgico se encontra em suas reflexões sobre o cinema e a fotografia. Bem distante da tecnofobia que caracteriza alguns leitores e leitoras de Heidegger, Benjamin via entre técnica e mágica um intercâmbio e acreditava na fotografia e no cinema como veículos de luta contra o fascismo, o que fica mais claro em seu famoso ensaio sobre a obra de arte na época de sua reprodutibilidade técnica (BENJAMIN, 1987).

Em todo caso, o elemento central a ser extraído de “O narrador” para a presente pesquisa é a percepção de como a narrativa na contemporaneidade exige um outro caminho linguístico, que passa pela arte e mais ainda por aquilo que é tido como pequeno, como resto, como não importante.

As teses e a tradição dos oprimidos

As “teses sobre o conceito de história” são uma pequena coleção de páginas, quase aforismos, que viriam talvez a compor a introdução de um livro mais amplo. Benjamin as escreveu quando estava exilado em Paris em 1940, prestes a fugir da França que acabava de ser invadida pelos alemães. Como

diz Gagnebin (2013), Benjamin escreveu esse texto para si mesmo, para tentar tomar uma distância de tudo o que acontecia e refletir sobre a situação do fascismo que se agravava.

Tendo que fugir apressadamente, Benjamin deixou esse e outros textos com seu amigo Georges Bataille e fugiu caminhando pelas montanhas, esperando cruzar a fronteira com a Espanha e de lá fugir para os Estados Unidos, onde seu amigo Theodor Adorno o aguardava já com um quarto alugado e uma promessa de vaga na Universidade. Como se sabe, Benjamin foi barrado na fronteira com a Espanha e na mesma noite se suicidou tomando altas doses de morfina.

Essas pequenas informações bibliográficas visam mostrar a condição histórica na qual o texto surgiu, em uma Europa já tomada pela sombra do fascismo. Já sofrendo de problemas cardíacos graves e provavelmente prevendo que morreria ou seria preso e levado novamente a um campo de concentração (ele já havia sido detido em um campo de concentração por um tempo e saído graças a amigos influentes na França), Benjamin deixou nesse texto importantes e duras reflexões sobre o fascismo e sobre a importância de acertar as contas com o passado.

Para facilitar a análise, transcreverei duas dessas teses que mais dialogam com a proposta dessa pesquisa, quais sejam as teses n. 8 e n. 9.

A tradição dos oprimidos nos ensina que o “estado de exceção” em que vivemos é na verdade a regra geral. Precisamos construir um conceito de história que corresponda a essa verdade. Nesse momento, perceberemos que nossa tarefa é originar um verdadeiro estado de exceção; com isso, nossa posição ficará mais forte na luta contra o fascismo. Este se beneficia da circunstância de que seus adversários o enfrentam em nome do progresso, considerado como uma norma histórica. O assombro com o fato de que os episódios que vivemos no século XX “ainda” sejam possíveis, não é um assombro filosófico. Ele não gera nenhum conhecimento, a não ser o conhecimento de que a concepção de história

da qual emana semelhante assombro é insustentável. (BENJAMIN, 1987, p. 226)

Há um quadro de Klee que se chama Angelus Novus. Representa um anjo que parece querer afastar-se de algo que ele encara fixamente. Seus olhos estão escancarados, sua boca dilatada, suas asas abertas. O anjo da história deve ter esse aspecto. Seu rosto está dirigido para o passado. Onde nós vemos uma cadeia de acontecimentos, ele vê uma catástrofe única, que acumula incansavelmente ruína sobre ruína e as dispersa a nossos pés. Ele gostaria de deter-se para acordar os mortos e juntar os fragmentos. Mas uma tempestade sopra do paraíso e prende-se em suas asas com tanta força que ele não pode mais fechá-las. Essa tempestade o impele irresistivelmente para o futuro, ao qual ele vira as costas, enquanto o amontoado de ruínas cresce até o céu. Essa tempestade é o que chamamos progresso (BENJAMIN, 1987, p. 226).

Na tese n. 8, que influenciou profundamente a obra do filósofo italiano Giorgio Agamben, lê-se que a *tradição dos oprimidos* nos mostra que o estado que acreditamos excepcional é na verdade permanente. Todas as expressões que frequentemente usamos para nos referir à nossa história como “tempos de normalidade”, “tempos de paz”, “época de estabilidade” são na verdade contadas de uma ótica que é a ótica daqueles que não são oprimidos e silenciados sistematicamente e que por isso podem se dar ao luxo de dizer que vivem em tempos tranquilos ou tempos normais.

Para dar um exemplo, podemos lembrar como, desde a redemocratização brasileira com a Constituição de 1988, foi construído justamente esse discurso de normalidade institucional e de florescimento democrático, muito embora vidas negras continuassem sendo destruídas sistematicamente sem qualquer punição e discursos de negação da violência da ditadura continuassem existindo sistematicamente.

A arbitrariedade policial e o uso político da justiça que muitos temem ou creditam a governos autoritários e fascistas é a realidade da população

que Benjamin nomeia como oprimidos e assim nos faz perceber como essas vozes oprimidas teriam feito diferença em nosso diagnóstico de época se tivessem sido ouvidas a tempo.

Já na tese n. 9, inspirada no quadro de Paul Klee, lê-se a imagem de um anjo que, virado de costas para o futuro, consegue enxergar no avançar do tempo a montanha de ruínas que vai ficando para trás. Enquanto estamos todos e todas virados para frente, olhando para o futuro, o anjo percebe um amontoado de passados não realizados.

Foi por essa razão que Gagnebin (2013) disse certa vez que a reflexão de Benjamin sobre a história se dá a partir do futuro do pretérito, pois o filósofo pensava justamente naquilo que poderia ter se realizado, nas vozes que poderiam ter ecoado e nas lutas que poderiam ter sido vencidas. Ao buscar essas possibilidades violentamente destruídas de passado, Benjamin buscava reler a história a partir da narrativa dos oprimidos, pois, como afirmou Mate Reyes em *Meia noite na história*

Nem a multiplicação do Estado Social de direito, nem o avanço da democracia liberal, nem o prestígio do discurso sobre os direitos humanos, nem o crescimento da riqueza mundial por obra e graça da globalização econômica, conseguiram mandar ao sótão dos pesadelos a contundente afirmação da tese número 8, a saber, que todos esses progressos se dão sobre as costas de uma parte da humanidade. (REYES, 2011, p. 11)

Para Benjamin, a possibilidade de transformação do presente exigia essa forma de “prestação de contas” com o passado, essa rememoração (*Eingedenken*) que busca não apenas trazer à tona o que ficou soterrado, mas, ao fazê-lo, reconfigurar o presente e nos despertar para as lutas que precisamos travar.

Prestar contas com o passado significa não apenas recuperar potências perdidas, mas implica também em um confronto com a violência que representou o apagamento das lutas dos oprimidos. Para o autor, tanto a

social-democracia de sua época quanto os comunistas vivem sob a égide de uma visão mítica da história, de uma visão que enfatiza unicamente o tempo cronológico, que faz da história um tempo homogêneo e vazio que caminha inexoravelmente para frente.

Em uma conhecida conferência publicada como livro sob o título *O perigo de uma história única* (2009), a escritora e professora nigeriana Chimamanda Ngozi Adichie alerta para a manutenção da colonialidade decorrente do fato de um povo ter sua história contada por outra pessoa, bem como da tentativa de fazer dessa a história definitiva. “Comece a história com as flechas dos indígenas americanos, e não com a chegada dos britânicos, e a história será completamente diferente” (ADICHIE, 2009, n.n).

No caso das reflexões das teses sobre o conceito de história, a perspectiva da tradição dos oprimidos implica não apenas que se acrescente tal narrativa à narrativa oficial, mas pressupõe um repensar da própria forma de contar as histórias, pressupõe uma escavação na linguagem em busca de aberturas que possibilitem o resgate das narrativas silenciadas.

Ao contrário da mera lembrança (*Erinnerung*), tão cara à filosofia hegeliana, Benjamin usa o termo rememoração (*Eindegenken*), que é um processo ativo de transformação do passado por meio do recontar. Assim, trata-se da percepção de que o campo de batalha não se dá somente no futuro, mas no passado que permanece soterrado e violentado pela manutenção de uma perspectiva histórica que avança sempre para frente e não presta contas com seu passado.

PARA UMA LEITURA NARRATIVA DOS DIREITOS HUMANOS

Em conferência ocorrida na Birkbeck College em Londres no ano de 2011 e que deu origem a um *Cambridge Companion to Human Rights*, Costas Douzinas (2012) reuniu uma série de pensadoras e pensadores de várias áreas e formações para pensar a questão dos direitos humanos de forma crítica e interdisciplinar. Tratou-se de um projeto no qual, sem que fosse abandona-

da a categoria de humano como ferramenta de reivindicação política e legal, buscou-se, no entanto, analisar criticamente os elementos que fazem parte da tradição dos direitos humanos, mas que lhe são contraditórios, posto que na prática operam exclusões, seleções de quem conta como humano, invisibilidade sistemática de refugiados etc.

No primeiro artigo do livro, intitulado “Framing the Project of international human rights”, Anna Grear (2012, p. 17) faz uma interessante analogia entre uma fotografia e a declaração universal de direitos humanos. Assim como, vendo uma foto, é possível perceber as preferências da fotógrafa, isto é, as partes deixadas em relevo, é possível perceber também o que ficou em segundo plano ou sequer apareceu no enquadramento da foto. Do mesmo modo, a leitura das declarações de direitos humanos permite perceber os elementos que os legisladores deram relevo, bem como aqueles diminuídos ou excluídos.

Essa crítica me lembrou um decreto governamental publicado aqui na cidade de Belém do Pará, logo no início da pandemia do novo Coronavírus, o qual listou algumas atividades essenciais que continuariam mesmo no *lockdown* e incluiu dentre tais atividades o serviço de empregada doméstica. A notícia no dia seguinte foi veiculada em jornais nacionais e o governo acabou voltando atrás e criando algumas especificidades. Em todo caso, tal fato ilustra com clareza como o imaginário social considera certas vidas menos importantes que outras, certos sacrifícios mais aceitáveis que outros. Se a lei é a mesma para todos, suas condições de aplicação são certamente bastante diversas.

Giorgio Agamben percebeu algo semelhante quando comentou a paradoxal declaração de direitos do homem e do cidadão e o modo como, para gozar da tal humanidade, impõe-se em seguida a cidadania, deixando desprotegidos justamente os que perderam nacionalidade e precisam fugir para continuar vivendo.

Segundo Hannah Arendt, Agamben procura pensar a condição do refugiado e do apátrida para propô-la como paradigma de uma nova consciência histórica (AGAMBEN, 2017, p. 23), superando a ideia do enraizamento nacionalista e pondo em questão a insuficiência do discurso dos direitos hu-

manos. Agamben acredita que talvez a condição do refugiado daquele que está sempre em trânsito como paradigma do humano possa superar as inevitáveis insuficiências de enquadramento.

Em artigo intitulado “Dignidade Humana, Humilhação e Forma de Vida”, Saulo Martinho de Matos (2019) busca pensar o conceito de dignidade humana a partir da noção de humilhação, isto é, pensando a dignidade enquanto direito de não ser humilhado. Sem abdicar da pretensão de universalidade da linguagem dos direitos humanos, o autor percebe, no entanto, uma insuficiência da reflexão puramente lógica e supostamente abstrata e universal do conceito de dignidade. Por essa razão, sua pesquisa busca uma ancoragem histórica nas narrativas de humilhação e na contraposição entre formas de vida concreta.

Todas essas reflexões mostram como a tarefa crítica contemporânea sobre direitos humanos consiste em de certa forma desconstruir seus fundamentos clássicos e sua operabilidade positivista, investigando para além das fontes oficiais que dizem o direito. Só assim é possível perceber o que fica de fora da universalidade, da racionalidade e mesmo da dignidade.

O trabalho de Saulo Matos é especialmente importante nesse sentido, na medida em que busca dialeticamente pensar a dignidade por meio de seu oposto, isto é, das situações concretas de humilhação, pois mesmo que não saibamos definir dignidade humana reunindo elementos que perfaçam uma espécie de essência do conceito, sabemos certamente identificar situações concretas de humilhação e construir uma compreensão que siga algo como as semelhanças de família do segundo Wittgenstein.

Walter Benjamin buscou aprofundar a dificuldade de narrar a história dos vencidos porque sabia que nossa própria linguagem, nossas universidades e nossos paradigmas científicos operam todos limitando sua participação e reiterando aquelas invisibilidades. Talvez por essa razão a arte tenha tanto relevo em sua obra e lhe ofereça um caminho de pensar emancipatório.

A narrativa da Constituição de 88

Por fim, gostaria de traçar brevemente alguns pontos da narrativa dos direitos fundamentais tal como construída no Brasil que nos coloca várias das questões pensadas por Benjamin.

Nos dias de hoje, quando no Brasil muitas pessoas da área jurídica falam mal abertamente dos direitos humanos e defendem autoritarismo e mesmo militarismo como política de Estado, a defesa da Constituição de 1988 e dos direitos humanos é um dever ético inafastável de todos nós, de modo que algumas questões quase não mais aparecem.

Em todo caso, é importante lembrar que mesmo a CF de 88 foi construída por meio de uma limitação muito grande de representatividade, havendo por isso um espaço bem pequeno para quilombolas, por exemplo, bem como a já reiterada e obscena diminuição da grande questão da escravidão e suas consequências.

Por mais inclusiva e democrática que seja a Constituição de 88 se comparada ao regime militar, permanece necessário que pensemos também naqueles e naquelas que foram excluídos mesmo dessa carta e cujas reivindicações só podem surgir a partir da atribuição de ilegalidade. Essa era inclusive a situação da constituição de Weimar da época de Benjamin, a qual nasceu de uma aliança entre social-democracia e extrema direita que justamente sufocou as reivindicações populares por uma visão mais radical de democracia.

A percepção de que a sociedade brasileira estava desde 1988 em constante evolução e nesse sentido só precisávamos aguardar um avanço cada vez maior das condições sociais e do funcionamento do direito nos impossibilitou de perceber a tempo a ameaça que se construía lentamente e se concretizou em 2018. É espantoso como é possível que “em pleno século XXI” alguém negue direitos como união homoafetiva ou liberdade religiosa no caso de religiões de matriz africana, sem perceber que justamente essa crença numa visão progressiva da história nos impele a ver o fascismo como anacrônico e nos enfraquece.

Para tanto, faz-se necessário resgatar mais uma vez o que Benjamin chama de tradição dos oprimidos e perceber que temos que acertar as contas

de uma vez com as causas da opressão, pois já percebemos que o direito e as instituições jurídicas e políticas não poderão impedir a exceção que em alguma medida sempre esteve aí.

Ademais, como se sabe, a Constituição de 1988 é impregnada das chamadas soluções conciliatórias, como aquela que coloca no mesmo dispositivo direito de propriedade e função social, deixando a ponderação e eventual harmonização para o palco político. Em todo caso, toda a narrativa construída pela comunidade jurídica nos impele a acreditar na ideia de uma harmonização, apaziguando a força das reivindicações que poderiam nos impelir para muito longe do *status quo*.

Questionar essa narrativa e seus limites me parece hoje uma forma promissora de criticar e ao mesmo tempo defender a herança de luta pelos direitos humanos.

CONCLUSÃO

Para concluir, gostaria de apontar brevemente o desafio que atualmente é atravessado pela pesquisa. Deixo claro com isso que se trata de uma pesquisa em desenvolvimento e que ainda precisará enfrentar questões cruciais e tensões que agora me parecem irresolúveis.

O pronto crucial no momento é que, sendo o direito inevitavelmente fruto de escolhas ideológicas e estruturalmente formado por uma certa concepção liberal de legitimidade, fica difícil imaginar como as reivindicações políticas daqueles e daquelas que são estruturalmente excluídos e excluídas podem ter força de se fazer ouvir e influenciar a estruturação de nossas instituições.

Citando novamente o filósofo Walter Benjamin, dessa vez em sua *Crítica da Violência* (2011), sabemos que o direito reiteradamente usa da violência para se legitimar e para monopolizar tudo aquilo que pode porventura ameaçar a sua hegemonia. É assim que tradicionalmente domestica e apaga as reivindicações de movimentos sociais traduzindo-os para a linguagem do direito.

Um grande exemplo aqui é o modo como os conflitos sociais são traduzidos pelos tribunais para a linguagem da ponderação de direitos e direcionados para ideias de otimização e concordância prática que só fazem sentido na pressuposição de um acordo prévio liberal e que na prática enfraquece a reivindicação e mesmo a densidade dos conflitos políticos.

Assim, mesmo fazendo o que nesse artigo se defende, que é trazer à tona as narrativas dos oprimidos e buscar torná-las protagonistas da construção do direito, há ainda muitas portas estruturais na lei e há um sério risco de que essas narrativas tenham o destino do camponês parado diante da lei kafkiana.

Ademais, é perceptível também que muitas vezes a ideia de resgatar as narrativas silenciadas é defendida formalmente; porém, são as mesmas pessoas, geralmente homens brancos como eu, que, no fim das contas, falam pelos oprimidos. Precisamos perceber em primeiro lugar que ninguém está calado, as vozes da resistência sempre existiram e continuarão lá. O que precisamos é saber ouvi-las e lhes ceder nosso eventual espaço de poder.

Em todo caso, ainda que isso ocorra, será o direito e suas estruturas capaz de se transformar o suficiente para ser menos opressivo e mais emancipatório?

REFERÊNCIAS

ADICHIE, Chimamanda Ngozi. **O perigo de uma história única**. Disponível em: <http://www.ted.com/talks/chimamandaadichie_dthe_danger_of_a_single_story?language=pt-br>. Acesso em: 20 out.2020.

AGAMBEN, Giorgio. **Meios sem fim – notas sobre política**. (trad. Davi Pessoa Carneiro). 1. ed. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2017.

BENJAMIN, Walter. **Escritos sobre mito e linguagem**. (trad. Ernani Chaves). São Paulo: Duas Cidades; Ed. 34, 2011.

_____. **Passagens.** (trad. Irene Aron). Belo Horizonte: Ed. UFMG, 2018.

_____. **Obras escolhidas.** Magia e técnica, arte e política. Ensaio sobre literatura e história da cultura (pref. Jeanne Marie Gagnebin). v. 1. São Paulo: Brasiliense, 1987.

CHAVES, Ernani. **No limiar do moderno:** estudos sobre Friedrich Nietzsche e Walter Benjamin. Belém: Paka-Tatu, 2003.

DOUZINAS, Costas. **Cambridge Companion to Human Rights.** London. Cambridge University Press, 2019.

_____. **O fim dos direitos humanos.** (trad. Luzia Araújo). São Leopoldo, RS: Editora Unisinos, 2009.

FITZPATRICK, Peter. **A mitologia na lei moderna.** (trad. Nélio Schneider). São Leopoldo, RS, Editora Unisinos, 2005.

GAGNEBIN, Jeanne Marie. **História e narração em Walter Benjamin.** São Paulo: Perspectiva, 2013.

MATE, Reyes. **Meia-noite na história:** comentários às teses de Walter Benjamin “sobre o conceito de história”. (trad. Nélio Schneider). São Leopoldo, RS: Ed. Unisinos, 2011.

MATOS, Saulo Monteiro Martinho. Dignidade humana, humilhação e forma de vida. **Revista Direito e Práxis.** Rio de Janeiro: UERJ, 2019.

OLIVEIRA, Luís Inácio. **Do canto e do silêncio das sereias.** Um ensaio à luz da teoria da narração de Walter Benjamin. São Paulo: EDUC, 2008.

CAPÍTULO IV

PLURALISMO JURÍDICO E INTERCULTURALIDADE: O DIREITO QUE REGE COMUNIDADES E SUAS ESPECIFICIDADES

DOI: <http://dx.doi.org/10.18616/dirhum04>

Ana Paula Costa
Antonio Carlos Wolkmer

VOLTAR AO SUMÁRIO

INTRODUÇÃO

Na maioria das nações, ao longo dos anos, os sistemas jurídicos vão sendo alterados como forma de acompanhar as demandas e mudanças sociais. Ocorre, porém, que, em muitas nações, existe a concomitância de um sistema jurídico com outras práticas subjacentes paralelas. Tal fator caracteriza o pluralismo jurídico, a existência de mais de um sistema normativo em vigência ao mesmo tempo e no mesmo espaço (WOLKMER, 2015).

A pluralidade jurídica existe quando uma nação acredita que a vigência de apenas um sistema normativo poderia não atender às demandas legais de toda a sua população e, assim, é preciso que exista uma preocupação com as lacunas que poderiam decorrer de um sistema único (WOLKMER, 2015).

Todos as múltiplas identidades diferem entre si, apresentam peculiaridades, necessidades e expectativas diferentes em suas vidas. Porém, quando se leva em consideração um cenário mais amplo, como um país, ressalta-se que existem diferentes culturas, etnias e outras especificidades que formam sua população e, assim, o pluralismo jurídico existe para que as diferenças sejam respeitadas, sem que algumas das particularidades de seus agentes tornem-se fatores para seu benefício ou prejuízo no âmbito legal (WOLKMER, 2015).

Walsh (2010, p. 77-79), entretanto, ao examinar a questão da interculturalidade, ainda que seja positiva para a integração e para o respeito entre as nações, gerando compreensão quando a suas especificidades, podendo invadir limites considerados essenciais e, assim, sua inserção pode acabar trazendo princípios culturais que não representam necessariamente seus integrantes.

Não se trata de minimizar a interculturalidade, mas de evitar que tendências externas se tornem tão fortes que adquiram a característica de serem capazes de substituir os preceitos e as normas que, costumeiramente, encontravam-se arraigadas em um país. A interculturalidade deve existir para complementar, não para eliminar a identidade de uma nação, em que é preciso reconhecer “que a diferença se constrói dentro de uma estrutura e matriz colonial de poder racionalizado e hierarquizado, com os brancos e ‘branquea-

dos' em cima e os povos indígenas e afrodescendentes nos degraus inferiores” (WALSH, 2010 p. 78).

Quando se trata da América Latina, ocorre que ela traz em si os resquícios de sua colonização, da exploração e da dominação sofrida ao longo dos séculos, de modo que diferentes setores das sociedades latino-americanas carregam em si características impostas por outras nações (RABINOVICH-HBERKMAN, 2013).

Nesse sentido, compreende-se que o pluralismo jurídico é importante para que uma nação tenha normas jurídicas capazes de expressar e oficializar a insurgência de direitos de todas as suas coletividades, estando ou não reconhecidas pelo Estado, quer na esfera de produção legal, quer no âmbito da resolução dos conflitos (WOLKMER, 2015).

Ao que concerne à interculturalidade, esta expressa o diálogo e a convivência de conhecimentos e tradições culturais entre grupos, movimentos sociais e coletividades, buscando a interação e a complementariedade, sem a presença de imposições entre diferentes identidades societárias.

Em face disso, o presente estudo justifica-se pela necessidade e importância de compreender o pluralismo jurídico e a interculturalidade como fatores que podem agregar, trazer novas visões e relações culturais, políticos e jurídico econômicos.

Para tal intento, procedeu-se uma revisão de literatura apoiada sobre livros e artigos nacionais e internacionais, como forma de encontrar subsídios coletadas por diferentes autores, levando a problematização do tema.

Dessa forma, o objetivo do estudo consiste em avaliar o pluralismo jurídico e a interculturalidade quanto à sua relação para melhorar o reconhecimento dos fenômenos normativos de um Estado, suas diferenças, suas relações e suas complementariedades.

PLURALISMO JURÍDICO E SUA RELEVÂNCIA PARA O RECONHECIMENTO DA MULTIPLICIDADE DE PROCESSOS NORMATIVOS

A teoria tradicional das relações internacionais costuma basear-se na ideia de um estado unitário com o monopólio do uso de violência legítima internamente, porém, é preciso que essa realidade seja avaliada de forma muito mais aprofundada para compreender suas peculiaridades e manter o respeito às necessidades das diferentes nações e de suas experiências comunitárias. Pode-se destacar como um exemplo de relevância do pluralismo jurídico e de seu fortalecimento em diversas nações, a capacidade de aplicar mecanismos alternativos de resolução de disputas, acordos de arbitragem e obrigações de tratados internacionais (SWENSON, 2018).

Wolkmer (2015) enfatiza que, em boa parte das sociedades ocidentais, o direito fundamenta-se em valores liberais-individualistas das sociedades, ou seja, busca resolver conflitos, porém, como forma de evitar que o equilíbrio das sociedades e de suas características fortemente formalistas sejam amplamente afetadas. Não se trata de uma atuação intencionalmente tendenciosa, mas arraigada ao longo dos anos, tendo como base as normas legais que, em determinadas nações, são adequadas e trazem bons resultados, porém, em outras podem se tornar uma inclinação legal extremamente negativa.

Medeiros, Sotero e Amorim (2017), sobre essa realidade, ressaltam que em todas as sociedades existem grupos dominantes, grupos mais fortes e que acabam por acessar seus direitos de forma mais ampla, além de terem a proteção de seus direitos de modo muito mais específico.

Os autores ressaltam, ainda, que: “Desde a instauração da democracia, os cidadãos têm o direito de exercer a cidadania e exigir que se cumpram os seus direitos previstos na Constituição. Sabe-se, no entanto que, na prática, esses direitos são violados” (MEDEIROS; SOTERO; AMORIM, 2017, p. 196).

Rosillo-Martinez (2017, p. 3041) aduz que:

El pluralismo se ha hecho presente en diversos momentos de la historia occidental, tanto en los mundos medieval, moderno y contemporáneo. Por eso, se da una compleja variedad de interpretaciones en función de la realidad que se analice y del campo de acción al cual se aplica. Si bien pueden ser identificadas numerosas doctrinas en el pluralismo de tipo filosófico, sociológico o político, el pluralismo jurídico no deja de ser importante, ya que comprende muchas tendencias con distintos orígenes y características particulares. No existe una uniformidad de principios sobre el pluralismo jurídico, pues se da una variedad de modelos y autores aglutinados en su defensa desde matices conservadores, liberales, moderados y radicales, hasta espiritualistas, sindicalistas, corporativistas, institucionalistas, socialistas etc.

Compreende-se, assim, que o pluralismo em seu sentido amplo foi formulado com base na ideia de que uma nação em seus múltiplos campos sociais não se reduz a uma única convivência ou forma de ser, seja na política, na construção social, nos saberes filosóficos, na economia ou na religião. Se é possível e viável ser pluralista nessas áreas, então o direito também pode ser beneficiado se aplicado com uma visão mais ampla, na qual não se atrela apenas ao Estado, mas destina seu olhar para as pessoas, para as situações que comumente se apresentam e para a necessidade de fazer com que todas essas situações sejam avaliadas de forma específica e resolvidas pelo bem do grupo (ROSILLO-MARTINEZ, 2017).

O mesmo pluralismo jurídico que já foi rejeitado enquanto uma abordagem para a análise do direito em diferentes países, atualmente é compreendido como uma importante ferramenta de evolução e alteração de padrões que, por muitos anos, ao invés de serem criados em cada país eram oriundos externamente, das experiências de outras sociedades, ainda que estas não fossem totalmente adequadas a uma realidade diferente. Ficou estabelecida a compreensão de que Estados nos quais impera o liberalismo jurídico, o acesso à justiça é mais amplo e igualitário, construindo-se um direito com foco

nos cidadãos, em seus conflitos e na necessidade de resolução dos mesmos de forma equilibrada e justa (BENDA-BECKMANN; TURNER, 2018).

Solidifica-se a ideia de que o direito não pode ser unilateral, conduzido apenas pelo Estado, por exemplo, sem levar em consideração os reclamos dos diversos segmentos que dele fazem parte, pois são esses setores que trabalham, que atuam cotidianamente para a construção da realidade compartilhada por todos e, assim, a justiça precisa ofertar a eles as melhores condições de acesso, bem como caminhos efetivos para que seus conflitos sejam ouvidos, mediados e resolvidos satisfatoriamente para todas as partes. O pluralismo jurídico é, sem dúvida, uma ferramenta que fomenta a visão de que todos têm valor e devem ser levados em consideração dentro dos limites de seu país (BENDA-BECKMANN; TURNER, 2018).

Antropólogos alemães e holandeses voltados ao âmbito legal ressaltam que a lei não existe apenas no contexto dos conflitos, mas que tem incidência sobre a vida social, econômica e política em geral, de modo que sua relevância sobre os conflitos deve ser secundária, apenas quando problemas no convívio e nas relações surgem e ameaçam a harmonia social. Ficou evidente em diferentes estudos, que a lei incide sobre a tomada de decisões, mas também afeta as práticas de negociação nas sociedades, fazendo com que se expandisse a busca de compreensão e aplicação de configurações jurídicas plurais dentro do moderno Estado-nação (BENDA-BECKMANN; TURNER, 2018).

O pluralismo jurídico poderá atuar direta e efetivamente para a construção de uma justiça para todos, desde que seja visualizado como “[...] instância de construção emancipatória de uma sociedade mais justa e compartilhada” (WOLKMER, 2015, p. 201).

Em outras palavras, é preciso que as sociedades sejam construídas para serem justas, respeitadas e adequadas para todos os cidadãos e, assim, somente poderão evoluir nessa busca quando seu sistema legal levar em consideração que todos as pessoas são diferentes, de modo que o pluralismo jurídico atua no respeito dessas diferenças, não como fator de inferiorização das pessoas, mas como fator de valorização de cada indivíduo por si próprio.

A América Latina e o pluralismo jurídico: qual o ponto de convergência?

Os esforços no campo do direito, principalmente na segunda metade do século XX, vêm se concentrando no alcance de uma nova realidade, na qual os modelos teóricos reconhecidos e seguidos sejam capazes de analisar criticamente como a justiça é conduzida em uma nação, sempre com esforços para que os aspectos coloniais decorrentes dos processos de colonização sejam substituídos por uma cultura legal própria, pautada nas necessidades específicas de um país, não com o interesse de reproduzir as normas oriundas de outras nações (FERRAZZO; LIXA, 2017).

Nos países em desenvolvimento, entre 80% e 90% das disputas são, atualmente, abordadas fora do sistema de justiça do Estado. Em Estados com níveis mais baixos de capacidade, legitimidade ou ambos, buscar apoio de atores não estatais, o pluralismo jurídico pode servir como uma tática de prevenção de conflitos ou até mesmo uma estratégia de governança mais ampla voltada à garantia da adesão de grupos poderosos que podem ser céticos em relação ao Estado. Em outras palavras, essas nações reduzem a dependência de suas populações pela intervenção do Estado para a resolução de seus conflitos e os próprios envolvidos se esforçam para que um acordo seja definido e estabelecido entre as partes, inclusive reduzindo a sobrecarga de processos na justiça daquela nação (SWENSON, 2018).

É necessário compreender que a América Latina representa um conglomerado de nações com uma importante característica em comum, a de terem seguido e mantido, em diferentes áreas, tradições das metrópoles, em função de sua colonização e do fato de ainda atuarem como se fossem colônias, sem a capacidade de definir e selecionar as melhores abordagens para seus territórios, principalmente em áreas como o direito, a sociedade, a política etc. Cada nação tem suas peculiaridades que devem ser valorizadas, porém, as experiências e saberes em muitos dos países latino-americanos foram inviabilizadas no âmbito acadêmico por anos, o que levou a um clamor popular pela consideração dessas especificidades e da necessidade de libertação dos conceitos da dominação dos colonizadores (FERRAZZO; LIXA, 2017).

[...] surgindo então a discussão em torno de temas como pós-colonialismo e descolonização, dos quais decorrem categorias que se referem, em um primeiro momento, a uma atitude intelectual de reconhecimento do múltiplo e plural que constituem o conjunto da unidade histórica e política (semelhanças, experiências, frustrações e destino) da América Latina. Somando-se a estes novos estudos, na primeira década do século XXI, com governos progressistas, há um avanço em alguns países latino-americanos no campo da democratização, das políticas sociais e da integração regional, o que veio a exigir novas respostas epistemológicas, sobretudo, no campo do direito (FERRAZZO; LIXA, 2017, p. 2631).

Wolkmer e Fagundes (2011) enfatizam que países da América Latina já vêm inserindo o pluralismo jurídico em seus cotidianos, visando alcançar uma nova formulação da sociedade:

Sendo assim, as constituições de países como Colômbia, Bolívia e Equador já incorporaram o pluralismo jurídico e o direito de aplicação da justiça indígena paralela à juridicidade estatal, reconhecendo a manifestação periférica de outro modelo de justiça e de legalidade, diferente daquele implantado e aplicado pelo Estado moderno (WOLKMER; FAGUNDES, 2011, p. 400).

O que fica evidente, é que o pluralismo jurídico vem se fortalecendo na América Latina, apesar de ainda se encontrar distante do cenário ideal, no qual o direito é plural em todas as formas, atende a todas as pessoas e auxilia na construção de espaços sociais justos e igualitários para todos, com direitos e deveres que não são ofertados de forma parcial, mas ampla e inquestionável, o que se espera alcançar com o perpassar do tempo e o fortalecimento do pluralismo jurídico (FERRAZZO; LIXA, 2017).

Casa e Grassi (2017) ressaltam que os países da América Latina, por muitos anos, construíram suas constituições com base nos preceitos legais de

outras nações (colonização externa), algumas já reajustaram tal dispositivo, enquanto outras ainda vêm se esforçando para que isso ocorra.

Dessa forma, faz-se necessário repensar e atualizar o texto constitucional do Brasil para que seja internalizado os processos normativos subjacentes, tomando como base as suas especificidades, para que o pluralismo jurídico seja reconhecido, valorizado e oficializado seu exercício no âmbito da sociedade.

INTERCULTURALIDADE E SUAS CONTRIBUIÇÕES PARA A CONSTRUÇÃO DE OPORTUNIDADES

Ao tratar da interculturalidade, é importante, inicialmente, que se destaque a singularidade do indivíduo. Cada um tem suas próprias características, que constituem a personalidade e os hábitos adquiridos dentro do grupo em que vive. Não obstante, é preciso compreender que cada coletividade carregue consigo traços particulares que são transmitidos entre as gerações, mas que também recebem influências do meio e do período em que vivem, formando sua cultura (WOLKMER, 2015; WOLKMER; LIPPSTEIN, 2017).

Nesse sentido, compreende-se que os grupos diferem externamente, quando comparados com outros em locais diversos, mas também internamente, quando as pessoas que fazem parte deles são comparadas entre si. Quando se leva em consideração essa realidade, torna-se muito importante que as diferenças existentes entre sujeitos e grupos não sejam utilizadas como forma de segregação e depreciação de valor, mas como meios de enriquecer seu convívio e os espaços em que estão inseridas (WOLKMER, 2015; WOLKMER; LIPPSTEIN, 2017).

Jerônimo (2014, p. 1) destaca:

A diversidade cultural é uma característica dominante das sociedades contemporâneas. Graças à globalização, as diferenças entre sistemas de valores, crenças e tradições são crescentemente visíveis por todo o mundo, não

apenas quando comparamos diferentes Estados entre si, mas também quando consideramos a composição interna de cada Estado. No plano internacional, a diversidade cultural tem vindo a ser celebrada como uma fonte de imensa riqueza, numa clara tentativa de promover o respeito entre os diferentes povos do mundo e de afastar a ameaça de um choque de civilizações.

Bragatto, Barretto e Silveira Filho (2017, p. 48-49) enfatizam que a cultura engloba o modo de relacionamento entre os indivíduos e tudo que se encontra em seu entorno. Esse relacionamento depende de fatores que são transmitidos entre as pessoas e, assim, fazem com que, em cada local, os relacionamentos sigam parâmetros diferenciados, pautados no que acreditam ser correto ou habitual em seus grupos. É preciso esclarecer, contudo, que a cultura apenas pode se desenvolver e tornar-se uma característica comum a um grupo quando é compartilhada e, assim, compreende-se que aquilo que não é compartilhado, que não integra os cotidianos, ao ser adotado, pode assumir características curiosas, gerando resistência inicialmente.

Os autores afirmam, ainda, que não se pode adotar uma visão simplista da cultura, apenas, como hábitos em comum dentro de uma população, deve-se ter em mente que:

[...] a cultura não deve ser compreendida como um complexo de padrões comportamentais, como costumes, usos, tradições, mas sim, como um “conjunto de mecanismos de controle”, como planos, receitas, regras, que governem o seu comportamento (BRAGATTO; BARRETO; SILVEIRA FILHO, 2017, p. 50).

Compreende-se, assim, que a cultura não se refere aos comportamentos em si, exclusivamente, mas também encampa os fatores que incidem sobre a formação desses comportamentos dentro de um grupo diversificado e variado de pessoas peculiares, cada uma com suas próprias visões e percepções sobre o mundo que as cerca.

A interculturalidade se refere à integração entre essas diferentes culturas, seja em âmbito local, regional, nacional ou internacional, sempre considerando-se que as especificidades, quando respeitadas, formam um grupo harmonioso, respeitoso, variado e capaz de complementar-se a partir das diferenças, gerando uma integração mais ampla. Atualmente, no Brasil, a interculturalidade tem sido muito debatida nas escolas e existem esforços consideráveis para que as diferenças entre culturas não gerem um espaço de conflitos e desrespeito. Com isso, o intuito é iniciar o trabalho intercultural com os indivíduos cada vez mais cedo e, assim, levá-los a se desenvolver com a consciência de que as diferenças são importantes para que os espaços sejam representativos das necessidades e desejos de todos (SILVA; REBOLO, 2017).

Sobre o tema da educação intercultural, Cadau (2012, p. 242) esclarece que esta característica da educação “[...] tem tido nos últimos anos no continente latino-americano um amplo desenvolvimento, tanto do ponto de vista dos movimentos sociais quanto das políticas públicas e da produção acadêmica”. Em outras palavras, não se trata de uma busca de alguns setores da vida social, mas de uma percepção mais ampla de que a interculturalidade tem o potencial de apoiar, auxiliar na criação de melhorias e evolução dentro de diferentes setores da sociedade e, como tal, deve ser aproveitada.

Bragatto, Barretto e Silveira Filho (2017, p. 49) citam Anshon (2007) e sua visão sobre a interculturalidade como um “[...] sentido descritivo; antes de ser um projeto, constitui-se como relações interculturais que existam de fato, que sejam realmente existentes”.

É necessário destacar, porém, que mesmo que as escolas tenham inserido em suas práticas pedagógicas a importância da valorização de uma educação ampla para construir uma sociedade intercultural, aquela capaz de compreender, respeitar e agregar características culturas que, originalmente, não são suas, os debates encontram-se longe de terem alcançado um patamar no qual os conflitos tenham sido eliminados. Em face disso, muito ainda há a ser feito para que a educação se torne o ponto de entrada da ideia de interculturalidade como uma necessidade na construção do cotidiano pessoal

e social, pautado em igualdade e justiça sem excludentes que tendem a envolver as diferenças como ponto de segregação (SILVA; REBOLO, 2017).

Segundo Walsh (2008, p. 141), é essencial que não se confundam os conceitos de multiculturalidade com interculturalidade. Multiculturais são todas as nações, considerando-se que dentro delas existem fatores regionais que tornam peculiares as características dos grupos que ali vivem, enquanto a interculturalidade tem um escopo muito maior. Interculturais são fatores que incidem sobre os comportamentos e que não estão restritos a um país, mas se formam a partir de inúmeras culturas, hábitos, relacionamentos e atividades. Podem surgir dentro e fora do contexto de uma nação, porém, para que tomem força devem ser vistos como normais, compreendidos como novas visões e não como tendências a serem excluídas, ignoradas e combatidas.

O cerne na interculturalidade não reside no esforço de impor culturas diversas a uma população, mas de desenvolver a percepção de que as diferenças existentes permitem a criação de um grupo variado, dinâmico, capaz de realizar trocas e, com elas, alcançar características que beneficiem a todos, sem excluir aqueles que não se enquadram nos padrões comuns ali praticados (CANDAU, 2013, p. 155-157).

Walsh (2008, p. 142) prossegue afirmando, ainda, que enquanto a multiculturalidade destaca as diferenças e pode assumir uma característica de segregação a interculturalidade é fator de igualdade, pois prega que as pessoas são diferentes, as culturas apresentam características singulares, mas que todas podem conviver em um mesmo espaço sem que nenhuma seja depreciada ou desvalorizada por isso. Cabe ao Estado iniciar o discurso intercultural em suas políticas e ações, levando os indivíduos a compreender que as influências externas não precisam ser rechaçadas, mas que podem trazer consigo novos olhares importantes para a evolução e o desenvolvimento de uma sociedade igualitária e justa.

De acordo com Candau (2012, p. 238-239), as diferenças existentes entre os indivíduos de culturas variadas, por muitos anos, foram vistas como especificidades de cada povo e, assim, deveriam ser mantidas, como se fossem limites entre uma e outra nação. No passar dos anos, porém, surge a per-

cepção de que a integração entre esses fatores poderia permitir a construção de modelos mais amplos, que não se pautassem nas especificidades de cada pessoa ou grupo, mas no que há em comum entre elas, os direitos assegurados a todos os seres humanos.

Para Walsh (2007, p. 51), quando se alcança uma visão mais ampla a respeito da interculturalidade em seus preceitos reais, o que ela de fato significa e contribui para a formação dos espaços, quando bem aproveitadas, é de possibilitar a criação de sociedades interculturais que não percam suas características originais, que não tentem imitar, copiar características oriundas de espaços externos, portanto, a interculturalidade não é apenas um discurso construído desde a particularidade da diferença, e sim, do reconhecimento desta, para a construção de uma sociedade justa;

O alcance da igualdade por meio da interculturalidade não se baseia na ideia de criar um padrão no qual todas as pessoas tenham que se enquadrar, de fato, é o contrário, a igualdade é alcançada quando se torna possível demonstrar que as diferenças existem, são reais, porém sempre positivas e, assim, deve-se valorizar a essência da pessoa humana, deixando-se que suas demais características sejam apenas complementos para um grupo mais amplo (CANDAUI, 2013, p. 153-154).

É isso que prega a interculturalidade, unir as diferenças em um espaço no qual cada uma delas tem valor e pode gerar um aprendizado, uma melhoria e o desenvolvimento, sem que para isso as peculiaridades sejam ignoradas (CANDAUI, 2012, p. 243).

Portanto, não há culturas e padrões subalternos, nesse viés, apenas quando essa percepção houver sido difundida e for respeitada, é que a interculturalidade poderá ser utilizada como forma de expressão da igualdade dentro da diferença.

A Interação entre a Interculturalidade e o Pluralismo Jurídico

Cada nação desenvolve para si sistemas jurídicos capazes de atender as demandas de suas populações e de seus contatos com grupos externos, ainda

que tais sistemas recebam e exerçam influência do ambiente, eles não podem ser universalizados, padronizados, considerando-se que, assim, deixariam de atender às necessidades do local no qual são vigentes (WOLKMER, 2015).

A diversidade cultural traz consigo a diversidade jurídica. Isto é evidente, no plano internacional, quando constatamos que, apesar do impacto da globalização e da generalização dos transplantes de soluções jurídicas ocidentais para o resto do mundo, continuam a existir várias famílias jurídicas e sistemas jurídicos com características muito diferentes entre si, como a família jurídica muçulmana, os sistemas jurídicos africanos, o Direito hindu e o Direito Chinês (JERONIMO, 2014, p. 4).

Em face disso, compreende-se que o pluralismo jurídico se refere ao esforço de aproveitar o que diferentes sistemas jurídicos podem oferecer a um determinado contexto, sem ignorar que este carrega em si especificidades importantes para seu bom funcionamento, organização e harmonia. Nesse sentido, o pluralismo jurídico caracteriza-se como a capacidade de integrar sistemas diferentes, adotando de cada um deles os pontos adaptáveis a uma realidade específica (SANTOS, 2009, p. 38-39).

No contexto de algumas nações, porém, existe a percepção de que são capazes de dominar outras, de que podem impor-se seus preceitos para que outros povos venham a ter sua semelhança. Essa dominação já foi mais expressiva, porém, seria totalmente inadequado afirmar que se extinguiu, longe disso, ainda existem setores da vida social, econômica, política, jurídica e educacional de diversos povos que sofrem dominação constante e forte até o presente (WOLKMER; LIPPSTEIN, 2017).

Juntamente com essa dominação surge a imposição de padrões e parâmetros adequados a uma nação, mas que em outras não representam qualquer forma de avanço, liberdade e transformação. Ao invés de nações que se utilizam da interculturalidade como forma de ensinar, aprender, conviver e compartilhar o que há de melhor em cada uma delas, usam seu poder para impor e exigir, negando que os padrões de outras coletividades sejam valo-

rizados, aceitos e seguidos. Nesses casos, ao invés de primar pelo alcance da igualdade e dignidade, a interculturalidade é utilizada como ferramenta de exercício de poder e demonstração de força (WALSH, 2013, p. 35-36).

Os direitos humanos encontram-se dentro dos sistemas jurídicos formais e, assim, quando não são pensados de forma ampla, também as leis que se apoiam sobre eles não apresentarão essas características de modo integral e efetivo. A legislação de uma país não pode apenas levar em consideração os direitos humanos em sua criação, mas devem ser pautadas integralmente em sua garantia e eficácia para que, de fato, se concretizem em suas políticas direcionadas a diferentes áreas sociais (WOLKMER, 2015; WOLKMER; LIPPSTEIN, 2017).

Candau (2013, p. 240-241) acredita que os direitos humanos existem para beneficiar a todas as pessoas, sem qualquer distinção, porém, para que isso ocorra, eles devem ser pensados de forma compartilhada, considerando-se que aquilo que atende às demandas de um grupo de coletividades em um determinado espaço, pode não se adequar a outras experiências comunitárias.

Quando pluralismo jurídico e interculturalidade atuam no mesmo espaço, torna-se possível verificar que o direito não deve ser engessado, pelo contrário, precisa acompanhar as alterações sociais e assegurar que os cidadãos sejam sempre protegidos de abusos diversos, bem como tenham seus direitos assegurados. Para isso, o direito irá analisar as normas jurídicas diversas e, de cada uma delas, adaptar para a realidade do país aquilo que, de fato, contribui para a justiça e dignidade (JERONIMO, 2014).

É necessário compreender, de início, que não se trata de um pluralismo de ordens jurídicas estatais, ainda que o entrelaçamento e o diálogo entre os ordenamentos dos Estados sejam benéficos à evolução do direito, mas, sim, de um pluralismo de centros responsáveis pela emissão de normatividade e juridicidade. É a compreensão de que o Direito não é somente aquele Direito posto pelo Estado e pelo constitucionalismo – vejamos, é Direito, mas, tão-somente uma das facetas do sistema jurídico, não o próprio sistema (SILVA, 2017, p. 5).

Ferrazzo e Lixa (2017) ressaltam que, por muitos anos, o afastamento dos princípios culturais e do direito de outras nações foi preconizado como forma de assegurar a dominação do Estado sobre os administrados localmente, ou seja, apenas uma tendência jurídica em vigor dentro de uma comunidade, no qual apenas a cultura local deveria ser valorizada.

A unificação do sistema jurídico-político num mesmo órgão assumiu, na formação das repúblicas latino-americanas um sentido diferente daquele dado pela burguesia revolucionária nas metrópoles. A nova teoria política, estranhas às peculiaridades das colônias, nestas se concretizou sobre “consensos débeis”, fundamentados tão somente sobre o voto e processos políticos controversos, os quais evidenciavam a crise do modelo monista, o modelo do Estado Nação, uma crise que foi contida, nos casos mais extremos, pelas diversas ditaduras que ocorreram no continente, as quais, ao invés de redefinir os parâmetros democráticos a partir da realidade do continente, rejeitaram o pouco de democracia que se conhecia (FERRAZZO; LIXA, 2017, p. 2639).

Na América Latina, essa percepção da necessidade e do valor da integração do pluralismo jurídico e da interculturalidade no cotidiano de seus Estados demorou a surgir e se disseminar. No presente, cada vez mais diferentes países se esforçam para inserir em suas doutrinas jurídicas normas capazes de integrar suas coletividades, todavia, esse processo ainda apresenta um longo caminho a percorrer (FERRAZZO; LIXA, 2017).

Destaca Silva (2017, p. 13-14) que, quando interculturalidade e pluralismo jurídico caminham juntos, os maiores beneficiados são os cidadãos, pois passam a ser regidos por um sistema jurídico mais abrangente, formulado com face à vida moderna e suas especificidades, além de tomar como base pontos positivos de outras fontes de direito capazes de assegurar aos cidadãos do próprio país uma vida mais digna e mais solidária.

Compreende-se, assim, que os ideais de interculturalidade e pluralismo jurídico podem permear concomitantemente uma nação, trazendo consi-

go o benefício de agrupar tanto a percepção de que todas as culturas têm valor e podem complementar-se em um mesmo espaço, quando o conhecimento de um sistema normativo deve adaptar-se ao conjunto de diferenças e mudanças que ocorrem em uma sociedade de forma constante.

CONCLUSÕES

As nações não são iguais, existem dentro e fora delas características que as tornam singulares, diferenciadas umas das outras. Nesse sentido, a interculturalidade é um fator real, as pessoas e as nações diferem entre si, devendo-se valorizar essas diferenças como meios de alcançar uma sociedade respeitosa, variada, na qual as pessoas se complementem e as culturas se entrelacem.

Nesse cenário de interculturalidade, surge a necessidade de ressaltar o pluralismo jurídico como uma importante ferramenta para que não impere apenas uma inclinação legal no sentido da centralização formalista e na mera aplicação casuística das normas jurídicas, mas visando torná-las mais amplas e, assim, capazes de assegurar o direito a identidades singulares e coletivas, por mais diferentes que sejam entre si.

As normas jurídicas existem como expressão do todo social, atuando no fortalecimento comunitário social por meio do respeito, da garantia de direitos e deveres a todos de forma igualitária e, assim, construindo um espaço voltado as relações cidadãs.

Portanto, verificou-se que a justiça deve ser acessível a todos, assegurando-se, por meio do direito, essa possibilidade e essa garantia. Em geral, as normas jurídicas como processo de transplantes tomam como base as tendências de suas nações colonizadoras, perpetuando-se uma forma de dependência, na qual as sociedades colonizadas não chegam a libertar-se totalmente dos valores inculcados pelas metrópoles.

Em sistemas normativos pautados sobre o pluralismo, é comum que se construa um regime de direito no qual os conflitos são resolvidos por diferentes meios, não apenas com base na interferência do Estado, mas com a capacidade de participação em que a comunidade, no exercício autônomo,

tem suas necessidades debatidas e resolvidas de forma satisfatória e, sempre que possível, extrajudicialmente.

Em suma, para concluir, há que se compreender que o pluralismo jurídico pode configurar não só a reconhecimento de múltiplas formas de produzir normatividades subjacentes, mas uma prática de justiça alternativa na resolução de conflitos. Assim, na América Latina, muitas nações vêm revendo suas Constituições com o intuito de tornar suas normas mais plurais e interculturais, com a compreensão de que ainda que tenham no presente características herdadas de seus colonizadores são independentes, apresentam suas especificidades culturais e, assim, seu direito deve ser conduzido com base em sua própria identidade.

REFERÊNCIAS

BENDA-BECKMANN, Keebet Von; TURNER, Bertram. Legal pluralism, social theory, and the state. **The Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law**. 2018, v. 50, n. 3, 255-274. Disponível em: <<https://www.tandfonline.com/doi/pdf/10.1080/07329113.2018.1532674?needAccess=true>> Acesso em: 13 jul. 2019.

BRAGATO, Fernanda Frizzo; BARRETTO, Vicente de Paulo; SILVEIRA FILHO, Alex Sandro da. A interculturalidade como possibilidade para a construção de uma visão de direitos humanos a partir das realidades plurais da América Latina. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**. Curitiba, PR, Brasil, v. 62, n. 1, jan./abr. 2017, p. 33-59. Disponível em: <<https://revistas.ufpr.br/direito/article/viewFile/47133/32425>>. Acesso em: 25 ago. 2018.

CANDAU, Vera Maria Ferrão. Diferenças culturais, interculturalidade e educação em direitos humanos. **Educ. Soc.** Campinas, v. 33, n. 118, p. 235-250, jan./mar. 2012. Disponível em: < <http://www.scielo.br/pdf/es/v33n118/v33n118a15.pdf>> Acesso em: 26 ago. 2018.

_____. In: WALSH, Catherine (Ed.). **Pedagogías decoloniales: prácticas insurgentes de resistir, (re)existir y (re)vivir**. Tomo I. Quito, Ecuador: Ediciones Abya-Yala, 2013.

CASA, Gabriela Mesa; GRASSI, Jéssica Maria. Os desafios do Pluralismo Jurídico no Novo Constitucionalismo Latino-Americano. **XVI Congresso Internacional FoMerco**. 2017; set. Disponível em: <http://www.congresso2017.fomerco.com.br/resources/anais/8/1504122160_ARQUIVO_GabrielaMesaCasa-Osdesafiosdopluralismojuridicononovoconstitucionalismolatino-americano.pdf> Acesso em: 14 jul. 2019.

FERRAZZO, Débora; LIXA, Ivone Fernandes Morcilo. Pluralismo jurídico e interpretação plural na jurisdição constitucional boliviana. **Rev. Direito e Práxis**. Rio de Janeiro, v. 8, n. 4, 2017, p. 2629-2657. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rdp/v8n4/2179-8966-rdp-8-4-2629.pdf>> Acesso em: 29 ago. 2018.

JERÔNIMO, Patrícia. **Interculturalidade e pluralismo jurídico**. A emergência de ordens jurídicas minoritárias na Europa e a tutela dos direitos fundamentais. 2014. Disponível em: <<https://repositorium.sdum.uminho.pt/bitstream/1822/31404/1/JER%C3%93NIMO%2C%20Patr%C3%ADcia%2C%20Interculturalidade%20e%20pluralismo%20jur%C3%ADdico.pdf>> Acesso em: 28 ago. 2018.

MEDEIROS, Ruy Hermann Araújo; SOTERO, Ana Paula da Silva; AMORIN, Nadine Araújo. O pluralismo jurídico como forma alternativa de garantia social de acesso à justiça nas resoluções de conflitos de terra no estado democrático de direito. **Revista Jurídica do Curso de Direito da UESC**. 2017, p. 194-230.

ROSILLO MARTINEZ, Alejandro. Legal Pluralism in Mexican constitutionalism before the new Latin American constitutionalism. **Rev. Direito e Práxis**. 2017, v. 8, n. 4, p. 3037-3068. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rdp/v8n4/2179-8966-rdp-8-4-3037.pdf>> Acesso em: 13 jul. 2019.

SANTOS, Ronaldo Lima dos. **Teoria das normas coletivas**. 2. ed. São Paulo: LTR, 2009.

SILVA, Thiago dos Santos da. O pluralismo jurídico como ferramenta de integração no constitucionalismo Latino-americano e o caso Manoá/Piuim. **Salão do Conhecimento. XXV Seminário de Iniciação Científica. XXII Jornada de Pesquisa. XVIII Jornada de Extensão. VII Mostra de Iniciação Científica Júnior. VII Seminário de Inovação e Tecnologia**. Ijuí, RS: Unijuí, 2017.

SILVA, Vanilda Alves da; REBOLO, Flavinês. A educação intercultural e os desafios para a escola e para o professor. **Interações**. Campo Grande, MS, v. 18, n. 1, p. 179-190, jan./mar. 2017. Disponível em: < <http://www.scielo.br/pdf/inter/v18n1/1518-7012-inter-18-01-0179.pdf>> Acesso em: 26 ago. 2018.

SWENSON, Geoffrey. Legal pluralism in theory and practice. **International Studies Review**. 2018; v. 20, p. 438-462.

WALSH, Catherine. (ed.). **Pedagogías decoloniales: prácticas insurgentes de resistir, (re)existir y (re)vivir**. Tomo I. Quito, Ecuador: Ediciones Abya-Yala, 2013.

_____. Interculturalidad crítica y educación intercultural. *In*: VIAÑA, Jorge; TAPIA, Luis; WALSH, Catherine. **Construyendo Interculturalidad Crítica**. La Paz, Bolívia: Instituto Internacional de Integración del Convenio Andrés Bello. III CAB, 2010.

_____. Interculturalidad y colonialidad del poder. Un pensamiento y posicionamiento “otro” desde la diferencia colonial. *In*: CASTRO-GÓMEZ, S.; GROSGOUEL, R. (ed.). **El giro decolonial**. Reflexiones para una diversidad epistémica más allá del capitalismo global. Bogotá: Iesco-Pensar-Siglo del Hombre Editores, 2007. p. 47-62.

_____. **Interculturalidad, plurinacionalidad y decolonialidad:** las insurgencias políticoepistémicas de refundar el Estado. Tabula Rasa. Bogotá, n. 9, p. 131-152, jul./dez. 2008.

WOLKMER, Antônio Carlos; FAGUNDES, Lucas Machado. Tendências contemporâneas do constitucionalismo latino-americano: Estado plurinacional e pluralismo jurídico. **Pensar**. Fortaleza, v. 16, n. 2, p. 371-408, jul./dez. 2011.

_____. **Pluralismo jurídico:** fundamentos de uma nova cultura do Direito. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. **Introdução ao pensamento jurídico crítico.** 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____; LIPPSTEIN, Daniela. Por uma educação Latino-Americana em direitos humanos: pensamento jurídico crítico contra hegemônico. **R. Dir. Gar. Fund.**, Vitória, v. 18, n. 1, p. 283-301, jan./abr. 2017.

CAPÍTULO V

DESIGUALDADES NO ACESSO À JUSTIÇA: A POBREZA COMO FATOR DE DISCRIMINAÇÃO PROCESSUAL

DOI: <http://dx.doi.org/10.18616/dirhum05>

Gabriela Maia Rebouças
Juliana Lira Novaes
Verônica Teixeira Marques

VOLTAR AO SUMÁRIO

INTRODUÇÃO

Mais de três décadas depois, os objetivos de erradicar a pobreza e diminuir as desigualdades regionais parecem condenar a Constituição de 1988 (CF/1988) a um papel meramente simbólico, frente à realidade brasileira. As políticas públicas de acesso à justiça foram insuficientes para reverter um quadro de fortes assimetrias e muitos obstáculos na efetivação deste direito que é não apenas um direito fundamental, mas um direito humano que possibilita o alcance de muitos outros direitos. A questão da pobreza, central neste artigo, guia-nos numa análise conjuntural, mas também, em específico, na identificação da pobreza como fator de discriminação processual, na medida em que é variável que agrava a dificuldade de acesso à justiça

A ausência de condições de vida dignas, que caracterizam a realidade das pessoas que vivem em situação de pobreza¹, por si só, seria suficiente para demonstrar que as pessoas que (sobre)vivem nesta situação (extrema ou não) possuem dificuldades óbvias em acessar a justiça. São obstáculos técnicos, financeiros, educacionais para que consigam alcançar o Judiciário em busca de uma tutela efetiva quanto aos seus direitos. Nesse sentido, conforme expresso nas *100 regras de Brasília sobre acesso à justiça das pessoas em condição de vulnerabilidade* (2008), atualizadas em 2018, “A pobreza constitui uma causa de exclusão social, tanto no plano econômico como nos planos social e cultural, e supõe uma série de obstáculos para o acesso à justiça especialmente agravado quando concorre alguma outra causa de vulnerabilidade” (tradução nossa).

Assim, este artigo discute, a partir de uma análise crítica de dados e normativos, a necessidade de evidenciar os obstáculos que a pobreza impõe ao acesso à justiça, permitindo uma recorrente violação de direitos humanos e, ainda a partir da CF/1988, violação de direitos fundamentais².

1 Só em 2020 estima-se que 115 milhões de pessoas estejam sendo empurradas a essa situação, número que pode crescer a 150 milhões em 2021. (BBC NEWS, 2020).

2 Aqui trabalhamos com a distinção conceitual entre direitos humanos e direitos fundamentais, para além de uma dimensão internacional/nacional. Importa reconhecer não apenas a perspectiva de uma complementariedade, e a necessidade de uma justaposição quando se precisa enfrentar violações de direitos estruturantes de uma sociedade capitalista e desigual. Assim,

Através de dados oficiais e do uso de estatística descritiva, a discussão sobre a desigualdade com foco na pobreza no Brasil permitiu trabalhar as intersecções no sistema de justiça, com destaque para a defensoria pública. O trabalho permitiu sistematizar exemplificativamente como o processo pode estar ignorando o fator pobreza na distribuição de direitos.

ACESSO À JUSTIÇA EM CONTEXTOS DE DESIGUALDADES

Enfrentar o problema da desigualdade no Brasil é a um só tempo abrir o livro desde a história colonial, cujos alicerces já marcaram a formação de uma sociedade violenta, construída na exploração e escravização das populações afrodiaspóricas e populações originais (pré-Brasil). Não se pode olvidar, a partir das críticas decoloniais e da perspectiva dos oprimidos, o quanto de patriarcado e colonialismo persiste e se atualiza desde essa conjunção, sobrepondo as camadas de desigualdades, interseccionalmente. No entanto, feito o registro, este artigo situa a questão nas últimas décadas do século XX e primeiras do século XXI, considerando a história atual.

Na virada do milênio, o diagnóstico acerca do desenvolvimento baseado apenas no crescimento econômico apontava um quadro desanimador.

O padrão de crescimento econômico que prevaleceu no país desde os anos 30 e a crise de seu esgotamento, que marcou os últimos quinze anos da sociedade brasileira, deixaram como herança, por um lado, uma sociedade urbano-industrial moderna e complexa e, por outro, um dramático quadro social, marcado por profundas desigualdades. (LAMPREIA, 1995, p.16)

Direitos humanos não estão apenas positivados no plano internacional e os direitos fundamentais no plano nacional. Direitos humanos constituem uma plataforma de reivindicações mais amplas por condições coletivas de vidas dignas e em diversas vezes, precisam enfrentar inclusive dispositivos do ordenamento nacional positivado que entram em colisão de direitos. É o caso das lutas por reforma agrária e por uma função social da terra frente ao direito de propriedade privada. É o caso também deste artigo, que enfrenta a pobreza como um obstáculo ao acesso à justiça.

Segundo Rocha (2003), a pobreza é um fenômeno complexo, em que de forma geral, poderia ser definida quando é ausente o adequado atendimento às necessidades. Tais necessidades são avaliadas dentro de cada contexto, de modo que a definição da pobreza vai depender do “padrão de vida e da forma como as diferentes necessidades são atendidas em determinado contexto socioeconômico” (ROCHA, 2003, p. 9 e 10).

Em sua análise sobre a pobreza na obra *Desigualdade reexaminada*, Amartya Sen lembra que há usos diferentes para o termo pobreza, mas “existem algumas associações claras que restringem a natureza do conceito, e não estamos inteiramente livres para caracterizar a pobreza de qualquer modo que nos agrade” (SEN, 2001, p. 170). Em sua perspectiva³, não se pode associar pobreza unicamente com baixa renda, dissociada das capacidades e contingências culturais, sociais e existenciais. Por isso, pensamos a desigualdade e a própria pobreza em múltiplas camadas, adensando condições de violação de direitos e obstáculos ao acesso.

Partindo de sua complexidade, o enfrentamento da pobreza como um problema solucionável⁴ é um passo necessário para que se abandone o fatalismo e a sensação de impotência que o cerca.

Além disso para entender como se caracteriza a situação brasileira de pobreza e miséria é necessário levar em conta as diferenças na distribuição de renda, um processo que se retroalimenta na história brasileira, e como Gomes e Pereira (2004) comentam: não há escassez de recursos, pelo contrário, há um volume aceitável de riquezas no país, mas que são extremamente mal distri-

3 “A pobreza deve ser vista como privação de capacidades básicas em vez de meramente como baixo nível de renda, que é o critério tradicional de identificação de pobreza”. (SEN, 2016, p. 120).

4 Um interessante estudo com essa perspectiva pode ser encontrado em *Repensar la pobreza*. Um giro radical em la lucha contra a desigualdade global. (BANERJEE; DUFLO, 2011). Em suas conclusões, aqui interpretadas livremente, os autores chamam a atenção que (1) os pobres tem dificuldade para ter acesso a informações confiáveis; (2) precisam se responsabilizar por muitas condições básicas para viver; (3) lhes faltam mercado e oportunidades; havendo razões para crer que (4) as elites lucram com a miséria dos pobres e mantém a desigualdade, mas que políticas estruturantes e também de assistência direta remuneratória (como renda universal, por exemplo) podem sim significar o ponto de partida para um círculo virtuoso que permita lutar contra a pobreza e as desigualdades. (BANERJEE, A.; DUFLO, E, 2011, p. 327-334)

buídas. Nesse sentido, Barros, Henriques e Mendonça (2001) esclarecem que o Brasil, apesar da catastrófica distribuição interna de renda (formação de desigualdade econômica), não é considerado internacionalmente um país pobre.

Em recente estudo, o IPEA (2020) aponta de forma detalhada como a diminuição da desigualdade no Brasil, vivenciada entre 2012 e 2015, se reverteram entre 2016 e 2018. O Brasil registrou em 2018 nível de desigualdade pelo índice de Gini, com 0,545, valor quase 1% mais alto do que o de 2012 e cerca de 4% maior do que o de 2015.⁵

Também o IBGE (2020) aponta ainda que em 2019 o Índice de Gini⁶ caiu e que, de acordo com World Development Indicators, relatório organizado pelo Banco Mundial, o Brasil se enquadra na nona colocação entre os países mais desiguais do mundo.

Quando cruzamos a questão da desigualdade com o acesso à justiça, outros elementos se somam nesta complexidade. Eduardo Faria, desde os anos 2000, aponta o descompasso entre os tribunais brasileiros e a realidade socioeconômica em que atuam. Vivemos “num contexto marcado por fortes desigualdades sociais e culturais, graves limitações fiscais e transformações radicais nos modos de funcionamento da economia” (FARIA, 2003, p. 2). As duas últimas décadas confirmaram um processo de ‘judicialização’ da vida em todas as esferas, ampliando sobremaneira as necessidades de resolução dos conflitos pela via judicial.

5 “Nos últimos anos o comportamento das taxas de pobreza foi muito mais sensível a variações na desigualdade do que na renda média. Se não houvesse piora na desigualdade, o Brasil teria continuado avançando no combate à pobreza tanto entre 2015 e 2018 quanto no período mais longo, entre 2012 e 2018.” BARBOSA, R.; SOUZA, P. e SOARES, S. *Distribuição de renda nos anos 2010: uma década perdida para desigualdade e pobreza*. Rio de Janeiro, 2020.

6 “O índice de Gini do rendimento domiciliar per capita foi de 0,543 em 2019, recuando em relação a 2018 (0,545) e aumentando frente a 2015 (0,524), o menor índice da série da PNAD Contínua. A Região Sul tinha a menor desigualdade de rendimentos (0,467 em 2019). O Nordeste apresentou o maior crescimento percentual do indicador entre 2012 e 2019 (2,4%) e foi a única região onde o Gini cresceu, entre 2018 e 2019, passando de 0,545 para 0,559. Três capitais nordestinas se destacaram como as mais desiguais: Recife (0,612), João Pessoa (0,591) e Aracaju (0,581). A única capital a ficar abaixo do patamar de 0,500 foi Goiânia, com Gini de 0,468.” Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-de-noticias/releases/29431-sintese-de-indicadores-sociais-em-2019-proporcao-de-pobres-cai-para-24-7-e-extrema-pobreza-se-mantem-em-6-5-da-populacao>. Acesso em: 8 dez. 2020.

Somam-se também, no corpo dos elementos desta crise, as transformações que o sistema econômico já havia colocado para o próprio judiciário dos países em desenvolvimento, estimulando a criação de arenas diversas de resolução de conflitos, como a mediação ou conciliação que, se de um lado, são menos burocratizadas e mais adaptáveis aos interesses do mercado e seus consumidores, por outro, considerando o estado de vulnerabilidade das pessoas em situação de pobreza, podem significar uma dificuldade ainda maior de acessar a justiça, já que precisam ser ‘players’ com mais habilidades e autonomia⁷.

Por isso, a crise que um judiciário em descompasso com os anseios sociais provoca aponta para sentidos muitas vezes antagônicos: em relação aos indivíduos que lutam por ampliação de acesso à justiça, o judiciário é lento e moroso e não dá conta, com seus ritos, burocracias e funcionamentos institucionais, da necessidade de resposta aos conflitos; em relação ao mercado, é oneroso e ineficiente; mas em relação aos pobres, o judiciário segue sendo uma instituição de portas fechadas e inacessíveis, reprodutora de injustiças⁸.

Nesse sentido, “o Judiciário acaba sendo indigente na produção de respostas para seus problemas” (FARIA, 2003, p. 7), nem sequer responde às necessidades mais básicas da população em geral e, num Brasil de dimensões continentais, mostra-se ainda inacessível para uma parte significativa de sua população, exatamente aquela que, sem acesso aos recursos econômicos, mais sofre com a ausência e inefetividade de direitos e mais precisa da justiça e de resolver conflitos.

Aqui, importa acompanhar a reflexão de Kim Economides (2016), quando avalia as diferenças de acesso à justiça em relação aos 3R’s (rural, remoto, regional) comparando a tirania da lei da cidade em relação às áreas rurais, regionais ou remotas. Neste ponto, as tensões entre centro e periferia são agudizadas e as desigualdades evidenciadas. Na periferia da periferia, a au-

7 Sobre as dificuldades de uma justiça sem direito e os problemas da desigualdade, conferir AUERBACH, 2007.

8 Alguns estudos apontam para o caráter elitista da justiça, que abandona a imparcialidade e acaba punindo mais os pobres e reconhecendo mais direitos aos ricos. Cf. WANG, D. FERRAZ, 2013, sobre litígios da saúde e CARDOSO, L., 2018, sobre elites e justiça.

sência de direitos nos obriga a pensar em políticas que “devem genuinamente viabilizar a inclusão social” (ECONOMIDES, 2016, p. 152)

Olhando a questão do acesso à justiça⁹ pelo ângulo proposto por Capelletti e Garth, que desde a década de 50 do século passado pensaram “como opera a lei substantiva – com que frequência ela é executada, em benefício de quem e com que impacto social” (CAPELLETTI; GARTH, 1988, p. 12-13), compreende-se a perspectiva das três ondas renovatórias. A primeira onda se concentrou em enfrentar as barreiras colocadas pela desigualdade econômica das partes envolvidas, provendo com assistência judiciária financiada pelo Estado aos que não poderiam, com suas próprias custas, provê-la. Os elementos de acesso à justiça eram muito incipientes e a segunda onda renovatória enfrentou os direitos difusos, pensando nas representações que postulassem coletivamente a titularidade de direitos. A terceira onda renovatória, concentra-se na busca da efetividade do processo, focando as implicações sociais e econômicas do processo (CAPELLETTI; GARTH, 1988, p. 31).

O Brasil de certa forma acompanhou essa tendência, sendo exemplos, sucessivamente, a lei 1.060/50 sobre assistência judiciária, a criação da ação civil pública e por fim, as sucessivas reformas processuais e, mais recentemente, as demandas por celeridade, efetividade e eficiência de gestão dos tribunais. As ondas renovatórias da justiça trouxeram também um movimento de democratização da justiça e ampliação de direitos.

Na verdade, os sistemas legais (da maioria?) das democracias modernas são concebidos de tal forma que, se todos que tivessem uma reivindicação legítima os invocassem, os sistemas sofreriam um colapso. A viabilidade de tais sistemas depende: (a) da ineficácia dos ‘efeitos gerais’, ou seja, da capacidade de exercer controle através da comunicação de informações, ao invés de uma execução efetiva; (b) da disponibilidade de arenas informais para a ação

9 A expressão “acesso à justiça” é reconhecidamente de difícil definição, mas serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico – o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado. Primeiro, o sistema deve ser igualmente acessível a todos; segundo, ele deve produzir resultados que sejam social e individualmente juntos. (CAPELLETTI *et al.*, 1998, p. 8, *apud* SILVA e BARBOSA, 2016, p. 919).

legal e, finalmente; (c) da apatia, da ignorância barreiras culturais e de custos que inibem a reivindicação de direitos. (GALANTER, 2016, p. 21).

Ou seja, para Marc Galanter, compreender atualmente os sistemas de justiça é reconhecer que “as reivindicações básicas de acesso à justiça se multiplicarão, enquanto os novos territórios de reivindicações complexas e problemáticas são acrescentados à agenda em ritmo crescente” (GALANTER, 2016, p. 30). E principalmente, reconhecer que as condições de participação igualitária não estão presentes, sobretudo quando litigantes comuns e físicos, enfrentam pessoas jurídicas especializadas no gerenciamento de demandas conflitivas, quer em arenas judiciais quer fora dela.

Com isso, Galanter (2016) defende que pensar em acesso à justiça em um mundo com capacidade social em expansão é perceber que as questões da justiça corretiva (resolução de conflitos) e da justiça distributiva (acesso a bens, direitos e oportunidades) não estão mais distintas. “A escolha sobre quais iniciativas corretivas adotar é uma decisão distributiva ‘política’. O racionamento e a priorização de oportunidades de justiça distributiva desfazem a ilusão de que a justiça existe em um reino de legalidade técnica que é distinto da política” (GALANTER, 2016, p. 31). Um dos caminhos que têm sido trilhados nesse sentido, mas ainda com um longo percurso a enfrentar é das defensorias públicas.

DEFENSORIA PÚBLICA E ENTRAVES AO ACESSO À JUSTIÇA

A incursão pelo ordenamento jurídico brasileiro não deixa dúvidas de que a questão da desigualdade e do acesso à justiça é para nós uma realidade a ser enfrentada. A CF/1988 trata entre seus objetivos (art. 3º) da erradicação da pobreza e da marginalização, bem como sobre reduzir desigualdades sociais e regionais.

Para além, a doutrina brasileira tende a reconhecer como certo que a CF/88 ampliou significativamente o rol de direitos fundamentais e direitos humanos positivados.

Desde o processo de democratização do país e em particular a partir da Constituição Federal de 1988, os mais importantes tratados internacionais de proteção dos direitos humanos foram ratificados pelo Brasil. O pós-1988 apresenta a mais vasta produção normativa de direitos humanos de toda a história legislativa brasileira. A maior parte das normas de proteção aos direitos humanos foi elaborada após a Constituição de 1988, em sua decorrência e sob a sua inspiração. A Constituição de 1988 celebra a reinvenção do marco jurídico normativo brasileiro no campo da proteção dos direitos humanos. (PIOVESAN, 2012, p. 86)

Recepcionando a legislação anterior, a CF/1988 estabelece já no artigo art. 5º, LXXIV que “o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos” (art. 5º, LXXIV). Adiante, em artigo próprio (CF, art. 134¹⁰) definiu a Defensoria Pública como “instituição essencial à função jurisdicional do Estado, assegurando mais tarde, pela Emenda Constitucional n. 45/2004, autonomia funcional e administrativa, o que criou certo equilíbrio com Magistratura e Ministério Público.

Conforme aponta o estudo do IPEA/ANADEP sobre Mapa da Defensoria Pública no Brasil (IPEA, 2013), considerando a CF/88 como um marco, há avanços a apontar no campo das defensorias que impactam positivamente no acesso à justiça dos mais pobres. Inclusive, no plano internacional, os

10 Art. 134. A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º desta Constituição Federal.

esforços do sistema de justiça brasileiro cumprem as resoluções¹¹ da OEA sobre a temática e refletem as *100 regras de Brasília sobre acesso à justiça das pessoas em condição de vulnerabilidade (2008)*, atualizadas em 2018.

Em que pese ter havido, de fato, uma ampliação do acesso à justiça por meio da instituição e institucionalização da Defensoria Pública¹², podemos afirmar que a atuação desta Instituição ainda não alcançou o esperado, já que somente 28% das comarcas brasileiras são atendidas por esta Instituição. (IPEA, 2013, p. 32-33).

A correlação em relação à defensoria pública é fundamental para a compreensão da pobreza como um obstáculo processual, em função de possibilitar não apenas o instrumental técnico para litigar, como também, de prover os recursos necessários de informação, custas, documentação etc.

A Defensoria Pública atende àquelas pessoas que, antes de sua atuação, sequer se reconheciam como cidadãos, muitas vezes pela própria ausência do Estado. Incumbida pela Constituição Federal de efetivar o acesso à Justiça, a Defensoria Pública contribui efetivamente para concretizar o Princípio da Igualdade”. (ANADEP, 2008)

Os dados do Mapa da Defensoria Pública no Brasil indicam também outras carências na política pública de acesso à justiça para os mais pobres. Faltam defensores no geral (de um total de 8.489 cargos de defensor públi-

11 “No plano internacional, o modelo adotado pela Constituição Brasileira tem obtido importante reconhecimento. Em 2011 e 2012, a Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos (OEA) aprovou por unanimidade duas resoluções – AG/RES. 2714 (XLII-O/12) e AG/RES 2656 (XLI-O/11) – recomendando a todos os países-membros a adoção do modelo público de Defensoria Pública, com autonomia e independência funcional”. (IPEA, 2013, p. 23)

12 De acordo com os dados estatísticos apurados pela Corregedoria-Geral da Defensoria Pública do Estado do Tocantins (DPE-TO), a Instituição atendeu, de janeiro a junho de 2019, a 34.770 pessoas. Deste total, 28.398 têm renda individual de zero a um salário-mínimo; ou seja, 81,6% de todos os assistidos ganham, mensalmente, no máximo, R\$ 998. Ainda segundo o levantamento institucional, durante este primeiro semestre do ano, 89.063 atendimentos foram registrados, número este que contabiliza atendimentos iniciais, retornos, apoios, visitas a presos e encaminhamentos. (MESQUITA, 2019)

co criados, apenas 5.054 estão providos (59,5%) e os que existem estão mal distribuídos geograficamente. Piauí tinha em 2013 apenas (18,8%) dos cargos preenchidos e Amazonas 27,6% (IPEA, 2013, p. 31):

[...] análises como a deste Mapa registram que, apesar da previsão constitucional e do progresso recente, a assistência jurídica gratuita ainda não é garantida em 72% das comarcas – ou seja, em 72% dos locais que possuem ao menos um juiz, a população em condições de vulnerabilidade não tem seu direito de acesso gratuito à justiça garantido por um defensor público (IPEA, 2013, p. 70).

Santos (2014), desde a década de 1970, já apontava estes e outros problemas enfrentados pelas Defensorias Públicas, como a deficiência na estrutura física, a distância das sedes dos bairros mais pobres (nas cidades em que há defensorias) e em especial a sobrecarga de trabalho também sinalizada em estudos mais recentes, que apontam que a demanda não consegue ser suprida.

Nesse espeque, considerando que a Defensoria Pública concentra sua atividade, primordialmente, em pessoas que não dispõe de condições financeiras para arcar com as custas judiciais, ou seja, pessoas com baixa renda, que não possuem condições técnicas para enfrentar e lidar com um processo judiciário, podemos visualizar e inferir que a ausência da Defensoria Pública em todas as Comarcas do Brasil, há mais de 50 anos (SANTOS, 2014), principalmente em Comarcas do interior do País, configura uma grave violação aos direitos humanos e agudiza os obstáculos que pessoas em situação de pobreza e vulnerabilidade enfrentam. Por isso que nos interessa agora evidenciar a pobreza como um fator de discriminação processual.

A POBREZA COMO FATOR DE DISCRIMINAÇÃO PROCESSUAL

Importante esclarecer que reconhecemos acesso à justiça em sua múltipla significação, que engloba não apenas o acesso ao poder judiciário, como a todo o sistema de justiça, incluindo sua democratização tanto do ponto de vista das instituições quanto das normas, conforme aponta Santos (2014) em seu trabalho sobre o *Direito dos Oprimidos*, publicado originalmente como *Direito de Pasárgada*, na década de 1970. Acesso à justiça implica em acesso a bens e procedimentos que permitam corrigir violações de direitos, resolver litígios e promover o bem-estar individual e social.

Por isso, compete também ao Poder Judiciário o enfrentamento das graves violações de direitos provenientes da pobreza e das desigualdades sociais, econômicas e geográficas. “O nosso ordenamento jurídico impõe que se tenha sempre presente o alcance social da lei, o acesso irrestrito ao insuficiente de recursos à ordem jurídica justa, enfim à dignidade humana”. (BASTOS, 2016, p. 7). Estudo realizado pelo IPEA (2015) discute como o próprio judiciário têm envidado esforços em diminuir as desigualdades de acesso à justiça, em programas como o da justiça itinerante (JI), e conclui que o óbice econômico ao acesso à Justiça envolve também despesas de deslocamento para acompanhamento da demanda e participação nas audiências. Sobre o modelo da JI, introduzida pela lei n. 12.726 de 2012 observa-se, por exemplo, como os Juizados Especiais passaram a se constituir como estratégia de ampliação do acesso à justiça, com foco nas desigualdades de acesso. (MARQUES e REBOUÇAS, 2017)¹³.

Assim, neste ponto, ainda que em caráter exemplificativo, apontamos evidências de que há na prática do sistema de justiça brasileiro a pobreza não apenas como obstáculo de acesso, digamos, antes de entrar em litígio, mas também como fator de discriminação processual, na medida em que, uma vez

13 Nesse artigo as autoras verificam em que medida a lei n. 12.726/2012 contribuiu, desde sua promulgação e o fechamento do artigo, em 2016, para um incremento de políticas públicas de acesso à justiça e para uma maior institucionalização dos programas de Justiça itinerante existentes.

no processo, superando todas as barreiras anteriores, a pobreza segue sendo um fator discriminatório, que revitimiza a própria pobreza.

Identificamos aqui obstáculos amplos de acesso à justiça, que precedem qualquer tentativa de buscar seus direitos através da justiça. As pessoas que vivem em situação de pobreza (extrema ou não)¹⁴, em muitos casos, sequer conhecem seus direitos. O problema da informação aqui é condição *sine qua non*. As pessoas em situação de pobreza em geral não tiveram acesso à educação mais básica e sofrem simultaneamente múltiplas violações de forma que, com o tempo, acabam normalizando este estado de coisas. Segundo Sachs (2017), “a pobreza extrema pode ser definida como uma situação em que a simples sobrevivência é uma luta diária” (SACHS, 2017, p.513).

Além deste primeiro obstáculo da informação sobre direitos, a formalização das condições mais básicas de existir em sociedade, materializada em documentos pessoais e registros é um segundo exemplo de obstáculos amplos de acesso à justiça.

A miséria atinge principalmente estados do Norte e Nordeste do Brasil, em especial a população preta e parda, sem instrução ou com formação fundamental incompleta. Mesmo os filhos dessas famílias que queiram superar a condição de estudos dos pais acabam paralisados pela limitação econômica familiar. A falta de renda acaba empurrando os estudantes desse estrato para a evasão escolar. Entre ir à escola ou trabalhar para evitar que a família passe fome, a segunda opção é a mais óbvia. Segundo o IBGE, 11,8% dos jovens mais pobres abandonaram a escola sem concluir o ensino médio no ano passado. Trata-se de um índice oito vezes maior que o dos jovens ricos. (JIMÉNEZ, 2019)

14 De acordo com a Agência IBGE Notícias (2019) a proporção de pessoas em condição de pobreza ou extrema pobreza por unidade da federação brasileira em 2018 aponta que quase metade dos brasileiros em situação de extrema pobreza vivia no Nordeste, que a pobreza atingiu maioria de pretos e pardos: 38,1 milhões de pessoas em números absolutos e que as mulheres pretas e pardas “[...] compõem o maior contingente, 27,2 milhões de pessoas abaixo da linha da pobreza”.

No entanto, se superados os obstáculos apontados, e a pessoa consegue identificar direitos, a desconfiança em torno das instituições de justiça no Brasil aponta para uma outra dimensão de acesso: sem informações confiáveis ou capazes de dar segurança a seus usuários, perde-se a crença no judiciário como uma arena capaz de resolver situações de conflito. De acordo com o Índice de Confiabilidade do Judiciário (ICJ Brasil) fatores como morosidade processual, custo, honestidade, competência e independência do Poder Judiciário são um dos principais fatores que afetam a confiabilidade do poder Judiciário. Os entrevistados identificam o judiciário como lento (81%) e caro (81%), nada/pouco honesto (78%), difícil de usar (73%) e nada ou pouco competente (73%) (ICJ Brasil, 2017, p. 17)¹⁵.

Superadas essas desconfianças, chegam aos custos do processo. Não só o custo para ingressar com alguma demanda, mas o custo de estar em litígio. Deslocamento para audiências, custo para coleta de documentos necessários, dentre outros insumos que rodeiam o litígio podem significar barreiras intransponíveis, mesmo quando há a assistência gratuita (custas em sentido estrito).

Uma questão sensível que merece destaque e que demonstra a discriminação processual quando se trata de pessoas em situação de baixa renda diz respeito aos documentos essenciais para propositura da ação, disposto no Código Civil Brasileiro (CPC/2015), em seu artigo 320. Em que pese o CPC/2015 não especificar quais são os documentos essenciais para a propositura da ação, temos que alguns documentos se tornam imprescindíveis ao processo, no entanto, tais documentos são em geral de difícil acesso aos mais pobres. A título de exemplo, temos que o comprovante de residência é fundamental para a definição da competência territorial, em âmbito cível. No entanto, as pessoas afetadas pela pobreza – na grande maioria dos casos – nem sequer possuem documento em seu nome¹⁶, ou ainda qualquer documento que comprove sua residência fixa.

15 ICJ Brasil. **Relatório ICJ Brasil**. FGV Direito. São Paulo. 1º Semestre. 2017. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/19034/Relatorio-ICJBrasil_1_sem_2017.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: out. 2020. p. 17.

16 Nesse sentido, o decreto n. 10.063/2019, que “dispõe sobre o Compromisso Nacional pela Erradicação do Sub-registro Civil de Nascimento e Ampliação do Acesso à Documentação

Em larga escala, temos que boa parte das pessoas que vive nesta situação, reside em locais com pouco acesso, sem ruas definidas, em comunidades ou favelas, de modo que a ausência de qualquer registro em seu nome, com fins de comprovação de domicílio, é mais um fator de entrave ao acesso à justiça, não apenas para a propositura da ação, mas também para a concessão de direitos e benefícios previstos.

Apesar de não haver determinação expressa de que o comprovante de residência é documento essencial à propositura da ação, não é incomum processos serem extintos sem resolução do mérito em razão da falta do documento, sob o fundamento de que sem a comprovação do endereço, não há como definir competência.

Outra situação que merece destaque é o caso da comprovação de inscrição do nome nos órgãos de proteção ao crédito, para ingresso de ação indenizatória. O artigo 373, inciso I do CPC/2015 determina que o ônus da prova incumbe ao autor da ação, no que concerne aos fatos constitutivos de seu direito. Ocorre que em caso de negatificação indevida, a comprovação da inscrição do nome nos órgãos de proteção ao crédito se torna documento essencial para o deslinde da ação (para os casos em que não há inversão do ônus da prova). No entanto, dificilmente a consulta realizada na Confederação de Dirigentes Lojistas (CDL) é gratuita. Com um valor médio de R\$ 14,00 (quatorze reais), embora tal valor seja relativamente baixo, levando-se em consideração o valor do salário-mínimo vigente, pessoas que vivem em situação de pobreza, principalmente em pobreza extrema, não possuem condições financeiras de arcar com o valor de tal consulta. Em sede de Juizado Especial Cível, em que prevalece os Princípios da Economia Processual e Celeridade, conforme de infere do artigo 2º, da lei n. 9.099/95, é possível observar que – na prática – quando

Básica, o Comitê Gestor Nacional do Compromisso Nacional pela Erradicação do Sub-registro Civil de Nascimento e Ampliação da Documentação Básica e a Semana Nacional de Mobilização para o Registro Civil de Nascimento e a Documentação Básica.⁷ Aludido decreto evidencia a situação gravosa da população brasileira, quanto a ausência de registros civis, principalmente no que concerne ao Cadastros de Pessoas Físicas (CPF), Carteira de Identidade ou Registro Geral (RG) e Carteira de Trabalho e Previdência Social (CTPS). BRASIL. Decreto n. 10.063/2019. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/decreto/D10063.htm>.

não há a comprovação da negativação ou o processo é extinto sem resolução do mérito (em razão da ausência de comprovação da negativação) ou o valor do dano moral é reduzido, considerando que não houve comprovação satisfatória nos autos do processo, e, em sendo assim, tal situação evidencia que pessoas que não dispõem de condições financeiras e econômicas encontram dificuldade de acesso à justiça.

A falta de informação, a falta de conhecimento que atinge pessoas em situação de pobreza, a falta de confiabilidade no Poder Judiciário, dentre outros, fazem com que as pessoas, em geral, não busquem a justiça, não procurem acessar seus direitos de forma ampla e irrestrita, não saibam que possuem direito à tutela jurisdicional do Estado, e quando sabem, preferem resolver de outro modo, por não sentirem confiança na Instituição e por não conhecerem seu papel e funcionamento, fazendo com que se perpetue a dificuldade do acesso à justiça, que se perpetuem as desigualdades, que se mantenham as violações aos direitos humanos.

Desse modo, a pobreza constitui – de fato – fator de discriminação processual, na medida em que ela (a pobreza), por si só, afasta as pessoas do acesso à justiça, acesso à educação básica, dentre inúmeros outros direitos e capacidades que, unidos, permitiriam uma condição de vida mais humana, mais digna; rechaçando uma condição de mera sobrevivência.

CONCLUSÃO

O entendimento de que a pobreza configura entrave ao acesso à justiça pode ser encarado como senso comum, na medida em que essa situação é evidente no Brasil. No entanto, pesquisas sobre o papel das Defensorias Públicas e da Justiça Itinerante, demonstram como a pobreza e condições de vida precarizadas são inaceitáveis e reiteram a urgência de enfrentar o tema e explicitar seus elementos.

Encarar as desigualdades a partir do acesso à justiça, não é só reconhecer a função corretiva da justiça (pós-violatória), mas compreender as implicações e responsabilidades que uma política comprometida com a CF/88,

com a democracia e com os direitos humanos exige do próprio sistema de justiça: o reconhecimento de que a pobreza constitui um obstáculo em múltiplos níveis e que precisa ser enfrentada.

A Defensoria Pública vem cumprindo importante papel enquanto instituição que amplia o acesso à justiça, assistindo às pessoas em condições de vulnerabilidade e pobreza. No entanto, há muito a avançar, considerando que a ausência da Defensoria Pública em muitas Comarcas do Brasil, principalmente em Comarcas do interior do País, é uma realidade. Além da defensoria, é preciso que os índices de confiança no judiciário reflitam uma situação de responsabilidade pública e comprometimento com a justiça, o que ainda não conseguimos atingir, mesmo com iniciativas como a da Justiça Itinerante e a dos Juizados Especiais.

Devemos observar que as pessoas que vivem em condição de pobreza, em situação de extrema dificuldade financeira ou com enormes entraves sociais, geográficos e econômicos, em muitos casos, sequer sabem o que fazer, a quem recorrer quando (conscientes de que são/foram) vítimas de alguma violação a direito. A elas, a pobreza é um obstáculo intransponível individualmente e requer um comprometimento público de políticas e instituições.

Pensar a pobreza como um problema social é o primeiro passo. Mas, para continuar a caminhada, é preciso analisar pelo menos três importantes aspectos: 1) os impactos sociais e econômicos que tal situação de desigualdade pode causar; 2) a dimensão do impacto da ausência de acesso à justiça para cada pessoa, principalmente para aqueles que naturalmente sofrem violação de direitos humanos; e 3) a dimensão da responsabilidade no enfrentamento dessas violações de direitos humanos, que precisa ser assumida pelas instituições de justiça, pelos governos e por todos nós.

REFERÊNCIAS

ANADEP. A Defensoria do Nordeste. **Jornal O Povo**. Ceará. Disponível em: <<https://www.anadep.org.br/wtk/pagina/materia?id=4871>>. Acesso em: 10 set. 2020.

AUERBACH, Jerold. S. Justiça sem direito? *In*: AZEVEDO, André Gomma; BARBOSA, Ivan Machado (orgs.). **Estudos em arbitragem, mediação e negociação**. v. 4. Grupos de Pesquisa, Brasília, 2007.

BANERJEE, A. DUFLO, E. **Repensar la pobreza**. Um giro radical em la lucha contra a desigualdade global. Madrid: Taurus, 2011.

BARBOSA, Rogério J.; SOUZA, Pedro H. G. Ferreira de; SOARES, Sergei S. D. Distribuição de renda nos anos 2010: uma década perdida para a desigualdade e pobreza. **Texto para Discussão**. Rio de Janeiro, n. 2.610, nov. 2020. Disponível em: <http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/10306/1/td_2610.pdf>. Acesso em: 7 nov. 2020.

BARROS, R. P., HENRIQUES, R., MENDONÇA R. **A estabilidade inaceitável: desigualdade e pobreza no Brasil**. Rio de Janeiro: IPEA, 2001. Disponível em: <http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/2003/1/TD_0800.pdf>. Acesso em: 13 maio 2018.

BASTOS, Cristiano de Melo. A Justiça Gratuita no novo Código de Processo Civil. **Revista dos Tribunais-RT**. v. 965. 2016.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 10 out. 2020.

BRASIL. Decreto n.10.063/2019, de 14 de outubro de 2019. Dispõe sobre o compromisso nacional pela erradicação do sub-registro civil de nascimento e ampliação do acesso à documentação básica [...]. **Diário Oficial da União**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/decreto/D10063.htm>. Acesso em: 8 dez. 2020.

CAPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. (trad. Ellen Gracie Northfleet). Porto Alegre: Fabris, 1988.

CARDOSO, Luciana Zaffalon Leme. **A política da justiça**: blindar as elites, criminalizar os pobres. São Paulo: HUIITEC, 2018.

ECONOMIDES, Kim. On liberating law from the tyranny of the city. *In*: FERRAZ, L. **Repensando o acesso à justiça**: estudos internacionais. Aracaju: Evocati, 2016.

FARIA, Jose Eduardo. **Direito e Justiça no século XXI**: a crise da Justiça no Brasil. 2003. Disponível em: <<http://www.ces.uc.pt/direitoXXI/comunic/JoseEduarFaria.pdf>>. Acesso em: 2 fev. 2015.

GALANTER, Marc. Acesso à justiça em um mundo com capacidade social em expansão. *In*: FERRAZ, L. **Repensando o acesso à justiça**: estudos internacionais. Aracaju: Evocati, 2016.

GOMES, M. A., PEREIRA, M. L. D. **Família em situação de vulnerabilidade social**: uma questão de políticas públicas. Fortaleza, 2004. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/csc/v10n2/a13v10n2>>. Acesso em: 11 out. 2020.

IBGE. Extrema pobreza atinge 13,5 milhões de pessoas e chega ao maior nível em 7 anos. Agência Notícias. **Estatísticas Sociais**. 07/11/2019. Disponível em: <<https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/25882-extrema-pobreza-atinge-13-5-milhoes-de-pessoas-e-chega-ao-maior-nivel-em-7-anos>>. Acesso em: 7 dez. 2020.

IBGE. Síntese de Indicadores Sociais: em 2019, proporção de pobres cai para 24,7% e extrema pobreza se mantém em 6,5% da população. Agência Notícias. **Estatísticas Sociais**. 20/11/2020. Disponível em: <<https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-de-noticias/releases/29431-sintese-de-indicadores-sociais-em-2019-proporcao-de-pobres-cai-para-24-7-e-extrema-pobreza-se-mantem-em-6-5-da-populacao>>. Acesso em: 7 dez. 2020.

ICJ Brasil. **Relatório ICJ Brasil**. FGV Direito. São Paulo. 1º Semestre. 2017. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/>

bitstream/handle/10438/19034/Relatorio-ICJBrasil_1_sem_2017.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 11 out. 2020.

IPEA, ANADEP. **Mapa da Defensoria Pública no Brasil**. 1. ed. Brasília, DF. Edição dos Autores. 2013. Disponível em: <https://www.ipea.gov.br/sites/images/downloads/mapa_da_defensoria_publica_no_brasil_impresso.pdf>. Acesso em: 15 nov. 2020.

IPEA. Democratização do acesso à justiça e efetivação de direitos. Justiça itinerante no Brasil. **Relatório final**. 2015. Disponível em: <https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/relatoriopesquisa/150928_relatorio_democratizacao_do_acesso.pdf>. Acesso em: 15 jan. 2016.

JIMÉNEZ, Carla. Extrema pobreza sobe e Brasil já soma 13,5 milhões de miseráveis. **El País**. São Paulo, 6 nov. 2019. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2019/11/06/politica/1573049315_913111.html>. Acesso em: 15 nov. 2020.

LAMPREIA, Luiz Felipe. **Relatório brasileiro sobre desenvolvimento social**. Estud. Av., São Paulo, v. 9, n. 24, p. 9-74, Aug. 1995. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40141995000200003&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 23 nov. 2020.

MARQUES, Veronica Teixeira; REBOUÇAS, Gabriela Maia. Juizados especiais itinerantes e acesso à justiça: contribuições de uma análise legal e empírica para a compreensão da justiça itinerante no Brasil / Itinerant courts and access to justice: contributions of the juridical and empirical analyses for understanding of itinerant justice in Brazil. **Rev. Brasileira de Direito**, Passo Fundo, v. 13, n. 3, p. 495-513, dez. 2017. ISSN 2238-0604. Disponível em: <<https://seer.imed.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/1449/1419>>. Acesso em: 9 dez. 2020. DOI: 10.18256/2238-0604.2017.v13i3.1449.

MESQUITA, Marcus. 81,6% das pessoas atendidas pela Defensoria Pública vivem com até um salário-mínimo. **Defensoria Pública**. Tocantins. 22 jul.

2019. Disponível em: <<https://www.defensoria.to.def.br/noticia/35755>>. Acesso em: 23 nov. 2020.

Novas Publicações sobre as Regras de Brasília sobre Acesso à Justiça. **MERCOSUR REDPO - Reunión Especializada de Defensores Públicos Oficiales**. Disponível em: <<http://redpo.mercosur.int/novas-publicacoes-sobre-as-regras-de-brasilia-sobre-acesso-a-justica/>>. Acesso em: 8 dez. 2020.

Os cálculos que preveem mais 115 milhões de pessoas na miséria no mundo, enquanto fortuna de bilionários cresceu 27%. **BBC News Brasil**. 11 out. 2020. Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/internacional-54470607>>. Acesso em: 23 nov. 2020.

PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e Diálogo entre jurisdições. **Rev. Brasileira de Direito Constitucional** – RBDC, n. 19, jan./jun. 2012.

ROCHA, Sonia. **Pobreza no Brasil**: afinal, de que se trata? Rio de Janeiro: Editora FGV, 2003.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **O Direito dos oprimidos**. 1. ed. São Paulo: Cortez, 2014.

SEN, Amartya. **Desigualdade reexaminada**. Rio de Janeiro: Record, 2001.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como Liberdade**. São Paulo: Companhia de Bolso. 2016.

SILVA, Guilherme Barbosa da; BARBOSA, Amanda Querino dos Santos. Acesso à Justiça e Desigualdade Social: Reflexos na Efetivação dos Direitos Fundamentais. **Revista de Direito Penal, Processo Penal e Constituição**. Brasília. v. 2, n. 1, p. 913-933. jan./jun. 2016.

WANG, D. FERRAZ, O. Atendendo os mais necessitados? Acesso à justiça e o papel dos defensores e promotores públicos no litígio sobre direito à saúde na cidade de São Paulo. **SUR 18**. 2013, p.167-189

CAPÍTULO VI

“LAW OF ENVIRONMENTAL COMMONS: BEYOND PUBLIC AND PRIVATE”: RESEARCH PRESENTATION

DOI: <http://dx.doi.org/10.18616/dirhum06>

Clóvis Eduardo Malinveni da Silveira

VOLTAR AO SUMÁRIO

INTRODUCTION: PROPOSAL AND CONTEXT

Through this text, our goal is to present, very briefly, the project entitled “Law of Environmental Commons: beyond public and private” (*Direito dos bens comuns ambientais: para além de público e privado*). The focus is not to explain its conclusions but presenting its goals and showing why we consider this approach relevant for the studies on Environmental Law. By doing this, we intend to discuss how this research relates to our vision regarding the *Theory of Environmental Law* and its task as discipline and/or as a field of study and research by the lens of the commons.

This project was presented in two other events, at Florianopolis/Brazil¹ and Lima/Peru², partially modified. During the *II Seminário Direitos Humanos e Sociedade*, entitled “*Direitos Humanos, Estado Democrático e Direitos Sociais*”, the project was presented relating the problem of commons with the issue of human rights. The project is linked to the Research group *Direito Ambiental Crítico / DAC* (or: Critical Environmental Law), which has as a hallmark the intersection between Environmental Law, Theory of Law and Political Ecology, among other disciplines. The research is developed in *Universidade de Caxias do Sul* (UCS), a University from the State of Rio Grande do Sul which provides master and doctoral degrees in Environmental Law³.

1 The Summer School Brazil/Australia was held between 27th November and 7th December 2017 at Federal University of Santa Catarina (UFSC). SILVEIRA, Clóvis Eduardo Malinverni da. The Study of Law and Environmental Commons: a proposal by research group DAC. In: LEITE, J.R.M.; MELO, M E.; RIBEIRO. H. M. (Orgs). *Innovations in the Ecological Rule of Law*. São Paulo: IDPV, 2018, p. 110-130.

2 The XVII Biennial Conference of the The International Association for the Study of the Commons (IASC), entitled “In Defense of the Commons: Challenges, Innovation, and Action”, was held in Lima, Peru, from 1th-5th July 2019. SILVEIRA, Clóvis Eduardo Malinverni da. The Research Project “Law of Environmental Commons”: Beyond Public and Private. 2019. *Anais do XVII Biennial Conference of IASC* (The International Association for the Study of the Commons): “In Defense of the Commons: Challenges, Innovation, and Action”. Lima, Peru. 1th-5h July 2019. Disponível em: <<http://dlc.dlib.indiana.edu/dlc/handle/10535/10610>>. Acesso em: 14 nov. 2019.

3 The submitted proposal for creating a doctoral program, implemented in 2017, demanded to explain and to justify the lines of research, according to the history of the Course

The project addresses the problem of the commons applied to Environmental Law. The term “commons” is interdisciplinary and touches on key issues, concerning: a) the possibility of living together, using and sharing natural and symbolic resources in a sustainable manner; b) the need to understand ecosystems, biodiversity, cultural heritage as something else than properties or commodities – and yet something worthy of legal protection. From our point of view, the “commons’ problem” is both theoretical and practical and inspires deep reflections on the purpose of Environmental Law Theory. For this reason, we formulated a research project that could, at the same time:

- a. understand/problematicize various theories and concepts about the commons, useful to all the researchers;
- b. apply these theories to help us analyse concrete legal issues and categories;
- c. use case studies to reinforce theoretical discussion.

Prior to starting more applied studies on the subject, it is necessary to organize the terminological field, and understand the conceptual roots of the “common”, either understood as the utility of all; the wellbeing of a community; a good of shared use; a community jurisdiction or some

and its agenda for the next years. It was an opportunity for conceiving a new group of research. The first line of research, in UCS’ master’s and doctoral programs, is related to *public policies and economic [sustainable] development*. The second one deals with *environmental rights*, that is, the protection of rights related to the environment. Even though many of the main environmental themes (water, energy, biodiversity, and so on) can be discussed, *a priori*, from these two points of view, these two lines are very different in its proposals, as well as in an epistemological direction. In *line 1*, the prevalent perspective is that of the State and its duties, and its guided by the proposal of evaluating current policies and formulating new ones. In *line 2*, the point of view is that of the society – that is, the proposal is defending rights of the society as a whole, social groups and the citizens, and the environment itself. The research group DAC is mostly related to the line 2 above, and studies environmental rights from both perspectives, that of the Environmental Law, in a restricted sense, and that of the Theory of Law. For this reason, the newly created group dedicates his efforts, since March 2017, to study *Theory of Environmental Law*, trying to bring these two areas together.

conception of democratic actions around common interests. For this reason, the project was conceived as research of a theoretical nature, which has no immediate application in terms of public policies or justice system; instead, it aims to construct a theoretical framework, providing tools for other studies, subsidizing researches of a more restricted subjects and more practical studies and applications.

The research was conceived around three logical steps. First, to compare all the main meanings of the terms “common”, “commons”, “common good”, “common goods” in the history of thought, seeking for its possible significance to the environmental law, in both theoretical and practical senses. Second, to develop theoretical tools to analyze cases and specific topics of Environmental Law, especially in the sense of revealing the implicit meanings of the legal categories and the way they are applied in concrete issues. Third, developing case-studies and using the findings to enrich theoretical and conceptual discussion about the commons and the limits of environmental law. This panoramic description shows how this methodological proposal is consistent to a critical approach on the Environmental Law Theory, which we consider to be urgent, more than useful.

THE ENVIRONMENTAL LAW AND THE COMMONS (OR: LAW OF THE ENVIRONMENTAL COMMONS)

The research project deals with the possible meanings of the terms “common/commons/common goods”, reflecting about the meaning of the “private” and the “public” spheres, since the advent of legal modernity, but also considering the echoes of antiquity and medieval period. It was thought as the basis of an epistemological proposal around the *commons* as a key issue for Environmental Law: not only in the sense of protecting the commons through law, but also as a project to rethink the task of the Environmental Law Theory, as a discipline or field of study.

Protecting the environment is protecting the common ground of living – that is, social and natural foundations of life, material and symbolic aspects of existence. That’s the reason why it is necessary to clarify the history of human thought on the “common(s)”, looking for its possible uses in the theory and practice of Environmental Law and, above all, on the protection of the rights related to the environment.

In this research, we agreed to call *Law of the environmental commons* the study of Environmental Law, thought as legal protection of the “commons”, that is, common goods of material and symbolic nature; common values; common knowledges and common/collective political action, directly or indirectly related to the protection of the environment, in the broad sense.

The central assumption is that these goods, values, knowledges and forms or organizing social life, once based in some form of solidarity or co-responsibility, shared production or fruition, are (each day more) subjected to abusive expropriation or silent degradation, by both private and state action. We should take the examples of natural resources in general, ecological processes, culture and knowledge, biodiversity, the quality of human life, work environment, urban environment, among others.

Thus, we assume that the *commons* is a key term to investigate human thoughts, human action and the institutional justification for the aggressive processes, which are leading us to a collapse of ecological foundations of life and of social institutions. This approach may contribute to an incipient *Theory of Environmental Law* (or an *Environmental Theory of Law?*) whose task is to *formulate a systematic understanding of the difficulties that modern rationality and legal-political institutions usually create, concerning the enforcement of so-called rights to the environment*, particularly in Brazil, but also in comparative law and international law.

The theme of the *commons* has a special impact on the functioning of the research group, since the most applied studies, related to the specific themes of environmental law, use the procedure of “mapping” the discourses on the commons, as a theoretical reference for their reflections and arguments. If we look at the studies of the research group members, this pattern can be

observed in many subjects, as biodiversity, regulation of new technologies, social exclusion due to urban planning, water resources, environmental impact assessment, hydraulic fracturing, petroleum, extractivism, agriculture and even the federal budget or public services in general.

The *commons has been* conceptualized in many ways: as a self-governed system of managing resources; as a political category; as a wealth belonging to society and so on. In all those issues mentioned above, the problem of the commons is always there, implicitly or explicitly.

Some cases reveal the paradoxes of State action in environmental management, when economic power is a determinant factor and the discretionary power of the public administrator has no limits. It happens in such a way that is inevitable to conclude that the State, and public institutions in general, often became a private tool. Economic powers (both private companies and foreign public companies) use public institutions to guarantee concentrated gains, with the depletion of constitutional rights of people.

There are many examples of how the subject of the “commons” contributes with other individual studies and even research projects related to the group, in such a way that the proposal is being able to congregate many other efforts and subjects, creating a positive dialogue and offering new challenges.

THREE STEPS OF THE RESEARCH PROJECT

The proposal of the current research project was formulated through three specific tasks, which are three logical moments of the research. In short, we intent to develop the following:

- a. a cartography of concepts about the commons, as it appears in the literature;
- b. an analysis of legal categories which embodies the problem of the commons (especially in Brazilian legislation, but also in international norms and comparative law);

c. case-studies that may allow us to understand the concrete meaning of these legal categories, asking if and how they promote and make viable “enclosing” processes of the commons or, alternatively, if they protect systems of shared benefits on natural and cultural wealth.

These moments are not strictly chronological: once each one feeds the others, they can and shall overlap. The first task is the starting point; however, once the process began, case-studies (step 3) lead again to step 1, and so on cyclically.

a. The first step is mapping the commons, that is, reconstructing the main uses of this concept (and its related expressions) in the history of ideas (in philosophy, theology, politics, law, economics, among other subjects and disciplines). This kind of study is justified because hybrid uses on the term “common” (mixing different meanings and theoretical traditions) usually produces misunderstandings and erroneous conclusions. It also confers false legitimacy to certain ideological contents, to the detriment of others. Since it tried to map a plot of concepts, usually confused by legal literature, this founding research serve as a basis for studies committed to more practical results and with more evident social utility, in specific legal matters.

Radically different meanings – yet communicated in some way – can be found, for example, in Aristotle (1998) and Cicero; in a political-theological sense in Santo Agostinho (1996) and St. Thomas Aquinas. In humanities, there are a plot of expressions related to the roman radicals *Cum* and *Munus*, which integrate the expression “common”.

Expressions like *common good*, *common goods*, *the common*, *the commons*, *commonwealth*, *common law*, *common sense*, and so on, derives from the same radicals, but acquired completely different meanings. The word “commons” has a certain meaning when referring to customs, specially from traditional popular culture (Thompson, 1998), and the way it relates to law and rights. A long tradition refers to the legal meaning of “res communes” in Roman law, and it is crucial for understanding the regimes of property in

XXIth century, what was added and what was lost. Historical “communist” movements and intellectuals of all kind consider different meanings of what the “common” is.

One of the most effective critiques of private appropriation and “commoditization” of the commons comes from the concept of “enclosure”. This notion which alludes to the *Enclosure Acts of English Parliament*, occurred between the 17th and 20h centuries, which turned land previously held in common into private properties.

The general idea is that these processes where not only violent and abusive, but rendered possible the primitive accumulation, present in Marx’s early (2017) and late (2013) writings; however, the accumulation continued to be extended to other areas, becoming a central phenomenon nowadays. Harvey (2003) called “accumulation by dispossession” this need from of destroying to accumulating, typical from capitalism epoch. Several prominent authors somehow address the problem of the “new enclosures”, “silent plunder” or “theft” of commons, analyzing violent and abusive appropriation of environment, culture and knowledge – like Boyle (2008); Bollier (2003); Klein (2001); Ricoveri (2012); Shiva (1997); Hart & Negri (2001; 2014; 2016); Zizek (2012).

Economists like Nobel prize Elinor Ostrom (1990) have shown that collective management of common resources can be more efficient and sustainable than the logic of privatization. Many authors oppose in a consistent way the famous *Tragedy of Commons* de Hardin (1968) – like Heller (1998) and Gordillo (2006). The protection of the common goods or resources of all humanity may be considered the great challenge for Politics and Law in the XXIth Century. The discussion on “commons” is at the heart of cutting-edge topics of law and social sciences today. For example, the theme of the “global public goods” and the international cooperation (KAUL; GRUNDBERG; STERN, 2012) is an attempt to address the issue from a specific point of view, which is criticized by many as a depoliticized perspective (LAVAL; DARDOT, 2014, pp. 485-487).

There are several traditions, and dozens of lines of reasoning around these terms, which are crucial for our subjects of study, and are commonly used in a hybrid form. In addition to a terminological confusion, this conceals illegitimate or arbitrary ideological contents, and masks the real meaning of the discourses, especially in decision-making processes.

In a preliminary bibliographic research, we find some few but very well-succeed attempts to do this kind of mapping, like Laval e Dardot (2014) and or Linebaugh (2014). However, our scope is to bring this discussion to the field of environmental law. Based on exploratory bibliographical and documental research, we intend to systematize, for didactic purposes, the various etymological meanings of the *commons* that apply, directly or indirectly, to Environmental Law. This cartography serves as a basis for case-studies in specific legal matters, of all members of the group.

b. The second step is mapping legal categories and rhetoric notions which contains the problem of “common” in Law; that is, understanding how the ideas about the common are reflected in the current legal rationality and discourses. Or in what way certain contents reverberates in the formulation and application of legal categories, whose declared or assumed function is the protection of environmental goods, as the “common good of the people”, “social function of property”, “diffuse interests”, “public goods”, “environmental services”, and “ecological risk”.

The proposal, then, is to analyze central legal categories of environmental law in the light of the main traditions and academic debates that converge on the common or related expressions (or that take the problem of the common as a starting point). The procedure here is no longer synthetic, but analytical, revealing contents that do not appear explicitly. The starting point, however, is the mapping as carried out in the context of the first task. This will allow us to understand the legal categories from the point of view of the results produced.

For example, the environment, according to the Brazilian Constitution, is intended for the “common use of the people”. Thus, it can be

considered as a “common”, in the sense that it is not a public good (a wealth which belongs to the State), but it is not a private good, also. It’s a heritage that belongs to the society (to the Brazilian people, if we took the territorial basis of law, having all mankind as a beneficiary). Strictly speaking, it cannot belong to anybody, neither to an institution, nor to a private person, and it’s supposed to be protected as so. Certainly, this legal concept works at the level of an ethical argument. However, environmental protection is consistently less effective than the protection of private property. We should ask how, and why, and this is a promising path.

On the other hand, the State, which is designed (or, at least, expected) to protect public goods and values, often becomes a mechanism for private appropriation of these same goods and values whose defense is their duty. This theme certainly requires approximation between the Theory of Law and the Social Theory, and converges with traditional debates, such as the (neo-Marxist) concept of *accumulation by dispossession* (Harvey, 2003), and the notion of “market society” (Polanyi, 2000), for example. This proposal demands a return to the study of property, answering how the exercise of property rights, in legal modernity, implies the degradation or emptying of common, social or collective rights. It fits very well with an historical approach, in a way to discover that legal institutions, commonly presented in an ahistorical *aura*, was created or reformulated according to certain interests and needs.

c. The third step is using these “mapping” of the commons as a tool to study cases and concrete issues, that is, to carry out applied studies from the perspective of the mapped categories. The proposal, therefore, is to investigate how legal (and political) terms are used in decision-making, echoing these traditions, formed around the problem of the *common*, in a decisive manner.

A simple but enlightening example is that concerning the Convention on Biological diversity and the Brazilian law (lei 13.123/2015). The Law 13.123/2015 *regulates* “access to genetic resources and associated traditional knowledge and benefit sharing for the ...sustainable use of biodiversity”, according to the Convention of Biodiversity. The Law defines generic heritage

as a common good, which is intended for the use of all. It echoes the way that Roman law classified goods, as a *res privatae* (private goods); *res publicae* (public goods); *res nullius* (nobody's goods, goods which belongs to nobody yet); *res communes omnium* (common goods, or goods which belongs to everybody).

History of law reveals that modern State empowers the right to property in a unique and unprecedented way. It's the most consistent of all rights, we should say it is the DNA of our law systems. The public institution, in modernity, was turned into a legal person, in a certain way that public goods has a private form, or the same legal structure of commodities, which are bought and sold. The *res nullius* is a private property, temporarily without an owner, but also reflecting the structure of commodities, since are destined to become private anytime. The common goods, which had been forgotten by modern legal systems, return in the last decades as things (or values) that cannot assume private form, because have no owner, not even a (public) legal person. But this occur mostly in a rhetorical scope, because of the way our legal institutions function.

Using Roman Law categories, it becomes clear that the biodiversity, the genetic heritage and the traditional knowledge, are not really treated as commons, by the law 13.123/2015. If we look closely, although these goods and values are rhetorically called commons, they are in fact *res nullius*, that is, things waiting for its owner. That is not what the law says explicitly, but that's what can be read in the details, in an implicit form. Instead of establishing *common* rights over these goods – rights of communities, concerning a shared use, production, fruition or protection, the law organizes its economic exploitation. Even if we share economic benefits of these exploitation in a fair way (which certainly is not the case), this procedure reproduces a logic by which the world is a collection of commodities, and the law is a tool build to organize its exploitation. All the concerns about ecological functions and the importance of common knowledge appear mostly as a moral discourse, with no juridical guarantees.

For instance, if the authorities seek to justify that the law was approved without consulting indigenous and tribal people, in disagreement with International Labour Organization (ILO's Convention n. 169), they might use the term "common good", or another analogous expression, like *public good*, *common interest*, or even *national interest*. This usage of "common good" as a "political-theological" notion, derived from a certain intellectual tradition, promotes, according to Laval e Dardot, antidemocratic postulates. In Aristotle the "common good" was something fair and beneficial to all. In Cicero, the Roman Consul, we can find the distinction between the benefit of people and the benefit of public institution, but the people's benefits prevail over the benefits of the State. However, in the fourth and fifth century it happens a reversal of priorities: "to pursue what is useful to the community" became a kind of a justification to submit the community wishes to the benefit of the State. There is a large tradition in both Political and Theological philosophy dedicated to subjugating the "common benefit" to the will of a certain authority, whether it be civil or ecclesiastical, depending on the epoch (LAVAL; DARDOT, 2014, p. 28-32).

Therefore, the expression "common good" should be read, most of the time, as a code message for *imposing* a decision with no legitimacy, or even an illegal or unconstitutional issue. That is the case, concerning disrespect of principles and procedures for participation and consultation of indigenous people (ILO's Convention n. 169) and many other matters, when public authorities "choose" the rules they want to enforce or leave without effect. The authority doesn't justify its decisions anymore, once it monopolizes what is good for the society. If a justification is made, it can no longer be contradicted, since it is the expression of the common good.

This topic, in addition to the previous experiences of the researchers, gave rise to the research project entitled "*Genetic heritage and associated traditional knowledge: analysis of the researchers' perception of public and community universities on the new legal requirements of access and benefit sharing*", which has been developed with the support of Brazilian agency CNPq (which is part of the Ministry of Science and Technology) since February 2019.

This Project is developed with rigorous analytical methodology (it includes applied research regarding the purpose, exploratory in relation to the objectives and the mixed approach (quanti-qualitative) regarding the procedures. The goals are: a) describing the national legal scenario and international cooperation that involves access to genetic resources and traditional knowledge through bibliographic and documentary research; b) collecting data on the perception of the Federal and Community Universities in the state of Rio Grande do Sul, with activities covered by Law 13,123/2015, regarding obligations established in the norms for the management of genetic heritage, as well as the access to associated traditional knowledge (this date will be produced through interviews and questionnaires, answered respectively by managers and researchers of those universities); c) assess the extent to which the criticism and resistance of the researchers find support in the norms, in order to generate content for future awareness and legal support in understanding and complying with the legislation.

Although this is an autonomous project, it articulates with the main project about the commons. The study undertaken here provides very interesting data for the theoretical reflection on the common goods, and the conceptual tools derived from the study of the commons are very useful to study the Law 13.123 /15. Genetic resources and heritage, as well as traditional knowledge, are (or should be) itself *commons*. The way researchers understand their own duties concerning these resources is an essential part of their protection.

DISCUSSING THE COMMONS IN ENVIRONMENTAL LAW THEORY

Therefore, what do we mean by *Environmental Law Theory* and why it concerns the *commons*?

First, the way we imagine it, *Environmental Law Theory* is not a synthesis of the law expert's opinions, neither a description of the case law. But it is not a merely speculative knowledge, also. The proposal is trying to

understand Environmental law as actually practiced in the real world – not only borrowing knowledge from the natural sciences, but also borrowing methods of social sciences in general.

The research group name, “Critical Environmental law”, is a kind of *puzzle*, related to the intentions above. On the one hand, it is being said the environment nowadays is in a serious/dangerous condition – therefore, critical. So, it’s urgent, for all mankind, doing something more. It is critical, so to speak, to question our cultural standards and our legal systems, not only accepting passively the way it functions, but exercising a creative imagination. On the other hand, it refers to strengthen a critical knowledge, in the sense of rejecting dogmatic approaches, through reflexive skepticism and rational analysis of facts and discourses.

It is important to note that some other authors use similar expressions to assign a critical perspective concerning the Environmental law. For instance, Philippopoulos-Mihalopoulos also use the term *environmental critical law*. Although our conception is different, it shares at least some important assumptions. See, for example, the sentence below:

Situated in this wider ecology of unhomeliness (no all encompassing *oikos*) and miscommunication (no unifying *logos*), environmental law finally faces its foundational paradox: that its conceptual limits are both potentially all-inclusive (since every societal problem can be seen as more or less environmental) and devoid of any content (since environmental law can no longer distinguish its ‘object’, namely environment per se). The traditional imaging of the environment as the thing that turns (French *vire*) around a stable pivot (a distilled sense of pure humanity) has been discredited in view of the collapse of the boundaries between the natural/human/artificial. In order to address this permeability, environmental law has the opportunity and responsibility to construct an adequate theoretical base for its role in environmental protection (PHILIPPOPOULOS-MIHALOPOULOS, 2017).

The environment cannot be conceived as an idealized and purified nature around a stable axis (an idealized and purified humanity). It is extremely important not to forget the inseparability of natural and social elements, as well as the inseparability of the material and the symbolic spheres, especially when thinking about the environment in political or legal matters.

The commons paradigm, so to speak, provides valuable insights to discuss the gap between state law and the practices of real communities (urban or rural, small or large) that denote a healthy metabolic relationship between human beings and nature.

The conceptual tools found in the literature about the commons allow us (Silveira, p. 24) to critically analyze, on a case-by-case basis, what kind of relationships between social actors and resources are established through legal categories. It is inevitable to think that *common goods*, which had been forgotten by modern legal systems, have returned in the last decades as goods or values that cannot take private form, because they do not have an owner, not even a (public) legal person: collective rights and diffuse, public goods that the doctrine declares as non-state, goods of public or social interest, goods of common use, goods belonging “to all” or “to the people”.

Many values, in Brazilian Constitution, are situated in the social sphere: neither individual property, nor public-state property. It is necessary to discuss, however, to what extent this occurs with a rhetorical scope, because of the way modern legal institutions operate. Along with the description of the social and legal facts, is also deeply important seeking to understand what is inherently *unecological* about modern political/legal systems and rationality. In this sense, the philosophical notion of *totality* is not abandoned, although not used in a dogmatic or totalizing way, but considered relevant as a critical notion. We need to criticize the State-Marked duopoly (WESTON; BOLLIER, 2013) embedded into legal categories: *private* and *public* spheres, persons, goods, procedures: the way these concepts were transformed historically, how they affect our institutional imagination, and how they operate in decision-making.

PARTIAL CONCLUSIONS

Modern era, through State-Market duopoly, denied the commons as a dimension of law and justice – it's simply not part of the legal architecture. For this reason, it is so difficult both to create and to enforce rights and policies related to the commons. State law should evolve to recognize and protect collective persons, collective goods and collective forms managing environmental resources; at the same time, protecting it and recognizing it's autonomy. It's needed to assign legal content to social systems which use material or symbolic resources through creative and sustainable manners – not for dictating rules, but for protecting collectivities who share spontaneous regulations and trust. The research project entitled “*Direito dos bens comuns ambientais: entre público e privado*” aimed to construct a theoretical framework, providing tools for other studies, subsidizing researches of a more restricted subjects, empirical studies and applications

From a legal point of view, the *commons* is a principle that gives visibility and priority to what is not easily understood neither in the private/individual sphere, nor in the state-law sphere. The commons concern to a collective and relational sphere of life. It has points of contact with private/individual business and with State law; however, correspond to a completely different logic, which is collective and relational.

The commons may (in many cases shall) be protected by State Law, since its autonomy is guaranteed. That is a complex challenge, since modern State, for the most part, acts as an instrument destined to privatize common values, spaces, wealth. The State itself must become “a *commons*”, rather than a machinery designed for private appropriation of resources: a quest for a renewed democracy.

The *commons* are a key issue to the Theory of Environmental Law. The research project presented here in a few words made clear we should make a distinction between (a) an Environmental Epistemology applied to Law (focused on the incorporation of environmental knowledge into the study and practice of environmental law) and (b) an Epistemology

of Environmental Law (focused on critical and ecological reflection on the legal and political institutions of modernity). Thus, the “common” would not constitute an environmental principle, in the sense of a norm, but it can be considered an epistemological principle that allows us to see beyond the structuring dichotomy of legal modernity: the public and the private spheres, persons, goods.

Through State-Market dichotomy, Modern Era denied the commons as an important dimension of law and justice. It is difficult both to create and to enforce rights and policies related to the commons in general, especially because *relational* aspects of live are not a relevant part of legal architecture. Law operates, most of the time, identifying goods and persons. The State and the private corporations are legal persons, operating as owners of goods and wealth, just like natural persons.

State Law is not (yet?) prepared to conceive the *commons* as a relational category; as systems of managing and sharing values/resources for common benefit. In this sense, State law should evolve to recognize and protect collective persons, collective goods and collective forms of exercising/protecting them; at the same time, protecting it and recognizing it’s autonomy. For example, it’s needed to assign legal content to social systems which use material or symbolic resources through creative and sustainable manners – not for dictating rules, but for protecting collectivities who share spontaneous regulations and trust. Of course, this is not only a legal issue, but also a political, economical and cultural problem.

According to these observations, it is not enough to operate Environmental law with ecological sensitivity and ethics, without noticing the inherent obstacles, posed by the legal architecture itself. In other words, more than applying Environmental Epistemology to traditional Law, we need an Environmental Epistemology of Law. It means we should try to demystify to what extent legal categories and instruments are committed to the state-market duopoly in its very essence, in concrete issues. Depending on the context, State Law can both promote or place barriers to the sustainable management of common goods and values, social bounds and rules which turns these values

into commons. The research project, presented here very briefly, aims to construct a theoretical framework, providing tools for case-studies in which these issues can be identified.

REFERÊNCIAS

Aristotle. **Politics**. (trad. C. D. C. Reeve). Indianapolis: Hackett Publishing Company, 1998.

BOYLE, James. **The Public Domain: enclosing the commons of the mind**. New Haven: Yale University Press, 2008.

BOLLIER, David. **Silent Theft: The Private plunder of our Common Wealth**. New York: Roulte Ledge, 2003.

BOLLIER, David. **Think Like a Commoner: a short introduction to the life of the commons**. Canada: New Society Publishers, 2014.

CRAIG, Robin Kundis. A Comparative Guide to the Western States' Public Trust Doctrines: Public Values, Private Rights, and the Evolution Toward an Ecological Public Trust. **Ecology Law Quarterly**. n. 37 (1), 2010, p. 53-197.

GORDILLO, José Luis. **La protección de los bienes comunes de la humanidad, un desafío para la política y el derecho del siglo XXI**. Madrid: Trotta, 2006.

HARDIN, Garrett. The Tragedy of the Commons. **Science**. 1968, 162 (3859): 1243-1248.

HARDT, Michael; NEGRI, Antonio. **Império** (trad. Berilo Vargas). Rio de Janeiro: Record, 3. ed., 2001.

HARDT, Michael; NEGRI, Antonio. **Multidão: guerra e democracia na era do Império**. (trad. Clóvis Marques). Rio de Janeiro: Record, 2014.

- HARDT, Michael; NEGRI, Antonio. **Bem-estar Comum**. (trad. de Clóvis Marques). Rio de Janeiro: Record, 2016.
- HARVEY, David. **The new imperialism**. Oxford: Oxford University Press, 2013.
- HELLER, Michael. The tragedy of the anticommons: property in the transition from Marx to Markets. **Harvard Law Review**. n. 111 (3), 1998, p. 621-688.
- HOUTART, François. **Dos bens comuns ao “bem comum da humanidade”**. Roma: Fundação Rosa Luxemburgo, 2011.
- KAUL, Inge; GRUNDBERG, Isabelle; Stern, Marc A. **Bens Públicos Globais**. Rio de Janeiro: Record, 2012.
- KLEIN, Naomi. Reclaiming the commons. **New Left Review**. n. 9, 2001.
- LAVAL, Christian; DARDOT, Pierre. **Commun**: essai sur la révolution au XXI^e siècle. Paris: La Découverte, 2014.
- LINEBAUGH, P. **Stop, Thief! The commons, enclosures and resistance**. Oakland: PM Press, 2014.
- MARX, Karl. **Os despossuídos** (trad. Mariana Echalar). São Paulo: Boitempo, 2017.
- MARX, Karl. **O Capital: crítica da economia política**. Livro I: O processo de produção do capital (trad. Rubens Enderle). São Paulo: Boitempo, 2013.
- OSTROM, Elinor. **Governing the commons**: the evolution of institutions for collective action. Cambridge (UK): Cambridge University Press, 1990.
- PHILIPPOPOULOS-MIHALOPOULOS, Andreas. Towards a Critical Environmental Law. **Law and Ecology**. U. of Westminster School of Law Research, paper n. 12-08. London: Routledge, 2012. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2041222>>

POLANYI, Karl. **The Great Transformation: The political and economic origins of our time.** (pref. de Joseph Stiglitz). (1. ed., 1944). Boston: Beacon Press, 2001.

RICOVERI, Giovanna. **Bens comuns versus mercadorias** (trad. Vincenzo Maria Lauriola e Elaine Moreira). Rio de Janeiro: Multifoco, 2012.

SILVEIRA, C. E. M. Direito dos bens comuns ambientais: apresentação do projeto de pesquisa e a possibilidade de uma teoria do direito ambiental pautada no comum. *In*: Silveira, C. E. M.; BORGES, G.; WOLKMER, M. de F. S. (orgs.). **O Comum, os novos direitos e os processos democráticos emancipatórios.** Caxias do Sul: EDUCS, 2019. pp. 12-33

SHIVA, Vandana. **The enclosure and Recovery of the commons.** Research Foundation for Science, Technology and Ecology. 1997

TAKACS, David. The Public Trust Doctrine, Environmental Human Rights, and the Future of Private Property. **New York University Environmental Law Journal.** UC Hastings Scholarship Repository, 2008.

THOMPSON, E. P. **Costumes em Comum: Estudos sobre a cultura popular tradicional** (trad. Rosaura Eicheberg). São Paulo: Companhia das Letras, 1998.

WESTON, Burns H.; BOLLIER, David. **Green Governance.** Ecological survival, human rights, and the law of the commons. New York: Cambridge University Press, 2013.

ZIZEK, Slavoj. **Vivendo no fim dos tempos** (trad. Maria Beatriz de Medina). São Paulo: Boitempo, 2012.

PARTE II

DIREITO, SOCIEDADE E ESTADO

CAPÍTULO I

O ESTATUTO DA CIDADE E A COMPATIBILIDADE DOS PLANOS DIRETORES MUNICIPAIS: UMA ANÁLISE DE PLANOS DIRETORES DE CIDADES DA REGIÃO NORTE DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

DOI: <http://dx.doi.org/10.18616/dirhum07>

*Marina Barbosa Grando
João Telmo de Oliveira Filho*

VOLTAR AO SUMÁRIO

INTRODUÇÃO

O objetivo deste trabalho está em verificar a convergência entre as disposições previstas no Estatuto da Cidade e as legislações municipais que ordenam o uso e ocupação do solo, em municípios da região norte do estado do Rio Grande do Sul.

A Constituição Federal de 1988 e o Estatuto da Cidade, editado em 2001, estabelecem a obrigatoriedade da edição de lei de Plano Diretor nos municípios. Para este trabalho foram selecionadas nesta pesquisa alguns municípios da região norte do estado do Rio Grande do Sul, como populações distintas. Por possuírem mais de vinte mil habitantes, foram pesquisados os municípios de Passo Fundo, Sarandi, Tapejara, Erechim e Marau. Por possuírem em seus territórios empreendimentos de significativo impacto ambiental (barragens e reservatórios de água e áreas de proteção ambiental), os municípios de Entre Rios do Sul e Mato Castelhano também foram escolhidos. Por fim, foram estudados municípios que não possuem características que tornem o Plano Diretor obrigatório, para verificar a necessidade de planos, mesmo paralelos às exigências legais, sendo então selecionados os municípios de Ronda Alta, Três Palmeiras e Ibiaçã.

A CONSTITUIÇÃO FEDERAL E O ESTATUTO DA CIDADE: UMA NOVA ORDEM URBANÍSTICA

Nas discussões na Assembleia Nacional Constituinte e posterior promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil em 1988, amplia-se o debate acerca do direito à cidade e da democratização do planejamento urbano. A abordagem da Constituição Federal na questão das cidades, com a inserção do capítulo da política urbana (artigos 182 e 183 da CF/1988), fomentou ainda mais a discussão acerca de um ideário de políticas urbanas democráticas e inclusivas, o que culminou na edição da lei n. 10.257/2001, denominada Estatuto da Cidade.

O Estatuto da Cidade é a lei geral de direito urbanístico e de planejamento urbano que propõe a aplicação de temas e instrumentos para a renovação das estratégias de gestão das cidades, incluindo a participação direta dos cidadãos no processo decisório, a definição das formas de uso e ocupação de solo visando cidades mais sustentáveis e a busca por alternativas que permitam a regularização fundiária e o acesso a terra. Também define diretrizes gerais para o estabelecimento de normas de ordem pública e interesse social que regulam o uso da propriedade urbana em prol do bem coletivo, da segurança e do bem-estar dos cidadãos, bem como do equilíbrio ambiental (lei 10.257/2001, art. 1º, parágrafo único).

Paralelo a este cenário, no Estado do Rio Grande do Sul, trabalhando na vanguarda em relação ao ente federal, instituiu a Lei Estadual de Desenvolvimento Urbano (lei 10.116/1994), que trata do uso e do parcelamento de solo urbano, tendo por objetivo a melhoria da qualidade de vida nas cidades e núcleos urbanos em geral.

O PLANO DIRETOR MUNICIPAL COMO INSTRUMENTO PARA O DESENVOLVIMENTO URBANO

Dentre os instrumentos previstos e regulados no Estatuto da Cidade, o Plano Diretor municipal é considerado o *instrumento básico da política de desenvolvimento e expansão urbana* (lei 10.257/2001, art. 39). O plano diretor, a partir do Estatuto da Cidade, é orientado pela preocupação em aproximar o planejamento urbano técnico e burocrático da realidade social, econômica, territorial e ambiental e com participação popular.

O plano deve estar integrado com as legislações ambientais, código de edificações, planos econômicos e fiscais do município. O plano diretor municipal, nos termos do Estatuto da Cidade, tem a finalidade de assegurar o atendimento à qualidade de vida dos habitantes, à justiça social e o desenvolvimento econômico.

O plano diretor deve contemplar o território do município como um todo, devendo conter, conforme consta no artigo 40 da lei n. 10.257/2001, pelo menos, as diretrizes para a utilização compulsória, para o direito de preemp-

ção, para a outorga onerosa do direito de construir, para as operações consorciadas e para a transferência do direito de construir, além de um sistema para acompanhamento e controle que discipline o parcelamento, uso e da ocupação do solo. No quadro 1 são definidos os principais recursos utilizados para ao ordenamento urbano previsto no Estatuto da Cidade:

Quadro 1 – Definição dos principais instrumentos para o ordenamento urbano previstos no Estatuto da Cidade.

FERRAMENTA	DEFINIÇÃO
Disciplina do uso do solo	Zoneamentos urbanos, índices, diretrizes construtivas e classificação das atividades.
Utilização e edificação compulsória, IPTU progressivo e desapropriação	O poder público municipal pode determinar o parcelamento, a edificação ou a utilização compulsória do solo urbano subutilizado. Não havendo o cumprimento por parte privada, o município pode aplicar a majoração do imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana (IPTU Progressivo), durante cinco anos consecutivos. Não havendo o cumprimento da utilização compulsória e passando os cinco anos de cobrança de IPTU progressivo, o município poderá desapropriar o imóvel, mediante pagamento em títulos da dívida pública.
Usucapião especial de imóvel urbano	Atendendo os requisitos legais, é possibilitado que uma pessoa receba o domínio de uma propriedade quando ocupar, por pelo menos 5 anos ininterruptos e sem oposição, para fins residenciais.
Direito de preempção	Preferência do poder público municipal possui para aquisição de imóvel urbano objeto de alienação onerosa entre particulares
Outorga onerosa do direito de construir	Locais definidos pelo plano diretor onde será permitida, mediante contrapartida, a construção além da metragem resultante da aplicação do coeficiente de aproveitamento básico definido.
Operações consorciadas	Intervenções realizadas entre o poder público e entes privados, com o objetivo de melhoramento urbano.
Transferência do direito de construir	Possibilidade de se exercer em outro local o direito de construir, quando recair interesse público sobre o imóvel.
Estudo de impacto de Vizinhança	Estudo para empreendimentos com reconhecido impacto, para que o poder público autorize suas construções ou funcionamento, deverão ter seus efeitos positivos e negativos analisados.

Fonte: Autores.

Conforme o artigo 41 do Estatuto da Cidade, o plano diretor é obrigatório para municípios com mais de 20 mil habitantes e para os que integram regiões metropolitanas e aglomerações urbanas e áreas de interesse turístico, que possuem áreas atingidas por empreendimentos de significativo impacto ambiental ou áreas suscetíveis à ocorrência de processos geológicos ou hidrológicos. O prazo para os municípios enquadrados nas disposições acima era outubro de 2008, sob pena de responsabilização dos prefeitos municipais (lei 10.257/2001, Art. 52). Em intervalos de 10 anos, a lei municipal que regula este instrumento deve ser revisada, portanto, muitos dos planos aprovados em 2008 iniciaram seu processo de revisão em 2018.

O processo de elaboração, revisão e gestão dos planos diretores deve ser participativo. Conforme o artigo 40 § 4º no processo de elaboração do plano diretor e na fiscalização de sua implementação, os Poderes Legislativo e Executivo municipais garantirão: I – a promoção de audiências públicas e debates com a participação da população e de associações representativas dos vários segmentos da comunidade; II – a publicidade quanto aos documentos e informações produzidos; III – o acesso de qualquer interessado aos documentos e informações produzidos. Entende-se válido o processo de elaboração e revisão dos planos diretores quanto houver participação da população em audiências públicas setoriais e em todas as regiões da cidade.

UMA ANÁLISE DOS PLANOS DIRETORES EM CIDADES DO NORTE DO RIO GRANDE DO SUL

Em atenção às definições que estipulam obrigatoriedade da edição de lei de Plano Diretor nos municípios, foram selecionadas nesta pesquisa alguns municípios da região norte do estado do Rio Grande de Sul.

Por possuírem mais de vinte mil habitantes, os municípios de Passo Fundo, Sarandi, Tapejara, Erechim e Marau foram selecionados. De forma análoga, por possuírem em seus territórios empreendimentos de significativo impacto ambiental (barragens e reservatórios de água e áreas de proteção ambiental), os municípios de Entre Rios do Sul e Mato Castelhano também foram

escolhidos. Por fim, foram estudados municípios que não possuem características que tornem o Plano Diretor obrigatório, para verificar a necessidade de planos, mesmo paralelos às exigências legais, sendo então selecionados os municípios de Ronda Alta, Três Palmeiras e Ibiãça.

O trabalho de pesquisa se iniciou com a pesquisa das legislações vigentes pertinentes ao tema, mais precisamente, das leis de ocupação do solo, leis de parcelamento do solo e código de edificações, a fim de verificar o tratamento que o município confere ao tema, o que resultou na tabela 1.

Tabela 1 – Legislações dos municípios estudados

MUNICÍPIO	PLANO DIRETOR OU LEI DE DIRETRIZES URBANAS VIGENTE	PLANO DIRETOR OU LEI DE DIRETRIZES URBANAS ANTEI-RORES	CÓDIGO DE OBRAS VIGENTE	PARCELA-MENTO DE SOLO VIGENTE
Passo Fundo	LC 170/2006 *	LM 744/1957 LM 2133/1984	LC 399/2016	LC 230/2009
Sarandi	LM 3420/2005 *	-	Lei de Diretrizes Urbanas	LM 2825/1997
Ronda Alta	Lei 1330/2005	-	LM 613/1992	LM 1904/2017
Três Palmeiras	LM 1185/2008	-	LM 1023/2006	LM 1022/2006
Tapejara	Lei 200/1961*	-	LM 3307/2010	Compõe o Plano Direto
Erechim	LC 10/2019	1733/1981 - 2401/1992 2595/1994 - 6256/2016	LC 12/2019	LC 11/2019
Marau	Lei 2967/2000 *	Lei 1212/1987	LM 3322/2002	LM 1213/1987
Ibiãça	Lei 808/2005	-	LM 26/1997	Lei de Diretrizes Urbanas e ReUrb
Entre Rios do Sul	LC 04/2009	-	LC 06/2009	LC 05/2009
Mato Castelhana	LC 15/2008	-	Lei de Diretrizes Urbanas	LC 03/1995

Legenda: “*” Plano Diretor em processo de revisão

Fonte: Autores, a partir de informações disponibilizadas nos sites das prefeituras dos municípios.

Pode-se verificar que todos os municípios possuem legislações que orientam o uso e o parcelamento de solo, assim como as normativas para as edificações, mesmo que em alguns casos sejam legislações antigas, como é o caso do Plano Diretor de Tapejara. Isso vem de encontro com a demanda legal contida na lei estadual n. 10.116/1994 que também prevê a exigência de que municípios que contenham mais de vinte mil habitantes tenham plano diretor, mas possibilita que os demais municípios devam editar, ao menos, as diretrizes para ocupação territorial.

Por serem os municípios com maiores populações, Passo Fundo, Erechim e Marau já possuem mais de um plano diretor em sua história.

A maior parte das leis relacionadas possuem entre 15 e 20 anos e apenas o município de Erechim tem atualizado seu conjunto de legislação – em vigor desde 2019. Percebe-se que as legislações convergem com os prazos impostos nas leis estadual e federal para a edição de legislações municipais pertinentes ao tema.

Salienta-se o fato de que em Passo Fundo, Sarandi, Tapejara e Marau estão ocorrendo os processos de revisão dos seus planos diretores.

Após relacionar as legislações vigentes, selecionou-se aquelas que tratassem do ordenamento urbano (plano diretor ou, na ausência deste, Lei de Diretrizes Urbanas), como forma de verificar a abordagem feita pelo município perante os instrumentos elencados no quadro 1, tendo como resultado, as informações dispostas na tabela 2.

Tabela 2 – Análise da legislação urbana dos municípios.

Município	Disciplina do uso do solo	Utilização compulsória IPTU progressivo	Usufruição especial	Direito de preempção	Ou-torga onerosa	Operação consorciada	TDC	EIV
Passo Fundo – Plano Diretor de Desenvolvimento Integrado	X	X	O	X	X	X	X	X

Continua...

Continuação.

Município	Disciplina do uso do solo	Utilização compulsória IPTU progressivo	Usucapão especial	Direito de preempção	Ou-torga onerosa	Operação consorciada	TDC	EIV
Sarandi – Lei de Diretrizes Urbanas	O	-	-	-	-	-	-	-
Ronda Alta – Lei de Diretrizes Urbanas	O	O	O	O	O	O	O	-
Três Palmeiras – Lei de Diretrizes Urbanas	O	O	O	O	O	O	O	-
Tapejara – Plano Diretor	X	O	-	-	-	X	-	-
Erechim – Plano Diretor de Desenvolvimento Urbano e Ambiental Sustentável	X	O	-	X	X	X	O	O
Marau – Plano Diretor	X	-	-	-	-	-	-	X
Ibiaçã – Lei de Diretrizes Urbanas	X	-	-	-	-	-	-	-
Entre Rios do Sul – Plano Diretor	X	X	X	X	O	X	O	X
Mato Castelhano – Lei de Diretrizes Urbanas	X	-	-	-	-	-	-	-

Legenda: “X” = Atende integralmente; “O” = atende parcialmente; “-” = não atende

Fonte: Autores, a partir de informações disponibilizadas nos sites das prefeituras dos municípios.

Em Passo Fundo, o Plano Diretor de Desenvolvimento Integrado é a principal ferramenta para o ordenamento municipal, estando fundamentado para o desenvolvimento municipal, aliado à redução das desigualdades no acesso à terra, moradia e infraestrutura, na participação popular sobre as políticas públicas e na autonomia municipal. Destaca-se a observância dada pelo plano diretor às ferramentas do Estatuto da Cidade, ao contemplar todos os mecanismos dispostos na lei federal. Levando em conta a importância que o município tem no âmbito regional, assim como as atividades econômicas que se desenvolvem na cidade, ter um planejamento urbano definido e convergente com a legislação superior é fundamental.

O documento do município de Sarandi trata das funções sociais da cidade como o direito à moradia, infraestrutura e equipamentos públicos. Porém, de maneira conceitual e ampla, sem definir a forma específica da aplicação daqueles conceitos, nem mesmo citando a previsão legal para a implantação daquelas ferramentas, até por isso é tratado como diretrizes urbanas, e não como um plano diretor.

A legislação de Ronda Alta e de Três Palmeiras, de maneira conceitual, cita o objetivo de ordenar o desenvolvimento das funções sociais da cidade, visando o bem-estar dos habitantes. Existe a previsão legal para a implementação dos instrumentos avaliados; a lei em questão, porém, não os aborda. Por isso, classificaram-se como “atendimento parcial”. São determinados prazos para a elaboração de lei complementar à Lei de Diretrizes Urbanas, o que possivelmente viria a ser o plano diretor desses municípios. Porém, não foram encontradas estas leis complementares, mesmo findado o prazo estabelecido.

O Plano Diretor de Tapejara tem por objetivo ordenar o desenvolvimento urbanístico da cidade. É uma legislação que trata de situar os zoneamentos municipais e das formas de parcelamento de solo. Por ser uma legislação antiga, mesmo que a redação da lei tenha sido alterada várias vezes ao longo das décadas, não trata da maior parte dos mecanismos avaliados e, merecidamente, vem sendo revisada.

Em Erechim, tem-se o conjunto de legislações que dizem respeito ao ordenamento urbano recentemente revisadas, datadas de 2019. O Plano

Diretor de Erechim foi sancionado com base nas legislações estadual e federal, tendo por objetivo ordenar as funções sociais da cidade, sendo através do desenvolvimento urbano e ambiental sustentável, com vistas a obter a estruturação da gestão urbana, a melhoria na qualidade de vida e o bem-estar da comunidade. Ressalta-se a constante citação da “preservação ambiental” no município. Quanto ao atendimento das ferramentas descritas no Estatuto da Cidade, classificaram-se como “parcialmente atendidas” aquelas que são abordadas em outras legislações municipais.

O Plano Diretor de Marau estabelece as zonas urbanas, regula o uso do solo e estabelece o plano viário, com o objetivo de regular seu desenvolvimento. Por ter sido criado anteriormente ao Estatuto da Cidade, não apresenta abordagem para aquelas ferramentas. Pode-se dizer que este Plano Diretor destinou um tratamento ao assunto semelhante ao de Tapejara.

A Lei de Diretrizes Urbanas de Ibiaça contém diretrizes que objetivam orientar o processo de transformação urbana, estabelecendo normas para organização e ocupação do solo, na forma de padrões construtivos, zoneamento de usos e sistema viário. De forma análoga a Sarandi, sua redação está focada na disciplina do uso do solo, não chegando a prever a implantação dos meios de ordenamento do desenvolvimento urbano estudados.

O Plano Diretor de Entre Rios do Sul visa promover o desenvolvimento integrado das áreas urbanas e rurais, a fim de garantir a qualidade de vida de seus ocupantes, sendo o instrumento básico da política de desenvolvimento do município. Mesmo sendo um pequeno município, com pouco mais de três mil habitantes, este documento possui bastante convergência com o Estatuto da Cidade.

A lei complementar que determina as Diretrizes Urbanas de Mato Castelhano traz os padrões construtivos, o zoneamento de usos e o sistema viário, e está voltada ao crescimento ordenado do município. De maneira geral, é um documento com uma abordagem similar àquela de Sarandi e Ibiaça e, assim como nos casos de Ronda Alta e de Três Palmeiras, contém um prazo para a elaboração do Plano Diretor de Desenvolvimento Integrado; porém, mesmo após transcorrido o prazo estimado, a legislação não foi elaborada.

CONCLUSÃO

Este artigo teve como objetivo abordar brevemente o processo de edição dos planos diretores municipais e das leis de regulação do solo urbano, a partir da obrigação descrita no Estatuto da Cidade e na Lei Estadual de Parcelamento do Solo Urbano. Através da interpretação e do emprego das principais ferramentas descritas no Estatuto da Cidade, aliadas ao entendimento das condições específicas de dez municípios da região norte do estado do Rio Grande do Sul, com populações distintas, identificando como os municípios tratam os instrumentos do Estatuto da Cidade.

Inicialmente, foram encontradas legislações de todos os municípios, o que converge com a Lei Estadual de Desenvolvimento Urbano, que impõe aos municípios gaúchos a obrigação legal de promulgar legislações pertinentes ao tema.

Percebeu-se que a maioria das leis tem entre 15 e 20 anos, ou seja, são leis já consolidadas em seus municípios e, se aplicadas, permitem verificar os seus resultados no espaço urbano. Também foi possível observar que metade dos municípios trata do assunto por meio de leis de diretrizes urbanas, instrumentos que servem para ordenar a ocupação do solo, mas carecem de ferramentas qualificadas para garantir a amplitude do acesso à moradia qualificada.

Ao analisar as legislações, viu-se que, além daqueles municípios que já tratam como Lei de Diretrizes Urbanas, o Plano Diretor de Tapejara e Marau, conceitualmente e majoritariamente, também tratam das diretrizes para o ordenamento urbano, não tratando especificamente das ferramentas abordadas no Estatuto da Cidade. Percebe-se que são legislações antigas, principalmente a de Tapejara, e que estão em processo de revisão, em que, possivelmente, venham a modernizar a questão do ordenamento urbano e das funções sociais da cidade.

Os planos diretores de Passo Fundo, Erechim e Entre Rios do Sul são os que mais convergem com Estatuto da Cidade, no que compete à previsão das ferramentas de desenvolvimento urbano ordenado. Entende-se que isso se deve ao atendimento dos requisitos colocados no Estatuto da Cidade,

que tornaram o plano diretor obrigatório nestas localizações, face o porte dos municípios – para o caso de Passo Fundo e Erechim – e pela existência de empreendimento de grande porte em sua extensão territorial, caso de Entre Rios do Sul.

Para ir na direção de uma concepção urbana adequada ao Estatuto da Cidade, seria necessário haver, inicialmente, uma maior convergência entre as leis municipal, estadual e federal, no que diz respeito à implantação das ferramentas contidas no Estatuto. Na maioria delas, há uma previsão genérica e ainda não há a regulamentação dos instrumentos por legislação própria.

De maneira geral, todos os municípios possuem um grupo de leis que organizam a expansão territorial. Entretanto, seria importante que todos os municípios aprovassem seus planos diretores e aqueles que possuem plano diretor e estão em processo de revisão procedessem com a regulamentação dos instrumentos previstos no Estatuto da Cidade, mesmo levando em consideração a reconhecida dificuldade de implantação de políticas públicas como forma de promover a justa distribuição territorial e possibilitar a democratização do planejamento e da gestão urbanos.

REFERÊNCIAS

ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. **Assembleia Legislativa**. Lei n. 10.116/1994. Disponível em: <http://www.al.rs.gov.br/legis/M010/M0100099.ASP?Hid_Tipo=TEXT0&Hid_TodasNormas=13479&hTexto=&Hid_IDNorma=13479>. Acesso em: 9 set. 2020.

BRASIL. **Estatuto da Cidade**. Brasília, DF: Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Lei n. 10.257/2001. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/l10257.htm>. Acesso em: 9 set. 2020.

BRASIL. **Sistema de Financiamento Imobiliário**. Brasília-DF: Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Lei n. 10.931/2004. Disponível em: <<http://>

www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/l10.931.htm>. Acesso em: 17 set. 2020.

BRASIL. **Patrimônio de afetação de incorporações imobiliárias, Letra de Crédito Imobiliário, Cédula de Crédito Imobiliário, Cédula de Crédito Bancário**. Brasília, DF: Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Lei n. 9.514/1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9514.htm>. Acesso em: 17 set. 2020.

BRASIL. **Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística-IBGE**. Rio de Janeiro, RJ. Disponível em: <<https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv26412.pdf>>. Acesso em: 17 set. 2020.

MARICATO, Ermínia; COLOSSO, Paolo; COMARU, Francisco de Assis. Um projeto para as cidades brasileiras e o lugar da saúde pública. **Saúde debate** [online]. 2018, v. 42, n. spe3. DOI: 10.1590/0103-11042018s315.

NATALINO, M. **Estimativa da população em situação de rua no Brasil**. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea). (set. 2012/mar. 2020). Nota Técnica n. 73. Disponível em: <https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/nota_tecnica/200612_nt_disoc_n_73.pdf>. Acesso em: 1º out. 2020.

PEREIRA, E. A Política Urbana Brasileira e o Ideário Crítico da Reforma Urbana Introduzido na Constituição de 1988. **Confluências – Revista Interdisciplinar de Sociologia e Direito**, v. 20, n. 2, 2018. pp. 73-87. Disponível em: <<https://periodicos.uff.br/confluencias/article/viewFile/34560/19964>>. Acesso em: 1º de out. 2020.

ROLNIK, R. **10 Anos do Estatuto da Cidade: das lutas pela reforma urbana às Cidades da Copa do Mundo**. 2013. Disponível em: <<https://raquelrolnik.files.wordpress.com/2013/07/10-anos-do-estatuto-da-cidade.pdf>>. Acesso em: 1º de out. 2020.

SANTOS, M. **A Urbanização Brasileira**. São Paulo: Hucitec, 1993.

CAPÍTULO II

DEMOCRACIA PARTICIPATIVA: REFLEXÕES ACERCA DO SURGIMENTO DOS CONSELHOS DE PARTICIPAÇÃO POPULAR NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

DOI: <http://dx.doi.org/10.18616/dirhum08>

Juliano Sartor Pereira
Reginaldo de Souza Vieira

VOLTAR AO SUMÁRIO

INTRODUÇÃO

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, no artigo 1º de seu parágrafo único, afirma que o poder poderá ser exercido diretamente pelo povo (BRASIL, 1988), concebe-se assim um novo paradigma constitucional cuja participação popular é destacada, representando um grande avanço democrático como resultado da grande mobilização da população no processo constituinte, haja vista o regime autoritário que assolava o Brasil, subtraindo direitos e inviabilizando a participação popular.

Nesse contexto, foram incorporados ao longo do texto constitucional alguns dispositivos que garantem a participação da população em espaços descentralizados e plurais, de modo a aconselhar e deliberar sobre questões pertinentes à gestão de políticas públicas e sociais. Este espaço, importante instituto da democracia participativa, é denominado de “conselho”. Porém, uma das grandes dificuldades do cidadão é a compreensão do que seria um conselho. Qual a sua finalidade? Quem são os seus membros? Qual lei ou conjunto de leis que o regulam? Em síntese, o problema poderia ser resumido a: “para que serve um conselho?”

Por conseguinte, a presente pesquisa tem por objeto analisar os conselhos de participação popular no ordenamento jurídico brasileiro. Nesse sentido, o objeto foi delimitado à análise da Constituição e da legislação reguladora (leis e decretos), levando-se em consideração os temas abarcados pelos dispositivos constitucionais que estabeleciam a criação de conselhos nacionais. Didaticamente, a pesquisa foi dividida em três etapas, cada qual correspondendo a um objetivo específico: na primeira, foi realizada uma contextualização de democracia, suas características e os espaços de participação; na segunda, analisou-se o instituto do conselho, sua natureza e a sua relação com as políticas públicas; na terceira, a pesquisa centrou-se na análise de dados, constitucionais e infraconstitucionais, acerca do instituto do conselho. Para tal, empregou-se o método dedutivo com procedimento monográfico, sendo a pesquisa teórica, exploratória e descritiva, bibliográfica, com consulta a livros, catálogos, revistas científicas e sites institucionais especializados.

A relevância social da pesquisa se encontra no fato de propiciar a compreensão do que é o instituto do conselho, ente ainda desconhecido da sociedade e ao mesmo tempo imprescindível à ampliação da democracia participativa. *A priori*, nota-se a importância com que se reveste o instituto do conselho como meio e espaço de participação popular na gestão de políticas públicas.

DEMOCRACIA E A PARTICIPAÇÃO DO POVO

Quando se ouve o termo democracia, o entendimento geral de senso comum a compreende única e exclusivamente como sendo a participação do povo no processo eleitoral. Vários seriam os fatores político-culturais que contribuiriam para esse entendimento limitado do termo democracia como paradoxo da própria construção liberal burguesa da democracia moderna que perdura até hoje. Para o professor Canotilho (1993), foi justamente a antide-mocracia do liberalismo que a restringiu a um mero sistema político representativo como uma nova forma de domínio. Outro fator que contribui para essa interpretação é a complexidade da definição de democracia, isso porque, para Giovanni Sartori (1994), vivemos um tempo de uma democracia confusa, que se confunde com a política da civilização ocidental.

Isso posto, compreende-se a dificuldade quanto à conceituação de democracia, justo por ela não ser uma construção estanque e unilateral de classes dominantes que tendem a aristocratizá-la, mas sim o resultado dinâmico de uma contrastante e contínua construção político-social entre forças antagônicas. Tanto é que hoje muito se fala na crise da democracia; porém, nota-se empiricamente que a crise se concentra sobretudo no sistema representativo da democracia, que seria apenas uma de suas facetas.

Então, qual seria a relação entre a democracia e a participação do povo? A resposta se encontra na própria etimologia da palavra. Democracia provém do grego arcaico δημοκρατία¹, cujo significado literal seria simples-

1 Tradução livre: democracia. (DEMOCRACIA, 2019, n.p.)

mente governo do povo, o que levaria à suposta conclusão de um governo constituído ou permeado com a participação do povo. Nesse sentido, para um melhor entendimento acerca da participação do povo na democracia, torna-se imprescindível contextualizá-la, a fim de melhor inquirir esta relação.

Democracia, contextualização e conceitos

A Contextualização da democracia poderia ser sistematizada didaticamente em dois marcos temporais distintos, a democracia dos antigos e a democracia dos modernos, cada qual com suas características intrínsecas em razão da história social e cultural dos povos envolvidos.

Historicamente, a democracia é mencionada pelo historiador grego Heródoto (2006), no século V antes de Cristo, em sua obra intitulada *História*, na qual ele descreve as três formas básicas de governo da época: a monarquia, a oligarquia e a democracia como, respectivamente, o governo de um só, o de poucos e o de muitos. Nesse sentido, segundo Pietro Costa (2010), a democracia surge na cidade de Atenas em 508-507 a.C. com as reformas promovidas por Clístenes, as quais instituíram poderes políticos às assembleias dos *politai* (cidadãos atenienses), enquanto as decisões jurídico-administrativas eram atribuídas ao Conselho dos Quinhentos, cujos membros eram eleitos por sorteio. A democracia ateniense se constituiu, então, como um autogoverno, em que o cidadão exercia diretamente o poder político, embasado em princípios como a igualdade e a liberdade, igualdade entre os cidadãos diante das leis e liberdade de falar nas assembleias políticas.

Nota-se que a democracia dos antigos apresentava uma característica primordial que era o fato de ser uma democracia direta, cuja fonte de poder se encontrava na *demos*, isto é, no povo entendido como cidadão que constituía uma comunidade, embora mulheres, estrangeiros e escravos fossem excluídos do processo democrático. Todavia, o regime político não perdurou devido a disputas internas pelo poder com os aristocratas e a guerras externas.

Por sua vez, a democracia dos modernos surge a partir dos séculos XVII e XVIII como uma resposta às monarquias absolutistas; encontra-se

amparada na revolução antropológica e no paradigma jusnaturalista que colocam no centro do processo decisório político os indivíduos, os quais por natureza tenderiam a ser iguais, devendo ser invioláveis os seus direitos e as suas liberdades individuais. Assim, diferentemente das teses contratualistas de Locke e Hobbes, que distinguiam o corpo político entre indivíduos e soberano, Rousseau propõe a não distinção, identificando no próprio corpo de indivíduos o poder político soberano, propondo a democracia como autogoverno do povo, cujo soberano seria o próprio povo livre envolvido diretamente no governo (COSTA, 2010).

Entretanto, a tese que acabou prevalecendo foi justamente aquela de um modelo político representativo, defendida pelo abade francês Emmanuel Joseph Sieyès (2001). Dessa forma, a principal característica da democracia dos modernos é a representatividade do corpo político dirigente eleito pelo povo. Porém, Pietro Costa (2010) expõe que a democracia representativa impunha pressupostos ao exercício do direito do voto, que era prerrogativa exclusiva de indivíduos homens que dispunham de propriedade ou renda e que viam na democracia irrestrita uma ameaça à propriedade. Todavia, com as lutas sociais por igualdade e pelo sufrágio universal, o direito ao voto foi estendido inicialmente aos homens e depois às mulheres.

Então, a partir da contextualização da democracia, como poderíamos conceituá-la? Nas palavras de Norberto Bobbio (1997, p. 12) a democracia seria “primariamente um conjunto de regras de procedimento para a formação de decisões coletivas, em que está prevista e facilitada a participação mais ampla possível dos interessados”. Nessa lógica, a democracia baseia-se então na participação do povo nos processos de tomada de decisões governamentais e administrativas; logo, conforme o tipo de participação da população junto às instituições políticas, tem-se uma determinada forma de democracia.

Formas de participação democrática

Prosseguindo com a ideia de que o elemento primordial à democracia é o povo e conforme a sua forma de participação teríamos distintos tipos

de democracia como a democracia direta, a democracia indireta ou representativa e, também, a democracia semidireta e participativa. Por esse ângulo, caberia inicialmente compreender o que seria o povo para a democracia. Para Friedrich Müller (2003), o povo deve ser concebido simplesmente como a totalidade de indivíduos que compõe o território de um Estado, abarcando toda a diversidade de grupos de pessoas presentes em uma sociedade, e, quanto maior for esta totalidade, maior seria a legitimidade do regime democrático.

Nesse sentido, para José Afonso da Silva (2013), na democracia direta, o povo exerce diretamente o poder político legislando, administrando ou julgando, sendo esta uma forma de democracia praticamente inexistente. Na democracia indireta, tem-se a representação política, devido à impossibilidade de o povo exercer o poder em razão da extensão territorial e da complexidade dos Estados, delegando as funções político-administrativas a representantes eleitos. Já na democracia semidireta tem-se um misto de democracia representativa e democracia direta, o povo é chamado em dados momentos a decidir politicamente mediante alguns institutos de participação no processo legislativo como plebiscito, referendo, iniciativa popular, dentre outros.

Apesar de a democracia semidireta e a democracia participativa se confundirem, é importante ressaltar que:

A democracia semidireta fica inserida mais no âmbito de uma manifestação eleitoral, mesmo que sem a intermediação de representantes. Já a democracia participativa consagra a Sociedade como ator político (resgatando-a do limbo em que foi deixada pela modernidade burguesa), tendo o exercício da cidadania em todo o desenvolvimento dos atos participativos, surgido não somente dos canais oficiais, mas como uma manifestação espontânea da Sociedade. (VIEIRA, 2013, p. 179).

Portanto, para Viera (2013), a democracia participativa não deve se limitar aos procedimentos formais de participação no processo legislativo; ao contrário, ela deve ser concebida como a capacidade de o cidadão e a cidadã deli-

berarem democraticamente sobre assuntos pertinentes à administração pública a partir do olhar da sociedade, como uma resposta à crise do modelo representativo.

Democracia participativa e os espaços de participação

A construção da democracia participativa na história recente do Brasil se encontra intrinsecamente ligada à narrativa da redemocratização. O resultado de duas décadas de autoritarismo imposto violentamente e arbitrariamente pelo regime ditatorial, com a violação de direitos políticos, redundou na mobilização de vários setores da sociedade civil organizada que foram às ruas reivindicar por democracia e pelo direito de participação política. Tanto que, conforme Barbosa (2012), durante o processo Constituinte de 1987-1988, foram apresentadas 122 emendas populares com a coleta de mais de doze milhões de assinaturas, como resultado da grande participação popular da sociedade brasileira.

Desse modo, Paulo Bonavides (2001) afirma que sem participação não há democracia e que a sua legitimação se encontra vinculada a uma maior participação política da sociedade. Tanto que Pietro Costa (2012) coloca que a democracia participativa seria uma redundância, pois a democracia já significaria “participação” do povo. Porém, o autor observa que a associação do termo participativa ao termo democracia, reforça a ideia de uma democracia que valoriza e protagoniza a participação de “muitos”, como uma forma contra hegemônica à democracia representativa que frustrou as expectativas com o seu formalismo e elitismo.

Assim, Benevides (1991) compreende que somente com a participação popular teremos a educação política da população, devendo ser assegurados ao povo meios de participação que expressem o pluralismo de ideias e a liberdade de opinião. Por sua vez, Bonavides (2001) reconhece na democracia participativa a única alternativa de resistência ao neoliberalismo recolonizador que inviabiliza a sobrevivência e a afirmação dos povos. Nesse sentido, Vieira (2013, p. 181) afirma que “a democracia participativa concretiza-se em um instrumento do coletivo (Sociedade), para evitar a privatização do Estado e do público pelos interesses econômicos dominantes.”

Portanto, a democracia participativa não visa rivalizar ou substituir a democracia representativa – ao contrário, busca ser uma alternativa complementar à representação. E justo por inovar e reinventar os espaços públicos de participação, onde o cidadão pode se expressar, ser ouvido e tomar decisões junto ao poder público, é que ela se constitui um importante instrumento de fiscalização dos atos da administração, influenciando assim a gestão das políticas públicas. Resta, então, compreender quais seriam os espaços públicos onde se desenvolve a participação dos cidadãos no processo democrático da democracia participativa.

CONSELHOS DE PARTICIPAÇÃO POPULAR E CIDADANIA

Se a democracia participativa pressupõe a participação do povo no exercício de sua cidadania ativa, surge então uma indagação: qual seria o espaço por excelência à participação popular, levando-se em consideração não somente a participação do povo nas decisões de poder político, mas sobretudo nos atos da administração pública que compõe a governança do Estado?

Respondendo esta questão de forma sintética, o espaço por excelência para a efetivação da democracia participativa é o Conselho. Este, por sua vez, juridicamente significaria “parecer, opinião técnica abalizada, que orienta ou esclarece alguém sobre determinado assunto. Corpo coletivo de pessoas que devem pronunciar-se ou deliberar sobre questão que é de sua competência. Órgão judicante.” (GUIMARÃES, 2012, p. 217).

Portanto, é compreensível que ao se pensar no instituto do conselho, imediatamente se imagine um grupo de pessoas reunidas em um espaço físico, onde são discutidas e tomadas decisões sobre algum tema específico. Logo, a gestão das políticas públicas, específicas a um determinado setor da sociedade, pode e deve ser objeto de análise e escrutínio de um conselho popular, efetivando-se na participação da coletividade a cidadania ativa do indivíduo. Tanto que, nas palavras da professora Benevides (2001, p. 20 – grifo da autora), “esta cidadania ativa supõe a participação popular como possibilidade de *criação, transformação e controle sobre o poder, ou os poderes.*”

Conselhos, contextualização e conceitos

Sem querer perquirir a presença do instituto do conselho na história do ordenamento jurídico brasileiro, mas limitando-nos à sua contextualização em função da Constituição de 1988, poderíamos afirmar que os conselhos de participação popular como instituto da democracia participativa surgiram, conforme já mencionado, no recente processo de redemocratização. Conforme Nogueira (2005), como resultado do crescente avanço dos movimentos por democratização na América Latina nas últimas décadas do século XX, observou-se no Brasil uma crescente valorização da democracia participativa entre intelectuais, juristas e administradores, a ponto de se consolidar a ideia de se institucionalizar uma democracia que possibilitasse a participação da sociedade civil na gestão pública do Estado.

Segundo Coelho (1988), em razão das emendas populares, foram incorporados ao texto constitucional vários dispositivos referentes à democracia participativa, que compreendiam pautas defendidas pelos movimentos sociais, atinentes à cidadania, ao trabalho, à educação, à saúde, à previdência, à criança e adolescente, à mulher, à raça etc.

Porém, para que possamos consolidar um ambiente propício à democracia participativa no Brasil, é imprescindível aliar a vontade política com a experiência participativa dos Conselhos, até porque possibilitam: visibilidade (transparência aos discursos e ações dos atores no processo); controle social (permite a participação e mediação da sociedade); representação de interesses da coletividade (cidadãos defendendo o coletivo); democratização (amplia os fóruns de discussão e decisão); e cultura pública (enfrenta o autoritarismo e a apropriação do público pelo privado) (BEHRING; BOSCHETTI, 2017).

Nesse sentido, os conselhos de políticas públicas são espaços de exercício da cidadania ativa; esses espaços de criação e deliberação de políticas públicas, porém, devem instrumentalizar algumas funções para que possam ser efetivos democraticamente e não venham a ser apropriados exclusivamente pelos gestores da administração pública para simplesmente legitimar políticas impositivas e verticais.

Natureza dos conselhos participativos

Segundo o dicionário Houaiss (2009, n.p.) conselho provém do latim *consilium*, representado o “lugar onde se delibera, assembleia deliberativa, parecer, voto, desígnio, moderação”, por sua vez, o verbo deliberar também proveniente do latim “*delibèro, as, ávi, átum, áre*” representa a ação de “resolver, decidir”. Logo, compreende-se etimologicamente que o verbete conselho representaria um espaço de decisões, corresponderia também a um espaço plural de participação da sociedade para estabelecer um controle social sobre as políticas públicas estatais. Wolkmer (2015), em sua obra *Pluralismo Jurídico: fundamentos de uma nova cultura no Direito*, expõe que:

Mais do que nunca, em estruturas periféricas como brasileira, marcadas por uma cultura autoritária, centralizadora e excludente, impõe-se identificar, como indissociável no processo de reordenação do espaço comunitário, a construção de uma verdadeira cidadania aliada ao desenvolvimento de uma democracia participativa de base que tenha como meta a descentralização administrativa, o controle comunitário do poder e dos recursos, o exercício de mecanismos de cogestão e autogestão local/setorial/municipal e o incremento das práticas de conselhos ou juntas consultivas, deliberativas e executivas. (p. 295).

Compreende-se, portanto, a importância dos conselhos no sentido de fomentar um pluralismo que espraie no âmbito político e jurídico mediante o controle, fiscalização e criação de políticas públicas com a participação popular de forma a contribuir e efetivar a democratização do Estado. Mas qual seria então a natureza ou atribuição de um conselho?

Para Gohn (2015), a legislação estabelece os conselhos como atores participativos, paritários e descentralizadores da gestão com o poder de deliberar, ou seja, decidir. Entretanto, a autora observa que há conselhos que apresentam uma natureza apenas consultiva, restrita à emissão de opiniões e aconselhamento ao poder público.

Sendo assim, em linhas gerais, poderíamos sintetizar a natureza básica dos conselhos como consultivos e deliberativos, estes, com o poder de decidir interferindo ou vinculando a gestão pública, e aqueles, apenas com o poder de aconselhar sendo consultados geralmente com o interesse político de tão somente respaldar as decisões da Administração Pública. Diante do exposto, passa-se à associação entre conselhos e a administração de políticas públicas.

Conselhos, políticas públicas e direitos fundamentais

O conselho é o espaço de participação do cidadão na tomada de decisões. Porém, quais seriam as decisões a serem tomadas? Ou melhor, sobre o que se deveria decidir? Geralmente, o poder político é responsável pela elaboração e execução de políticas que dizem respeito aos mais diversos temas e que acabam por influenciar diretamente ou indiretamente a sociedade.

Schmidt (2008) coloca que é muito importante que o cidadão entenda como as políticas governamentais o afetam, como foram elaboradas, os interesses por detrás da sua implantação e, sobretudo, os espaços em que são discutidas e deliberadas. Tanto que elas se tornam políticas públicas justo por serem abrangentes e definirem os rumos governamentais que afetam a população.

Portanto, é importante que se compreenda que a democracia participativa não é uma concessão paternalista do poder político ao cidadão, mas sim um novo paradigma constitucional que deve ser respeitado e observado como direito fundamental embasado no princípio constitucional da participação, fruto das lutas sociais por democratização.

DEMOCRACIA PARTICIPATIVA E O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Na antiga Grécia, a participação do cidadão no poder político se dava mediante determinados preceitos. Atualmente, a participação do cidadão nos conselhos está condicionada a procedimentos que visam facilitar e otimizar a tomada de decisões. Compreende-se, então, que o ordenamento jurídico

brasileiro apresenta mecanismos que objetivam assegurar a participação da sociedade na tomada de decisões, principalmente a partir da CRFB/1988, que aspira, segundo Hermany (2007), “contribuir para a construção de espaços qualificados de discussão e participação da cidadania”.

Portanto, necessário é identificar os dispositivos constitucionais que se referem aos conselhos e à participação do cidadão. A seguir, será feita uma análise dos dispositivos e a decorrente identificação da legislação reguladora, com o objetivo de verificar as garantias procedimentais à democracia participativa.

O que diz a Constituição

A CRFB/1988 dispõe de uma série de dispositivos que se referem à participação popular na gestão das políticas públicas que versam sobre as mais diversas áreas temáticas como trabalho e previdência, cidade, agricultura, seguridade social, saúde, assistência social, educação, cultura, criança e adolescente e pessoa idosa (BRASIL, 1988). Nesse sentido, serão identificados os principais dispositivos relacionados à democracia participativa presentes na CRFB/1988. Tem-se, então:

Os artigos 10² e 39³, quanto ao trabalho e à previdência, sendo que o artigo 10 possibilita a participação de trabalhadores e empregadores em colegiados para o debate e deliberação de políticas pertinentes ao trabalho e à previdência. Já o artigo 39 institui o conselho de políticas administrativas com a participação dos servidores (BRASIL, 1988).

O artigo 29, XII⁴, refere-se à cidade, mais precisamente à participação da sociedade civil organizada no planejamento municipal (BRASIL, 1988).

2 Art. 10 da CRFB/1988. É assegurada a participação dos trabalhadores e empregadores nos colegiados dos órgãos públicos em que seus interesses profissionais ou previdenciários sejam objeto de discussão e deliberação (BRASIL, 1988).

3 Art. 39 da CRFB/1988. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão conselho de política de administração e remuneração de pessoal, integrado por servidores designados pelos respectivos Poderes (BRASIL, 1988).

4 Art. 29, XII, da CRFB/1988. O Município reger-se-á por lei orgânica, votada em dois turnos, com o interstício mínimo de dez dias, e aprovada por dois terços dos membros da

O artigo 187, *caput*⁵, determina que a política agrícola seja definida com a participação de vários setores como o da produção (produtores e trabalhadores rurais), da comercialização, do armazenamento e do transporte (BRASIL, 1988).

O artigo 194, parágrafo único, VII⁶, determina que as políticas de seguridade social, que abrangem direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social, sejam descentralizadas com a participação democrática de trabalhadores, de empregadores, de aposentados e do governo (BRASIL, 1988).

Especificamente quanto à saúde, o artigo 198, III⁷, prevê a participação da comunidade na definição da aplicação das políticas públicas de saúde no âmbito federal, estadual e municipal (BRASIL, 1988).

Com relação à assistência social, o artigo 204, II⁸, estabelece a participação da população na determinação das políticas públicas de assistência nas esferas federal, estadual e municipal (BRASIL, 1988).

Câmara Municipal, que a promulgará, atendidos os princípios estabelecidos nesta Constituição, na Constituição do respectivo Estado e os seguintes preceitos: [...] XII – cooperação das associações representativas no planejamento municipal (BRASIL, 1988).

5 Art. 187, *caput*, da CRFB/1988. A política agrícola será planejada e executada na forma da lei, com a participação efetiva do setor de produção, envolvendo produtores e trabalhadores rurais, bem como dos setores de comercialização, de armazenamento e de transportes, levando em conta, especialmente: [...] (BRASIL, 1988).

6 Art. 194, parágrafo único, VII, da CRFB/1988. A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social. Parágrafo único. Compete ao Poder Público, nos termos da lei, organizar a seguridade social, com base nos seguintes objetivos: [...] VII – caráter democrático e descentralizado da administração, mediante gestão quadripartite, com participação dos trabalhadores, dos empregadores, dos aposentados e do Governo nos órgãos colegiados (BRASIL, 1988).

7 Art. 198, III, da CRFB/1988. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes: [...] III – participação da comunidade (BRASIL, 1988).

8 Art. 204, II, da CRFB/1988. As ações governamentais na área da assistência social serão realizadas com recursos do orçamento da seguridade social, previstos no art. 195, além de outras fontes, e organizadas com base nas seguintes diretrizes: [...] II – participação da população, por meio de organizações representativas, na formulação das políticas e no controle das ações em todos os níveis (BRASIL, 1988).

Por sua vez, quanto à educação, tem-se os artigos 205⁹ e 206¹⁰. O artigo 205 afirma que a educação terá a colaboração da sociedade, sendo que o artigo 206 traz o princípio da gestão democrática da educação pública com a participação popular da sociedade (BRASIL, 1988).

O artigo 216-A, §1º, X e §2º, II e III¹¹, refere-se em seu §1º, X, à descentralização das políticas públicas de cultura com a colaboração participativa da sociedade, sendo o Plano Nacional de Cultura elaborado democraticamente por meio de deliberação e controle social. Já o §2º, II e III do mesmo artigo, estabelece os conselhos e as conferências como institutos estruturantes do Sistema Nacional de Cultura (BRASIL, 1988).

Quanto às crianças e aos adolescentes, tem-se o artigo 227, §1º¹², que estabelece a participação de entidades não governamentais nos programas de assistência à criança, ao adolescente e ao jovem, mediante políticas públicas específicas (BRASIL, 1988).

9 Art. 205 da CRFB/1988. 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 (BRASIL, 1988).

10 Art. 206, VI, da CRFB/1988. O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios: [...] VI – gestão democrática do ensino público, na forma da lei (BRASIL, 1988).

11 Art. 216-A, §1º, X e §2º, II e III. O Sistema Nacional de Cultura, organizado em regime de colaboração, de forma descentralizada e participativa, institui um processo de gestão e promoção conjunta de políticas públicas de cultura, democráticas e permanentes, pactuadas entre entes da Federação e sociedade, tendo por objetivo promover o desenvolvimento humano, social e econômico com pleno exercício dos direitos culturais. § 1º O Sistema Nacional de Cultura fundamenta-se na política nacional de cultura e nas suas diretrizes, estabelecidas no Plano Nacional de Cultura, e rege-se pelos seguintes princípios: [...] X – democratização dos processos decisórios com participação e controle social; § 2º Constitui a estrutura do Sistema Nacional de Cultura, nas respectivas esferas da Federação: [...] II – conselhos de política cultural; III – conferências de cultura (BRASIL, 1988).

12 Art. 227, § 1º, da CRFB/1988. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. § 1º O Estado promoverá programas de assistência integral à saúde da criança, do adolescente e do jovem, admitida a participação de entidades não governamentais, mediante políticas específicas e obedecendo aos seguintes preceitos [...] (BRASIL, 1988).

Destaca-se ainda o artigo 230¹³, que também possibilita a participação da sociedade nas políticas públicas de amparo à pessoa idosa (BRASIL, 1988).

Convém ressaltar que os dispositivos constitucionais de participação popular supracitados, relacionados à gestão de políticas públicas da administração estatal mediante institutos da democracia participativa, vêm ao encontro de um novo paradigma de Estado, almejado pelo povo como cidadão de direitos e reproduzido pelo constituinte na concepção de um Estado Democrático de Direito.

O que diz a legislação

A partir da CRFB/1988 tem-se um novo paradigma que une a democracia participativa e políticas públicas. Nesse sentido, os dispositivos constitucionais sobre a gestão participativa de políticas públicas são regulamentados por leis ordinárias e decretos que objetivam viabilizar a criação de conselhos de participação. Surge, assim, um grande número de conselhos com as mais variadas temáticas pertinentes à administração pública. Logo, o objetivo deste tópico não é exaurir todas as leis infraconstitucionais que regulamentam todos os tipos de conselhos federais, mas indicar alguns dos principais conselhos e suas respectivas leis, que são objeto de análise a partir da área temática abordada no subcapítulo anterior, tendo como parâmetro a CRFB/1988. Portanto:

Quanto ao trabalho, tem-se a lei n. 7.998/1990, cujo art. 18¹⁴ estabelece o Conselho Deliberativo do Fundo de Amparo ao Trabalhador. Além do decreto n. 9.028/2017, cujo art. 1^o¹⁵ institui o Conselho Nacional do Trabalho

13 Art. 230, da CRFB/1988. A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida (BRASIL, 1988).

14 Art. 18, da lei 7.998/1990. É instituído o Conselho Deliberativo do Fundo de Amparo ao Trabalhador-CODEFAT, composto por representação de trabalhadores, empregadores e órgãos e entidades governamentais, na forma estabelecida pelo Poder Executivo (BRASIL, 1990a).

15 Art. 1^o, da lei 9.028/2017. O Conselho Nacional do Trabalho-CNT, órgão colegiado de natureza consultiva, composto de forma tripartite, observada a paridade entre representantes dos trabalhadores e dos empregadores, integrante da estrutura básica do Ministério do Trabalho, tem por finalidade [...] (BRASIL, 2017).

com natureza consultiva e paridade entre trabalhadores e empregadores (BRASIL, 1990a; BRASIL, 2017).

Quanto à previdência, destacam-se o Conselho Nacional de Previdência Social instituído pela lei n. 8.213/1991 que dispõe sobre planos de benefícios da previdência social e o Conselho de Recursos da Previdência Social regulamentado pelo decreto n. 3.048/1999 (BRASIL, 1991c; BRASIL, 1999).

Quanto ao planejamento das cidades, destaca-se o Conselho das Cidades regulado pelo decreto n. 5.790/2006, cujo inciso IV do art. 4^o¹⁶ prevê a participação de 23 membros de movimentos populares (BRASIL, 2006).

Quanto à política agrícola, tem-se a lei n. 8.171/1991 que cria o Conselho Nacional de Política Agrícola e o decreto n. 3.508/2000 que instituiu o Conselho Nacional de Desenvolvimento Rural Sustentável (BRASIL, 1991a; BRASIL, 2000).

Quanto à seguridade social, à saúde e à assistência social, poderíamos destacar o Conselho da Seguridade Social regulado pela lei n. 8.212/1991 que estabelece a participação de representantes da sociedade; a lei n. 8.142/1990, cujo art. 1^o¹⁷ prevê a participação popular nas instâncias colegiadas do Conselho e da Conferência Nacional de Saúde; além do Conselho Nacional de Assistência Social instituído pela lei n. 8.742/1993 a qual possibilita que representantes da sociedade civil participem de conselhos na esfera federal, estadual e municipal (BRASIL, 1990c; BRASIL 1991b; BRASIL, 1993).

Com relação à educação e cultura, destacam-se o Conselho Nacional de Educação regulado pela lei n. 9.131/1995 que obriga que metade dos conselheiros das câmaras sejam indicados por entidades da sociedade civil; o Conselho do Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação, FUNDEB, regulamentado pela

16 Art. 4º, IV, do decreto n. 5.790/2006. O ConCidades é composto pelos seguintes membros, organizados por segmentos: [...] IV – vinte e três representantes de entidades dos movimentos populares (BRASIL, 2006).

17 Art. 1º da lei 8.142/1990. O Sistema Único de Saúde (SUS), de que trata a lei n. 8.080, de 19 setembro 1990, contará, em cada esfera de governo, sem prejuízo das funções do Poder Legislativo, com as seguintes instâncias colegiadas: I – a Conferência de Saúde; e II – o Conselho de Saúde (BRASIL, 1990c).

lei n. 11.494/2007 que prevê a participação inclusive de pais de alunos e representantes dos alunos; e o Conselho Nacional de Política Cultural, atualmente regulado pelo decreto n. 9.891/2019 que estabelece a participação paritária da sociedade civil (BRASIL, 1995; BRASIL, 2007; BRASIL, 2019).

Quanto à criança e ao adolescente, tem-se o Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente, CONANDA, cuja lei n. 8.069/1990, em seu art. 88¹⁸, assegura a participação popular paritária nos vários conselhos de esfera municipal, estadual e federal; já a lei n. 8.842/1994 cria o Conselho Nacional do Idoso, também com participação paritária da sociedade civil em todos os seus níveis (BRASIL, 1990b; BRASIL, 1994).

Ademais, ressalta-se que estes não são os únicos conselhos instituídos por normas federais, existem outros relevantes colegiados que tratam de importantes temas como, segurança alimentar e combate à fome, combate à discriminação, direitos da mulher, proteção de recursos hídricos, do meio ambiente etc. Porém, da análise das leis e decretos referentes aos conselhos selecionados ao estudo, percebeu-se a preocupação com a descentralização e consequente criação de conselhos também no âmbito estadual e municipal, principalmente porque o conselho, muitas vezes, é pressuposto para o repasse de verbas orçamentárias, haja vista o controle social que é exercido na fiscalização da aplicação de recursos públicos, por isso, a importância da participação da sociedade civil em suas deliberações.

O que diz a práxis

A experiência dos conselhos, a partir da Constituição de 1988, revelou-se como uma grande inovação democrática numa perspectiva mais participativa. Até porque possibilitou a visibilidade das demandas sociais e o exercício da cidadania através da participação da sociedade civil organizada

18 Art. 88, da lei 8.069/1990. São diretrizes da política de atendimento: [...] II – criação de conselhos municipais, estaduais e nacional dos direitos da criança e do adolescente, órgãos deliberativos e controladores das ações em todos os níveis, assegurada a participação popular paritária por meio de organizações representativas, segundo leis federal, estaduais e municipais (BRASIL, 1990b).

nas consultas e deliberações promovidas pelos conselhos de gestão de políticas públicas (BEHRING; BOSCHETTI, 2017). Tanto é que surge uma profusão de novos conselhos municipais, como reflexo de uma necessidade local de criação e democratização de espaços de diálogo entre o governo e a sociedade. Nesse sentido, analisando os dados apresentados pelo Instituto Brasileiro de Geografia Estatística (2019), compilou-se o seguinte quadro com a proporção de municípios com conselhos municipais, levando-se em consideração apenas algumas áreas já abordadas nos tópicos anteriores do presente estudo.

Quadro 1 – Proporção de municípios com conselhos municipais segundo os temas.

TEMAS	ANO	PROPORÇÃO DE MUNICÍPIOS COM CONSELHOS MUNICIPAIS
Cidade (política urbana, desenvolvimento urbano)	2012	22,1%
Habitação	2017	59,6%
Agricultura	2017	67,3%
Saúde	2014	99,7%
Assistência social	2013	99,9%
Cultura	2012	38,6%
Criança e adolescente	2014	98,4%
Idoso	2014	61,9%
Meio ambiente	2017	74,1%
Igualdade racial	2014	5,0%
Direitos Humanos	2014	5,8%

Fonte: Dados compilados pelos autores com base no Panorama Nacional e Internacional da Produção de Indicadores Sociais: Estatísticas de Governança (IBGE, 2019).

Da análise, destaca-se que a quase a totalidade dos municípios brasileiros apresenta um conselho de saúde, de assistência social e da criança e adolescente, com índices que superam a cifra de 98% de cobertura. Porém, a título de curiosidade, dos 5.570 municípios brasileiros, apenas 5% apresentam conselho quanto à igualdade racial e somente 5,8% possuem conselho de Direitos Humanos (IBGE, 2019).

Apesar da grande expansão do número de conselhos após a Constituição de 1988, seja para atender o repasse de verbas orçamentárias, seja devido à demanda social de participação na gestão das políticas sociais, deve-se estar igualmente atento porque, segundo Behring e Boschetti (2017), há experiências negativas de conselhos que não deliberam adequadamente devido à ingerência do poder político sobre os mesmos, desmobilizando-os e levando-os, conseqüentemente, a um esvaziamento a ponto de se tornarem meros conselhos proforma.

Contudo, apesar dos percalços, ressalta-se a importância dos conselhos como espaços plurais para o exercício da cidadania e consolidação da democracia, uma democracia que, nas palavras de Vieira (2013, p. 179-180), “pressupõe reinventar os espaços de decisão democrática a partir da realidade da Sociedade”.

CONCLUSÃO

O objetivo principal do presente estudo era verificar o que seria um conselho como instituto da democracia participativa. Assim, a contextualização da democracia permitiu a compreensão dos espaços de participação, delimitando-se a análise ao instituto do conselho e a sua relação com as políticas públicas. Analisou-se também os dispositivos constitucionais e algumas normas reguladoras para melhor compreender as características de um conselho, como composição, finalidade, funcionamento etc.

Da análise realizada, constatou-se que a positivação do conselho como instituto da democracia participativa na CRFB/1988 foi o resultado da participação popular na Assembleia Constituinte, desejosa pela democratização dos

espaços públicos. Nota-se que no texto constitucional, o instituto encontra-se esparso (expressamente ou implicitamente) e relacionado com alguma área temática de grande relevância social. Nas normas regulamentadoras, constatou-se conselhos regulados por lei e outros por decretos, sendo que a maioria prevê a descentralização (federal, estadual e municipal) dos espaços de participação, e a composição paritária entre membros da administração pública e da sociedade civil. Observou-se que, após a CRFB/1988, houve a implantação e crescente ampliação de muitos conselhos em nível municipal, alguns com cobertura quase total, como o conselho da criança e do adolescente, o da assistência social e o da saúde (em parte devido ao repasse de recursos para políticas públicas específicas); entretanto, alguns tipos de conselho são quase que inexistentes em boa parcela dos municípios brasileiros. Nesse sentido, cabe também uma crítica a outro fenômeno, o do funcionamento proforma do conselho como um mero espaço subordinado à legitimação dos atos do poder público local, reflexo do poder político-econômico, quando não com a cooptação de conselheiros, descaracterizando-se assim o conselho como um importante espaço de participação cidadã e de controle social das políticas públicas.

Por derradeiro, não obstante os desafios da implementação dos conselhos como arenas de debates e deliberação, entende-se a sua imensa relevância como espaço educador e de exercício da cidadania ativa como pressuposto à consolidação da democracia.

Contudo, a despeito da importância dos conselhos como instrumentos de consolidação de uma democracia participativa, plural, inclusiva e solidária, infelizmente, esse espaço democrático vem sofrendo duros golpes da atual Presidência da República. Ao longo do ano de 2019, por meio de decretos, o presidente Jair Bolsonaro vem inviabilizando o funcionamento dos conselhos, quando não os extinguindo, acarretando um clima de insegurança jurídica e social, haja vista muitos desses conselhos contribuírem efetivamente à formulação de políticas públicas importantes, que atendem demandas imprescindíveis à sociedade, as quais não chegariam ao conhecimento das autoridades políticas se não fosse por meio desse importante canal de diálogo entre o governo e o povo que é o “conselho”.

REFERÊNCIAS

BARBOSA, Leonardo Augusto de Andrade. **História constitucional brasileira**: mudança constitucional, autoritarismo e democracia no Brasil pós-1964. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2012. 420 p.

BEHRING, Elaine Rossetti; BOSCHETTI, Ivanete. **Política social**: fundamentos e história. 6. ed. São Paulo: Cortez, 2009. 213 p.

BENEVIDES, Maria Victoria de Mesquita. **A cidadania ativa**. Referendo, plebiscito e iniciativa popular. São Paulo: Ática, 1991. 208 p.

BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia: Uma defesa das regras do jogo**. 6. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1997. 170 p.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria constitucional da democracia participativa**. São Paulo: Malheiros, 2001. 280 p.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**, de 5 de outubro de 1988. Brasília, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 14 jul. 2019.

_____. **Decreto n. 3.048**, de 6 de maio de 1999. Aprova o Regulamento da Previdência Social, e dá outras providências. Brasília, DF, 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3048.htm>. Acesso em: 14 jul. 2019.

_____. **Decreto n. 3.508**, de 14 de junho de 2000. Dispõe sobre o Conselho Nacional de Desenvolvimento Rural Sustentável-CNDRS, e dá outras providências. Brasília, DF, 2000. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3508.htm>. Acesso em: 14 jul. 2019.

_____. **Decreto n. 5.790**, de 25 de maio de 2006. Dispõe sobre a composição, estruturação, competências e funcionamento do Conselho das Cidades-

ConCidades, e dá outras providências. Brasília, DF, 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Decreto/D5790.htm>. Acesso em: 14 jul. 2019

_____. **Decreto n. 9.028**, de 6 de abril de 2017. Dispõe sobre o Conselho Nacional do Trabalho, integrante da estrutura básica do Ministério do Trabalho. Brasília, DF, 2017. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/decreto/D9028.htm>. Acesso em: 14 jul. 2019.

_____. **Decreto n. 9.891**, de 27 de junho de 2019. Dispõe sobre o Conselho Nacional de Política Cultural. Brasília, DF, 2019. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Decreto/D9891.htm#art12>. Acesso em: 14 jul. 2019.

_____. **Lei n. 7.998**, de 11 de janeiro de 1990a. Regula o Programa do Seguro-Desemprego, o Abono Salarial, institui o Fundo de Amparo ao Trabalhador (FAT), e dá outras providências. Brasília, DF, 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7998.htm>. Acesso em: 14 jul. 2019.

_____. **Lei n. 8.069**, de 13 de julho de 1990b. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília, DF, 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em: 15 jul. 2019.

_____. **Lei n. 8.142**, de 28 de dezembro de 1990c. Dispõe sobre a participação da comunidade na gestão do Sistema Único de Saúde (SUS) e sobre as transferências intergovernamentais de recursos financeiros na área da saúde e dá outras providências. Brasília, DF, 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8142.htm>. Acesso em: 14 jul. 2019.

_____. **Lei n. 8.171**, de 17 de janeiro de 1991a. Dispõe sobre a política agrícola. Brasília, DF, 1991. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8171.htm>. Acesso em: 14 jul. 2019.

_____. **Lei n. 8.212**, de 24 de julho de 1991b. Dispõe sobre a organização da Seguridade Social, institui Plano de Custeio. Brasília, DF, 1991. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8212orig.htm>. Acesso em: 14 jul. 2019.

_____. **Lei n. 8.213**, de 24 de julho de 1991c. Dispõe sobre Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Brasília, DF, 1991. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8213cons.htm>. Acesso em: 14 jul. 2019.

_____. **Lei n. 8.742**, de 7 de dezembro de 1993. Dispõe sobre a organização da Assistência Social e dá outras providências. Brasília, DF, 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8742.htm>. Acesso em: 14 jul. 2019.

_____. **Lei n. 8.842**, de 4 de janeiro de 1994. Dispõe sobre a política nacional do idoso, cria o Conselho Nacional do Idoso. Brasília, DF, 1994. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8842.htm>. Acesso em: 15 jul. 2019.

_____. **Lei n. 9.131**, de 24 de novembro de 1995. Altera dispositivos da Lei 4.024, de 20 de dezembro de 1961, e dá outras providências. Brasília, DF, 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9131.htm>. Acesso em: 14 jul. 2019.

_____. **Lei n. 11.494**, de 20 de junho de 2007. Regulamenta o Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação-FUNDEB, [...], e dá outras providências. Brasília, DF, 2007. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/l11494.htm>. Acesso em: 14 jul. 2019.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 6. ed. rev. Coimbra: Almedina, 1993. 1228 p.

COELHO, João Gilberto Lucas. A participação popular na Constituinte. **Rev. Cultura Vozes**, Petrópolis, v. 82, n. 2, p. 14-20, jul./dez. 1988.

COSTA, Pietro. **Poucos, muitos, todos**: lições de história da democracia. Curitiba: UFPR, 2012. 314 p.

_____. **Soberania, representação, democracia**: ensaios de história do pensamento jurídico. Curitiba: Juruá, 2010.

DEMOCRACIA. *In*: **DICIONÁRIO infopédia de Português-Grego** [em linha]. Porto: Porto Editora, 2003-2019. Disponível em: <<https://www.infopedia.pt/dicionarios/portugues-grego/democracia>>. Acesso em: 28 jun. 2019.

FUNARI, Pedro Paulo. **Grécia e Roma**. 2. ed. São Paulo: Contexto, 2002. 143 p.

GOHN, Maria da Glória. O papel dos conselhos gestores na gestão urbana. *In*: RIBEIRO, A. C. T. (org.). **Repensando la experiencia urbana de América Latina**: cuestiones, conceptos y valores. CLACSO. 2000.

GUIMARÃES, Deocleciano Torrieri. (org.) **Dicionário compacto jurídico**. 8. ed. São Paulo: Rideel, 2006. 248 p.

HERMANY, Ricardo. **(Re) discutindo o espaço local**: uma abordagem a partir do direito social de Gurvitch. Santa Cruz do Sul: Edunisc/IPR, 2007.

HERÓDOTO. **História**. Rio de Janeiro: Jackson, 2006. v. 2. 770 p. [e-book].

HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro; FRANCO, Francisco Manoel de Mello. **Dicionário eletrônico Houaiss da língua portuguesa 3.0**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009. Versão 3.0. 1 CD-ROM.

IBGE. **Panorama nacional e internacional da produção de indicadores sociais:** estatísticas de governança. Leonardo Athias, Luanda Botelho (orgs.). Rio de Janeiro: IBGE, 2019. 125 p.

MÜLLER, Friedrich. **Quem é o povo?** A questão fundamental da Democracia. 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 2003. 132 p.

NOGUEIRA, Marco Aurélio. **Um Estado para a sociedade civil:** temas éticos e políticos da gestão democrática. 2. ed. São Paulo: Cortez, 2005.

RAICHELIS, R. **Esfera pública e conselhos de assistência social:** caminhos da construção democrática. São Paulo: Cortez, 1998.

SARTORI, Giovanni. **A Teoria da democracia revisitada.** Volume I – O debate contemporâneo. São Paulo: Ática, 1994. 336 p.

SIEYÈS, Emmanuel Joseph. **A constituinte burguesa:** qu'est-ce que le tiers État? (trad. Norma Azevedo). 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

SCHMIDT, João Pedro. Para entender as políticas públicas: aspectos conceituais e metodológicos. *In:* REIS, Jorge Renato; LEAL, Rogério Gesta (org.). **Direitos Sociais & Políticas Públicas.** Desafios contemporâneos. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2008, v. 8.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo.** 37. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2013. 934 p.

VIEIRA, Reginaldo de Souza. **A cidadania na república participativa:** pressupostos para a articulação de um novo paradigma jurídico e político para os conselhos de saúde. 2013. 539f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, UFSC, Florianópolis, 2013.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Pluralismo Jurídico:** fundamentos de uma nova cultura no Direito. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015. 477 p.

CAPÍTULO III

O POTENCIAL DELIBERATIVO DOS CONSELHOS E DAS CONFERÊNCIAS DE ASSISTÊNCIA SOCIAL: UMA ANÁLISE MUNICIPAL À LUZ DOS PRESSUPOSTOS DE CIDADANIA PARTICIPATIVA

DOI: <http://dx.doi.org/10.18616/dirhum09>

Juliana Paganini
Reginaldo de Souza Vieira

VOLTAR AO SUMÁRIO

INTRODUÇÃO

O termo cidadania foi construído historicamente, caracterizando-se de maneira heterogênea, multiforme e diversificada, variando conforme o contexto político, econômico e social de cada sociedade.

Sendo assim, no âmbito da assistência social a cidadania participativa se manifesta através do controle social, onde a Política Nacional de Assistência Social disponibiliza algumas ferramentas, tais como os Conselhos, que atuam nos três níveis da federação (União, Estados e Municípios), cuja composição se dá de forma paritária, ou seja, metade por órgãos do governo e a outra por representantes da sociedade.

Muitas são as atribuições do Conselho, estando entre elas a convocação de conferências de assistência social em sua esfera de governo e o acompanhamento da execução de suas deliberações, dado que é por meio das conferências que se torna possível avaliar a situação da assistência social e propor diretrizes para os próximos anos.

Em consequência disso, se esta é uma das atribuições dos Conselhos e o Conselho Municipal de Assistência Social de Criciúma faz parte do Sistema Único de Assistência Social, uma vez que busca a consolidação da política socioassistencial em âmbito local, parte-se do pressuposto de que ele estaria deliberando acerca das proposições levantadas em suas Conferências.

Esse texto apresenta resultados que são parte de uma pesquisa mais abrangente que tem por escopo a participação popular e o controle social, no âmbito das políticas públicas e como instrumental de exercício e fortalecimento da cidadania.

Nesse sentido, para o estudo da temática no âmbito da política pública de assistência social, foi escolhido como objeto de análise a IX Conferência Municipal de Assistência Social de Criciúma, realizada nos dias 30 e 31 de julho de 2013, bem como o Conselho Municipal de Assistência Social de Criciúma, Santa Catarina, tendo como instrumentais o relatório desse evento e as 26 atas das reuniões dos conselheiros, sendo 20 de reuniões ordinárias e seis extraordinárias.

As atas são relevantes fontes de pesquisa pelo fato de as deliberações do Conselho Municipal de Assistência Social de Criciúma ocorrerem em reuniões plenárias, com o voto de maioria absoluta, ou, em casos específicos, com a presença de dois terços de seus membros (CRICIÚMA, 2008). Para o estudo destas, foi realizado um recorte cronológico que abrangeu o período de agosto de 2013 a setembro de 2015, sendo esse lapso temporal, por ora, considerado suficiente para o conhecimento do processo de articulação e encaminhamento da IX Conferência.

Do mesmo modo, considera-se o relatório da IX Conferência Municipal de Assistência Social significativo para o estudo, uma vez que esse instrumental possibilita o debate da sociedade juntamente ao poder público no que diz respeito à construção, realização e dificuldades na implantação da Política Nacional de Assistência Social no Município de Criciúma.

Ademais, destaca-se que as atas de reuniões dos conselheiros foram localizadas no próprio Conselho Municipal de Assistência Social de Criciúma. No entanto, sentiu-se dificuldade na aquisição do relatório da IX Conferência Municipal, bem como dos demais regulamentos que norteiam o Conselho. Tal contratempo se deu devido à sede do Conselho Municipal de Assistência Social se encontrar na Prefeitura Municipal de Criciúma, e no ano de 2015 terem ocorrido dois incêndios¹ nesse local, razão pela qual, para obtenção da documentação necessária para esta pesquisa, foi necessário entrar em contato com o Conselho Estadual de Assistência Social de Santa Catarina.

Portanto, o objetivo deste capítulo é verificar o potencial deliberativo do Conselho Municipal de Assistência Social de Criciúma, frente às proposições levantadas pela sociedade na IX Conferência deste mesmo município.

Posteriormente, diante da coleta do material necessário para o desenvolvimento da pesquisa, passou-se à análise dos dados, dividindo-se o texto em dois eixos distintos: 1º) os debates e proposições no processo preparatório

1 “Um incêndio atingiu o prédio da Prefeitura de Criciúma na madrugada desta quarta-feira (27/05/15). De acordo com o Corpo de Bombeiros, o fogo teve início por volta das 3h20min, na Divisão de Planejamento Físico Territorial (DPFT), localizado à esquerda de quem entra no prédio pela porta da frente. O fogo se espalhou rapidamente por grande parte do térreo do prédio, e cerca de 500 metros quadrados foram danificados” (LUDWIG, 2020).

da IX Conferência Municipal de Assistência Social de Criciúma e 2º) o processo deliberativo no Conselho Municipal de Assistência Social de Criciúma.

Para concretização da pesquisa, fez-se o uso da abordagem interdisciplinar, método dedutivo e técnicas de pesquisa documental e bibliográfica.

OS DEBATES E PROPOSIÇÕES NO PROCESSO PREPARATÓRIO DA IX CONFERÊNCIA MUNICIPAL DE ASSISTÊNCIA SOCIAL DE CRICIÚMA

O Conselho Municipal de Assistência Social de Criciúma, baseado no documento elaborado pelo Conselho Nacional que orienta a fase preparatória das Conferências municipais, estaduais e distritais (CRICIÚMA, 2013), realizou sua Pré-Conferência no dia 27 de agosto de 2013.

Esse recurso disponibilizado para o município de Criciúma permitiu que a sociedade juntamente do poder público discutisse previamente acerca das deliberações de conferências anteriores, preparando-os para o debate de cada eixo durante a IX Conferência Municipal de Assistência Social.

A realização dessa Pré-Conferência busca romper com a lógica assistencialista, caritativa e filantrópica da assistência social no município, possibilitando a construção de uma cultura marcada por uma série de mecanismos que viabilizem o acesso da sociedade aos espaços públicos, com direito a voz e fiscalização de suas ações.

Sposati (2007) e Campos (2020) consideram a assistência social política pública do Estado e direito da sociedade, sendo que, após a consolidação do SUAS, as pessoas tiveram a possibilidade de desfrutar dos programas e serviços da política socioassistencial.

O próprio ato do Conselho Municipal de Assistência Social de Criciúma de realizar uma conferência preparatória já demonstra o respeito ao artigo 18, § 2º, da Norma Operacional Básica/Sistema Único de Assistência Social (BRASIL, 2012), se configurando por sua vez como instrumento de controle social de Criciúma.

A fase preparatória da IX Conferência Municipal de Assistência Social de Criciúma oportunizou para a sociedade o debate dos seis eixos temáticos, que foram posteriormente tratados na própria IX Conferência, sendo que as deliberações inseridas nesses eixos foram aquelas propostas nos anos de 2005, 2007, 2009 e 2011.

No decorrer das discussões na Pré-Conferência, foram levantados em cada um dos eixos a lista de deliberações, a situação destas e o motivo por que caso não tenham sido implementadas, apresentando assim um leque de informações detalhadas de todo o processo desenvolvido na fase preparatória à IX Conferência Municipal.

Entre as deliberações do eixo 1, “O cofinanciamento obrigatório da assistência social”, se destaca a que visa garantir por meio de lei o percentual mínimo de 10% do orçamento geral das três esferas de governo para financiamento da assistência social, além dos recursos já disponibilizados ao Benefício de Prestação Continuada, em que tal demanda foi requisitada no ano de 2009 e se repetiu em 2011, cuja justificativa de sua não implementação foi a inexistência de lei regulamentando este percentual (CRICIÚMA, 2013).

Ocorre que o financiamento das ações do SUAS é feito conforme artigo 50 da NOB/SUAS nas três esferas do governo, ou seja, União, Estado e Município, entretanto, não é de responsabilidade deste último arcar com o financiamento do BPC, uma vez que é atribuição da União (art. 55, I, da NOB-SUAS) (BRASIL, 2012).

Outra questão levantada neste eixo 1 diz respeito à garantia de autonomia e gerenciamento dos recursos humanos (mediante concurso público), sendo deliberada no ano de 2009 e não implementada devido à falta de realização de concurso público (CRICIÚMA, 2013).

A autonomia, o protagonismo, o sentimento de pertencimento e tantas outras qualidades atribuídas às pessoas são resultantes de algo, neste caso de algum programa ou serviço da PNAS, que poderá proporcionar todas essas características, porém não é possível garantir isso sem um planejamento que tenha algo de concreto como pano de fundo.

O eixo 2, “Gestão do SUAS: vigilância socioassistencial, processo de planejamento, monitoramento e avaliação”, possui duas deliberações que foram discutidas na Conferência de 2009 e que não foram implementadas devido à falta de mobilização, sendo uma delas a criação de comissões locais de fiscalização de todos os serviços da rede socioassistencial (CRICIÚMA, 2013).

Essa proposição fere a concepção de cidadania participativa compreendida por Gohn (2005), visto que a autora concebe a participação como um processo de vivência, ou seja, como algo que faz parte da vida das pessoas, e não como uma ação isolada e duradoura que se encerra após cumprir com seu caráter “participativo”.

Ao se requisitar a criação de uma comissão fiscalizadora dos serviços socioassistenciais estão se ignorando os instrumentos de controle social que a PNAS propõe, como também está se desconsiderando o espaço participativo do Conselho Municipal de Assistência Social de Criciúma, pois uma comissão se cria e se encerra, já a fiscalização por meio desses mecanismos socioassistenciais se dá cotidianamente na vida das pessoas (BRASIL, 2004).

A outra deliberação deste eixo, em que, segundo o instrumental 1 do Conselho Municipal de Assistência Social, faltou mobilização para sua realização (CRICIÚMA, 2013), se relaciona à elaboração de diagnóstico do município de Criciúma para planejamento de políticas públicas.

O eixo 3, “A gestão do trabalho”, foi o que mais trouxe deliberações, destacando-se duas por se repetirem nos anos de 2009 e 2011, e por terem como justificativa novamente a falta de mobilização (CRICIÚMA, 2013).

A primeira demanda solicitou a criação de espaços de participação (seminários, fóruns, encontros) e a segunda requisitou o reconhecimento dos facilitadores e orientadores sociais do Serviço de Convivência e Fortalecimento de Vínculos como trabalhadores do SUAS, indo ambas de encontro ao papel atuante de proposição nas Conferências municipais (CRICIÚMA, 2013).

As Conferências se caracterizam como ato ou efeito de discutir questões de interesse público, sendo as de assistência social responsáveis ainda pelo debate acerca da política pública socioassistencial (MADEIRA, 2006). Uma vez que as proposições levantadas se constituem meras afirmações sem pla-

nejamento e propósito de se tornarem serviços ou programas ofertados para a sociedade, este espaço acaba perdendo sua identidade participativa.

O eixo 4, “Gestão dos serviços, programas e projetos”, teve algumas de suas deliberações implementadas, estando entre elas a promoção de participação popular no planejamento estratégico dos projetos, programas, serviços e benefícios da assistência social, tendo como base a NOB/SUAS para sua efetivação (BRASIL, 2013).

No entanto, essa questão não deveria ser colocada em discussão numa Pré-Conferência ou Conferência, pois o artigo 114 da NOB-SUAS estabelece que a participação social deve se configurar como estratégia de gestão do SUAS (BRASIL, 2012), logo, não precisaria elencar isso como uma deliberação coletiva, já que por si só ela já está presente na normativa.

O eixo 5, “Gestão dos benefícios do SUAS”, trouxe entre suas deliberações a necessidade de alteração da lei municipal do Programa de Garantia de Renda Familiar Mínima, com vistas à ampliação do acesso de qualidade de serviço debatida na Conferência em 2011, não sendo realizada devido à falta de recursos financeiros (CRICIÚMA, 2013).

Ao se justificar a não alteração de lei municipal devido à inexistência de recursos, está se desrespeitando o caráter deliberativo do Conselho Municipal de Assistência Social, já que, detendo o poder de decisão nos assuntos de sua competência (SILVA, 2004), poderia ter acionado o órgão responsável por essa modificação.

O eixo 6, “Regionalização”, por fim, não foi abordado nas conferências anteriores, sendo pela primeira vez levantado na IX Conferência, razão pela qual não se teve discussão nem deliberação em sua fase preparatória (CRICIÚMA, 2013).

Nesse sentido, cabe enfatizar que o objetivo até o momento não foi analisar de maneira pormenorizada cada um dos eixos da Pré-Conferência, mas apenas destacar algumas questões que mereciam ser dialogadas para melhor compreensão da atuação do Conselho no município de Criciúma.

Diante disso, no final do relatório desta fase prévia à IX Conferência Municipal de Assistência Social de Criciúma, foi realizada uma avaliação geral

pelo órgão gestor da assistência social e pelo Conselho, sendo ambas otimistas frente à consolidação da política socioassistencial no âmbito local.

De acordo com a observação do órgão gestor da assistência social, “de modo geral, pode-se afirmar que algumas estratégias adotadas estão possibilitando a consolidação da PNAS no município de Criciúma” (CRICIÚMA, 2013, p. 15), demonstrando uma análise positiva em relação aos serviços e programas ofertados dentro do SUAS.

Do mesmo modo, o Conselho Municipal de Assistência Social de Criciúma aduziu estar satisfeito com seu desempenho enquanto espaço participativo, como também no processo de realização da fase prévia à IX Conferência Municipal,

[...] as ações delineadas e desempenhadas na área da assistência social enfatizaram a descentralização dos serviços, a democratização das decisões, a participação do usuário e orientadas pelas deliberações do CMAS. O Conselho vem desempenhando seu papel, haja vista que todas as ações desenvolvidas e os recursos utilizados na área de assistência social do município são por ele regulamentados e fiscalizados. [...] A participação dos usuários no planejamento das ações nos debates, quando solicitadas, tem sido bastante expressiva e participativa. (CRICIÚMA, 2013, p. 16)

Em vista disso, percebe-se que existe uma contradição entre a concepção do Conselho Municipal de Assistência Social no que diz respeito a seu trabalho em Criciúma e as deliberações discutidas na Pré-Conferência, restando pensar que se fazem necessárias tanto uma capacitação dos conselheiros conforme a Norma Operacional Básica/Recursos Humanos (BRASIL, 2006) quanto uma maior divulgação e esclarecimento da PNAS e de suas peculiaridades para a sociedade.

A partir daí, os indicativos serão substituídos por discussões mais aprofundadas, com teor deliberativo; por conseguinte, as ações a partir desses

debates serão voltadas para decisões concretas que visem realmente ao alcance de seus resultados.

Isso porque, quando a sociedade se sente parte do processo e sabe de que maneira pode atuar, acaba existindo maior engajamento e participação, contribuindo para que esta se sinta, de acordo com Gohn (2005), protagonista de sua história, responsável pelas questões à sua volta, desempenhando e desenvolvendo nova cultura política.

Ao analisar as atas do Conselho Municipal de Assistência Social de Criciúma (CRICIÚMA, 2015), verificou-se que em nenhum momento foi levantado em sua pauta de reuniões algo referente a este evento preparatório, o que pode indicar a falta de organização prévia acerca da questão.

Por outro lado, observou-se nas atas (n. 184/15 e n. 185/15) do Conselho Municipal uma mobilização para organização de comissão responsável por acompanhar e articular a X Conferência Municipal que se realizou no dia 29 de julho de 2015 (CRICIÚMA, 2015), que devido a todo esse empenho acabou contando com sete Pré-Conferências, sendo uma em cada unidade do Centro de Referência de Assistência Social e uma para os trabalhadores do SUAS.

Essa comparação corrobora o que Cavalcante (2001) entende por atuação do Conselho, pois para o autor este espaço não é criado para cumprir com requisitos legais ou para servir como “cabide de emprego”, mas possui uma responsabilidade social, uma vez que detém o poder de organização, articulação, fiscalização e deliberação das questões socioassistenciais.

Por esse motivo, percebeu-se que, quando o Conselho Municipal de Assistência Social de Criciúma realiza um planejamento e cria comissões incumbidas pela elaboração de estratégias que buscam aproximar a sociedade da política socioassistencial, os resultados tanto dos eventos preparatórios quanto da Conferência em si são muito mais satisfatórios, pois as pessoas acabam reconhecendo o Conselho como uma ferramenta eficaz de controle social.

O PROCESSO DELIBERATIVO NO CONSELHO MUNICIPAL DE ASSISTÊNCIA SOCIAL DE CRICIÚMA.

O Conselho Municipal de Assistência Social, conforme suas atribuições legais e regimentais, é responsável pela discussão e decisão referente às proposições levantadas em suas reuniões plenárias, devido a seu caráter deliberativo. Por esse motivo, para a estruturação do processo deliberativo no Conselho Municipal de Assistência Social de Criciúma, como destacado anteriormente, foram analisados o relatório da IX Conferência Municipal de Assistência Social e as atas do Conselho referentes ao período de agosto de 2013 a setembro de 2015, objetivando ao alcance das propostas do item de análise.

Nos dias 30 e 31 de julho de 2013, foi realizada a IX Conferência Municipal de Assistência Social no município de Criciúma, cuja organização se deu por meio do Conselho Municipal de Assistência Social, que posteriormente elaborou um relatório em conformidade com o instrumental 2, documento de orientação do Conselho Nacional, a fim de elencar todas as proposições ali discutidas (CRICIÚMA, 2013).

Nas atas do Conselho Municipal de Assistência Social não foram encontradas nenhuma discussão acerca da organização ou planejamento desta Conferência em Criciúma (CRICIÚMA, 2015), fazendo com que isso se torne um ponto preocupante, uma vez que o evento contou com a participação de 324 pessoas, distribuídas entre sociedade e poder público, que discutiram nesses dois dias acerca de diversas temáticas inseridas de acordo com os seis eixos propostos.

Levando em consideração que o município de Criciúma no ano de 2010 possuía uma população estimada em 192 mil habitantes (BRASIL, 2020), e ainda que a PNAS possui um caráter universal, uma vez que se constitui como direito de todos, cabe interrogar o baixo índice de participação das pessoas na IX Conferência Municipal.

A partir disso se questiona o nível de participação das pessoas nas esferas coletivas locais, visto que pode revelar a apatia diante das questões de interesse comum, como resultante do predomínio no município de Criciúma

da cultura hegemônica democrática (SANTOS; AVRITZER, 2002), gerando com isso um desinteresse das pessoas quanto aos instrumentos de cidadania participativa e uma tendência para a utilização da representação por meio do voto como a única maneira de exercício da soberania popular.

No entanto, o número de pessoas na IX Conferência Municipal de Assistência Social de Criciúma não induz à falta de qualidade das proposições defendidas, nesse sentido, algumas questões novas foram debatidas, assim como outras foram repetidas, fazendo com que houvesse uma mistura de ideias e demandas para serem deliberadas pelo Conselho acerca de cada eixo.

O eixo 1, “Cofinanciamento obrigatório da Assistência Social”, objetivou

[...] avaliar o atual quadro da gestão orçamentária e financeira; fortalecer o orçamento próprio para o cofinanciamento da política de assistência social; promover o conhecimento sobre o ciclo orçamentário e suas peças, bem como prazos e interlocutores e afirmar junto aos gestores o compromisso do cofinanciamento da política de assistência social por meio de mecanismos institucionais e outros, tomando como premissa o exercício do controle social. (CRICIÚMA, 2013, p. 17)

Nota-se que o propósito desse eixo foi discutir o financiamento das ações socioassistenciais num novo cenário conquistado com a PNAS, que, conforme Yasbek (2006), rompe com paradigmas de segmentação, fragmentação, focalização e leva em consideração as demandas e anseios do território como também das famílias.

Como principal avanço as pessoas que debateram o eixo 1 consideraram o pagamento dos profissionais com recursos federais um destaque, entretanto, por outro lado, como dificuldade elencaram a inexistência de garantia de financiamento como um dos mais complexos no município de Criciúma. Porém, embora tenha sido abordado como um obstáculo este item da falta de financiamento, nada foi discutido ou sugerido como possível solução ou amenização do problema.

Para Gohn (2005), existe por parte da sociedade amplo consenso de que se deve esperar que o Estado aja diante das adversidades, sendo que isso acaba impossibilitando o desenvolvimento de práticas desalienadoras e autônomas por parte das pessoas.

No que diz respeito às proposições novas (quadro 1) para o município de Criciúma, ou seja, todas aquelas que não foram apresentadas nem discutidas em conferências anteriores, percebeu-se um empenho por parte das pessoas deste eixo em materializar e efetivar o SUAS em âmbito local.

Entre estas deliberações, merece destaque a que sugere a criação de um cronograma de acompanhamento das deliberações levantadas nas Conferências, com frequência de seis meses, uma vez que a fiscalização e controle das decisões advindas do que foi discutido nas Conferências deve ser realizado mensalmente, a cada reunião, pois sendo o Conselho um mecanismo de controle social, este possui o dever de ser um espaço que ouve e delibera a respeito do que a sociedade deseja e necessita.

Isso vai de encontro ao que Trajano e Ramalho (2020) defendem, pois para as autoras a PNAS se destaca justamente por criar locais em que a sociedade tem a possibilidade de interferir nas políticas públicas, além de possuir o direito de acompanhar e avaliar as deliberações resultantes destas discussões por parte do Conselho.

Quadro 1 – Proposições novas para o município de Criciúma

Eixo 1: Cofinanciamento obrigatório da Assistência Social
– Criação de cronograma de acompanhamento das deliberações da Conferência Municipal de Assistência Social, pelo Conselho Municipal de Assistência Social, com frequência mínima de 6 meses.
– Revisão imediata dos valores atualmente repassados pelo Governo Federal e Estadual ao Município, ampliando o repasse de acordo com a realidade de cada Município, garantindo a continuidade dos serviços.
– Garantia de financiamento anual dos três entes federados para a construção/adequação dos espaços físicos e aquisição de materiais permanentes, para o atendimento dos usuários do SUAS.

Continua...

Continuação

Eixo 1: Cofinanciamento obrigatório da Assistência Social

- Encaminhar projeto de lei ao Poder Legislativo Municipal, adequando a legislação ao SUAS e definindo percentual mínimo 10% de financiamento à Política Pública de Assistência Social.
- Criação do portal da transparência da aplicação dos recursos na área da assistência social no âmbito Municipal e Estadual, e as deliberações de acompanhamento pelo CMAS.
- Garantir o BPC a pessoa com deficiência independente da renda familiar.
- Garantir valores diferenciados aos beneficiários do BPC que necessitem de cuidadores na seguinte proporção: BPC mais 25% a pessoa com deficiência grau II e BPC mais 50% para grau III.

Fonte: Relatório da IX Conferência Municipal de Assistência Social de Criciúma.

Elaboração: Juliana Paganini. Criciúma – SC, 2015.

Ao se analisarem as atas do Conselho Municipal de Assistência Social de Criciúma no período de agosto de 2013 a setembro de 2015, constatou-se que, das proposições elencadas pela sociedade no eixo 1 da IX Conferência Municipal, nenhuma delas foi deliberada pelo Conselho, a que mais se aproximou da proposição “garantir o BPC a pessoa com deficiência independente da renda familiar” foi uma solicitação feita pelos conselheiros da realização de um pré-diagnóstico da realidade das pessoas com deficiência no município de Criciúma (ata n. 168/14) (CRICIÚMA, 2015).

Tal constatação sugere certo desencontro entre as ações do Conselho Municipal de Assistência Social e as questões discutidas e elencadas pela sociedade como importantes para deliberação, o que pode contribuir para o enfraquecimento participação pessoas das próximas Conferências, à medida que percebem que suas demandas não estão sendo ouvidas.

As propostas do eixo 2, “Gestão do SUAS: vigilância socioassistencial”, buscam

[...] avaliar e compreender a concepção da vigilância socioassistencial, processos de planejamento, monitoramento e avaliação, para o aprimoramento da gestão do

SUAS, tomando como premissa o exercício do controle social e discutir e analisar a operacionalização da vigilância socioassistencial, enfocando a utilização de todos os sistemas de informação, da organização do diagnóstico socioterritorial e do mapeamento de vulnerabilidades. (CRICIÚMA, 2013, p. 18)

Este segundo eixo está mais relacionado com o controle que a sociedade pode desenvolver por parte das ações socioassistenciais, rompendo com a perspectiva inversa, em que o Estado detendo o poder em suas mãos, acabava controlando as pessoas por meio de mecanismos jurídicos e políticos.

Os debatedores deste eixo consideraram como principal conquista a elaboração de um projeto piloto para implantação do sistema de informação no município e como empecilho a falta de equipe técnica efetiva, demonstrando que o avanço destacado acaba sendo impedido de ser consolidado devido à dificuldade de pessoas especializadas para tal ação.

As novas propostas ressaltadas no eixo 2 (quadro 2) caminham para uma concepção mais de divulgação dos direitos socioassistenciais ofertados no município de Criciúma e para a importância da participação da sociedade no processo de sedimentação e fortalecimento da PNAS em âmbito local.

Merece ser repensada a formação continuada apontada como uma das proposições do eixo 2, uma vez que tal direito não é novidade na assistência social, já que a NOB/RH estabeleceu desde sua criação, no capítulo relacionado às diretrizes nacionais para os cargos de carreira, cargos e salários como um de seus princípios à educação permanente, ou seja, a qualificação continuada para os trabalhadores do SUAS (BRASIL, 2006).

Quadro 2 – Proposições novas para o município de Criciúma

Eixo 2: Gestão do SUAS: Vigilância Socioassistencial, Processos de Planejamento, Monitoramento e Avaliação
– Formação continuada dos trabalhadores do SUAS.
– Suporte direto do CMAS dentro dos Conselhos populares territoriais com assessoria para os usuários visando a sua representatividade no controle social.

Continua...

Continuação

Eixo 2: Gestão do SUAS: Vigilância Socioassistencial, Processos de Planejamento, Monitoramento e Avaliação
- Articulações intersetoriais entre as Políticas Públicas de direito.
- Implantação e implementação do setor vigilância socioassistencial com equipe efetiva para planejamento monitoramento e avaliação.
- Elaboração de cartilhas para informação aos usuários dos serviços com linguagem apropriada ao seu entendimento.
- Publicização do acompanhamento das ações desenvolvidas.

Fonte: Relatório da IX Conferência Municipal de Assistência Social de Criciúma.

Elaboração: Juliana Paganini. Criciúma – SC, 2015.

Ressalta-se a articulação intersetorial entre políticas públicas de direito, dado que este princípio já está elencado no artigo 3º da NOB/SUAS, estabelecendo a necessidade de integração e articulação da rede socioassistencial com as demais políticas e órgãos setoriais (BRASIL, 2012), ou seja, esta articulação não deve se limitar às políticas públicas de direito, mas se estender a todas as demais responsáveis pela efetivação dos direitos socioassistenciais.

Este eixo foi um dos que mais teve a atenção do Conselho Municipal de Assistência Social de Criciúma, pois algumas de suas proposições foram deliberadas em reunião ordinária, sendo uma delas a capacitação continuada para os trabalhadores do SUAS, discutida no dia 16 de outubro de 2013 (ata n. 163/13) (CRICIÚMA, 2015) e realizada visando preparar os profissionais para o atendimento e oferta de serviços para o público usuário, fortalecendo por isso a PNAS em nível local.

Outra questão que foi deliberada pelo Conselho Municipal nesse mesmo dia foi a implementação da vigilância socioassistencial em Criciúma, em razão de ter sido objeto de debate pelas pessoas que fizeram parte deste eixo 2, colaborando para que mais uma vez a sociedade se conscientize de sua responsabilidade enquanto ator participativo.

É por isso que, quando Guarinello (2003) destaca a essência da nova cidadania, ele não está aduzindo ou defendendo um esquecimento ou

desconsideração da questão representativa ou semidireta, mas evidenciando esse caráter participativo, público, impessoal, que por sua vez não é dado para a sociedade, mas construído e descoberto por ela.

O eixo 3, “Gestão do trabalho”, discutido na IX Conferência Municipal de Assistência Social, procurou

[...] avaliar e reafirmar a concepção de gestão do trabalho para o aprimoramento da gestão do SUAS e qualificação dos serviços, programas, projetos, benefícios, tomando como premissa o exercício do controle social; discutir a gestão do trabalho na perspectiva da implantação de quadros efetivos de funcionários, de planos de cargos, carreiras, salários, de concurso público e qualificar o debate sobre a educação permanente na assistência social. (CRICIÚMA, 2013, p. 18)

Há de se reconhecer como um dos documentos norteadores deste eixo a NOB/RH, pois por meio dela se consegue visualizar uma preocupação com a qualificação e organização dos trabalhadores do SUAS visando tanto garantir os direitos dessas pessoas quanto fortalecer a oferta dos programas e serviços socioassistenciais para os usuários da PNAS.

Como melhorias na área da assistência social no município de Criciúma, destacaram-se o aumento do número de CRAS, a reforma dos já existentes e a criação do Centro de População em situação de rua (CENTRO POP). Uma das principais dificuldades neste eixo 3 relaciona-se ao quadro efetivo de funcionário inexpressivo e à falta de realização de concurso público.

A fragilidade da gestão do trabalho pode se refletir diretamente nos serviços prestados aos usuários da PNAS, de modo a contribuir para que os profissionais se sintam desmotivados e desengajados com o plano coletivo de luta pela garantia dos direitos socioassistenciais no município.

Neste eixo 3 (quadro 3) foram levantadas algumas discussões relacionadas aos educadores, secretarias, bem como a formação de trabalhadores que atuam no SUAS, enfatizando o direito dessas pessoas de desfrutarem das capacitações sem prejuízo dos rendimentos, como bem preceitua a NOB/RH.

Nota-se que algumas proposições colocadas como demandas deste eixo 3 não estão claras, como é o caso do reconhecimento de profissionais ligados à área da assistência social, pois este desejo não é objeto de sugestão para posterior deliberação pelo Conselho Municipal de Assistência Social, mas para essa solicitação faz-se necessário um trabalho de conscientização da sociedade no que diz respeito ao papel destes trabalhadores como propulsores da política socioassistencial no município.

Quadro 3 – Proposições novas para o município de Criciúma

Eixo 3: Gestão do trabalho
– Reconhecer os facilitadores/educadores sociais, orientadores sociais do Serviço de Convivência e Fortalecimento de Vínculos como trabalhadores do SUAS, e apoio (limpeza, cozinha, recepcionista, telefonista e auxiliar administrativo).
– Planejamento integrado entre as secretarias de: saúde, assistência social, educação e secretarias afins para um trabalho em rede.
– Equipe de referência para o cadastro único – Programa Bolsa Família.
– Fomentar a criação de cursos para formação de trabalhadores (facilitadores/ educador social/ cuidadores).

Fonte: Relatório da IX Conferência Municipal de Assistência Social de Criciúma.

Elaboração: Juliana Paganini. Criciúma – SC, 2015.

Uma vez cientes da estrutura que compõe o SUAS e da função dos profissionais na oferta dos programas e serviços elencados pela política socioassistencial, a sociedade poderá se tornar mais atuante e participativa, posto que vislumbrará a força que possui trabalhando em conjunto com esses profissionais em prol de um objetivo comum: garantir a efetivação dos direitos socioassistenciais a todos.

No que diz respeito à deliberação pelo Conselho Municipal de Assistência Social de Criciúma em relação a alguma das proposições debatidas no eixo 3, ao se analisarem as atas (CRICIÚMA, 2015), não se observa algo que se aproximasse do que foi sugerido pela sociedade nesse espaço. Entretanto, na reunião do dia 21 de agosto de 2013 (ata n. 160/13) (CRICIÚMA, 2015),

houve o questionamento em relação ao fato de as deliberações do Conselho Municipal de Assistência Social de Criciúma estarem sendo vetadas pelo governo, impedindo que haja o desempenho de suas funções.

Apesar de nada ter sido feito para averiguar essa questão, inclusive não se discutindo mais a respeito disso nas outras reuniões do Conselho, essa desconfiança levantada pela conselheira é algo preocupante, pois ao governo cabe um trabalho conjunto com a sociedade e não uma relação de rivalidade. Para Dagnino (2004), quando o Estado age de modo fragmentado e descolado da sociedade, suas decisões acabam sendo contrárias aos anseios e demandas das pessoas, fazendo com que haja, nesse caso específico, um enfraquecimento da PNAS e, conseqüentemente, da garantia dos direitos socioassistenciais.

O debate do eixo 4, “Gestão dos serviços, programas e projetos”, objetivou

[...] avaliar do ponto de vista do controle social os processos de acompanhamento dos serviços, programas e projetos ofertados pela rede socioassistencial, tendo em vista a qualidade e efetividade dessas ofertas; avaliar a gestão dos processos de articulação e integração entre serviços, programas e projetos tomando como parâmetro os níveis de complexidade do SUAS: proteção social básica e especial e avaliar a organização dos serviços, programas e projetos, a partir da sua estrutura: territorialidade, equipe de referência, acessibilidade, equipamentos e horários de funcionamento. (CRICIÚMA, 2013, p. 19)

Este eixo se baseia no controle social, ou seja, na participação da sociedade no planejamento, organização e fiscalização das ações por parte do Estado, interferindo no rumo das políticas públicas, fazendo parte do processo decisório que antes do SUAS se dava de maneira unilateral e monopolizada.

Quando se traz para a discussão a necessidade de participação das pessoas diante dos acontecimentos sociais, em especial no que se refere à política socioassistencial, não está se ignorando ou desconsiderando o papel fundamental da representação como conquista para o Estado Democrático de

Direito, mas o que se defende, como menciona Vieira (2013), é a ampliação das formas de atuação cidadã.

Entre as principais conquistas para o município de Criciúma, este eixo considerou a realização dos serviços de acordo com a Tipificação, planejamento estratégico de ações com a participação dos usuários e trabalhadores, como também o plano de aplicação dos recursos de acordo com as ações propostas no planejamento estratégico. Todavia, como entraves, estiveram presentes o quadro efetivo de funcionários inexpressivo e a falta de realização dos concursos públicos em nível local, demonstrando semelhança de dificuldades com o eixo anterior.

As proposições deste eixo foram um pouco mais amplas que as dos demais, que pode ser explicado devido à temática “gestão dos serviços, programas e projetos” se caracterizar como algo bem geral e ao mesmo tempo peculiar, fazendo com que as discussões se tornassem por isso mais prolongadas (quadro 4).

Percebeu-se que no eixo 4 a realização de concurso público se destacou como algo de extrema urgência, sendo inclusive a primeira das proposições levantadas pelas pessoas que estavam na IX Conferência Municipal de Assistência Social, razão pela qual é algo que merece ser analisado mais detalhadamente.

Quadro 4 – Proposições novas para o município de Criciúma

Eixo 4: Gestão dos Serviços, Programas e Projetos
– Realização imediata de concurso público, para a efetivação de equipe Interdisciplinar de acordo com a NOB-RH e a resolução de n. 17 do Conselho Nacional de Assistência Social.
– Contratação e adequação da equipe de referência para a Proteção Social Básica e Especial.
– Capacitação continuada para todos os trabalhadores do SUAS.
– Divulgação de todos os serviços através de toda a rede de comunicação a fim de acessar os serviços, programas, projetos e benefícios socioassistenciais.

Continua...

Continuação

Eixo 4: Gestão dos Serviços, Programas e Projetos
– Ampliação das oficinas para a realização do PAIF.
– Garantir a implantação de centro dia para os idosos.
– Garantir através dos centros de capacitações governamentais e não governamentais, cursos profissionalizantes às famílias participantes dos serviços socioassistenciais, a fim de garantir trabalho e renda.
– Incentivo financeiro e mecanismos atrativos e dinâmicos aos participantes do Projovem adolescente.
– Revisão da lei de licitações para a desburocratização a fim de agilizar o processo.
– Realizar mapeamento de territórios em vulnerabilidade, para garantir a implantação de novos CRAS com equipes de acordo com a demanda levantada.
– Construção, ampliação e adequação dos espaços físicos dos equipamentos e materiais (bens duráveis) da assistência social.
– Realizar parcerias com os equipamentos sociais já existentes a fim de ampliar e qualificar os serviços, programas e projetos da rede socioassistencial.

Fonte: Relatório da IX Conferência Municipal de Assistência Social de Criciúma.

Elaboração: Juliana Paganini. Criciúma – SC, 2015.

Quando há a contratação de profissionais para atuarem no âmbito da política socioassistencial por meio de concurso público, muitas contribuições são visualizadas, tanto para os usuários quanto para os próprios trabalhadores do SUAS, sendo a principal delas a estabilidade profissional e a efetiva oferta de programas e serviços para as pessoas, formando assim um grupo de trabalhadores sem rotatividade.

A NOB/RH do mesmo modo estabeleceu entre seus princípios o concurso público como forma de acesso à carreira, assim como determinou que, conforme as atribuições de cada nível de gestão do SUAS, compete a este contratar e manter um quadro profissional competente e qualificado academicamente, tendo como meio de ingresso a prova de concurso (BRASIL, 2006).

Se essa proposição é algo tão presente nos documentos do SUAS, assim como tão requisitada pela sociedade, resta saber se o Conselho Municipal de Assistência Social de Criciúma realizou alguma ação para que essa demanda fosse efetivada, reconhecendo e fazendo com que as pessoas se sintam partes do processo de consolidação da política socioassistencial do município.

Ao se analisarem as atas do Conselho Municipal de Assistência Social de Criciúma, verificou-se que, apesar de ser levantada a discussão da necessidade de concurso público para a equipe do SUAS no dia 16 de outubro de 2013 (ata n. 163/13) (CRICIÚMA, 2015), o Ministério Público do Município não foi acionado, uma vez que este órgão é responsável pela defesa dos direitos difusos e coletivos (JORGE NETO, 2020).

Por outro lado, as proposições levantadas neste eixo 4, que sugeriram a capacitação continuada e a contratação de equipes que ainda não estão completas, foram realizadas pelo Conselho Municipal, sendo colocadas em pauta no mesmo dia em que foi discutida a necessidade da realização de concurso público.

No que se refere ao Projovem, a discussão que mais se aproximou da proposição “incentivo financeiro e mecanismos atrativos e dinâmicos aos participantes do Projovem adolescente” foi a aprovação do plano de aplicação e ações do Projovem, debate este travado pelo Conselho no dia 21 de agosto de 2013 (ata n. 160/13) (CRICIÚMA, 2015).

A “revisão da lei de licitações para a desburocratização a fim de agilizar o processo” foi uma das proposições elencadas pela sociedade encarregada por debater a temática do eixo 4, sendo que, embora esta não tenha sido deliberada pelo Conselho Municipal, no dia 19 de fevereiro de 2014 (ata n. 167/14) (CRICIÚMA, 2015) os conselheiros questionaram os processos burocráticos que acabam atrasando suas ações, bem como engessando as decisões do Conselho.

Uma questão que sobressaiu neste eixo refere-se à implantação de novos CRAS, uma vez que mesmo o Conselho Municipal não deliberando a respeito disso, na reunião extraordinária realizada no dia 4 de setembro de 2013 (ata n. 161/13) (CRICIÚMA, 2015) foi levantado que os usuários da PNAS ainda não possuem clareza do papel do CRAS no bairro.

O eixo 5, “Gestão dos benefícios do SUAS”, empenhou-se em

[...] avaliar do ponto de vista do controle social os processos de acompanhamento da gestão dos benefícios e transferências de renda; avaliar e fortalecer a gestão dos benefícios e transferência de renda na assistência social, na perspectiva da garantia dos direitos dos (as) usuários (as) e da consolidação do SUAS e avaliar a gestão dos processos de articulação e integração entre serviços, benefícios e transferências de renda, na perspectiva da intersetorialidade com as demais políticas públicas. (CRICIÚMA, 2013, p. 20)

O que se evidencia nesse eixo é a relação que se fez entre a gestão e o controle social, ou seja, existe o reconhecimento de que a administração, fiscalização e decisão das questões referentes a PNAS e seus programas, serviços, projetos, devem estar nas mãos da sociedade, em que esta pode realizar tais ações por meio do Conselho, Conferência, Audiências Públicas, entre outros mecanismos.

As propostas do eixo 5 (quadro 5) foram menores que as dos demais eixos, estando direcionadas para a melhora de alguns programas que o grupo responsável pela discussão dessa temática, considerou necessário, levantando como pontos positivos a discussão no Conselho Municipal da criação da lei de benefícios eventuais e a estruturação do setor de benefícios na secretaria municipal e como obstáculos nada foi mencionado.

Quadro 5 – Proposições novas para o município de Criciúma

Eixo 5: Gestão dos benefícios do SUAS
– Implantação dos serviços de proteção em situação de calamidade pública e de emergência, articulado intersetorialmente com cofinanciamento das esferas de Governo.
– Efetivação dos programas BPC/Escola e BPC/Trabalho.
– Humanizar a forma de pagamento do Programa Renda Mínima e ampliar a inclusão de famílias beneficiárias.

Fonte: Relatório da IX Conferência Municipal de Assistência Social de Criciúma.

Elaboração: Juliana Paganini. Criciúma – SC, 2015.

É de se estranhar este eixo não ter levantado nenhuma dificuldade no que diz respeito à gestão dos benefícios do SUAS, pois elenca três proposições um tanto quanto vagas, que não determinam ou esclarecem de que maneira seu processamento se dará, impossibilitando a visualização de sua efetivação na prática.

Entre as proposições discutidas no eixo 5, foi deliberada pelo Conselho Municipal, na reunião extraordinária do dia 4 de setembro de 2013, a proteção em situações de calamidade pública e emergências e benefícios eventuais de vulnerabilidade temporária, passando a vigorar a partir de 1º de janeiro de 2014, demonstrando que nesse caso o Conselho cumpriu com sua prerrogativa decisória, sendo que quanto as demais questões, nada foi mencionado.

O eixo 6, “Regionalização”, último da IX Conferência Municipal, focou suas discussões com a finalidade de

[...] avaliar e fortalecer a gestão compartilhada e integrada dos entes federados, visando à garantia da integralidade de acesso às proteções, resguardando as diversidades regionais, culturais e étnicas; promover debate sobre o desafio da intersetorialidade das políticas públicas, na perspectiva da regionalização e reconhecer as diversas realidades socioeconômicas, culturais e étnicas e suas expressões (questão fronteiriça, imigração, migração, grandes obras e megaeventos) tendo em vista a garantia dos direitos socioassistenciais. (CRICIÚMA, 2013, p. 21)

Este eixo considera relevante a observação e tratamento diferenciado de cada território, dado que as demandas, anseios, dificuldades se alteram conforme o contexto político, social e econômico das pessoas de determinada região, não fazendo sentido a oferta de programas e serviços em massa, sem levar em consideração essas questões.

No entanto, cabe esclarecer que este eixo não discute a destinação de programas e serviços apenas para algumas pessoas, em respeito ao artigo 3º

da NOB/SUAS (BRASIL, 2012), considera o princípio da universalidade como ferramenta que busca a garantia da dignidade e autonomia para todas as pessoas, sem discriminação de qualquer espécie.

As discussões do eixo 6 (quadro 6) relacionam-se com o que Ribeiro (2012) entende por diversidade brasileira, já que para o autor a PNAS, em sua elaboração e consolidação buscou respeitar as peculiaridades de cada localidade, demonstrando um comprometimento com os usuários do SUAS.

Quadro 6 – Proposições novas para o município de Criciúma

Eixo 6: Regionalização
– Aumentar o número de CRAS e redefinir os territórios.
– Criar projetos respeitando a realidade sociocultural de cada território.
– Projeto de ampliação ao atendimento e acompanhamento a pessoas em situação de rua e migrantes.

Fonte: Relatório da IX Conferência Municipal de Assistência Social de Criciúma.

Elaboração: Juliana Paganini. Criciúma – SC, 2015.

Ao propor a observância da realidade de cada território, este eixo acaba possibilitando às pessoas um sentimento de pertencimento em relação à PNAS, pois a oferta dos programas e serviços não se dará de forma descolada e isolada, mas de modo que os usuários se identifiquem enquanto cidadãos, proporcionando um sentimento de luta por seus direitos.

Das três proposições debatidas pela sociedade no eixo 6, apenas uma foi realizada pelo Conselho Municipal, ou seja, a elaboração de projetos de acordo com a situação de cada território, sendo discutida em reunião extraordinária (ata n. 165/13) (CRICIÚMA, 2015) no dia 2 de dezembro de 2013, verificando-se com isso o respeito dos conselheiros quando o assunto se refere a realidade sociocultural de cada região.

No que diz respeito ao relatório elaborado pelo Conselho Municipal de Assistência Social de Criciúma, foram elencados os principais avanços. Quanto às dificuldades, nada foi mencionado, não significando, porém, a

inexistência destas, questionando-se o porquê deste ocorrido, uma vez que se considera complexo este olhar diferenciado para cada território, fazendo com que ao mesmo tempo não exista a violação de direitos.

Ao final deste documento, foi realizada uma avaliação geral do encontro, ocorrendo o destaque dos pontos positivos, estando entre eles a expressiva participação dos usuários na Pré-Conferência e na IX Conferência Municipal de Assistência Social de Criciúma, bem como a apropriação da temática por parte dos usuários contribuindo nas discussões e proposições.

Ocorre que, quando se realiza um comparativo entre o número de habitantes de Criciúma e o de pessoas que participaram da IX Conferência, se verifica, conforme já apontado, uma desproporcionalidade, como também um baixo índice participativo, deduzindo-se com isso que não foi percebido tal situação ou não se desejou expor no papel de maneira clara e explícita.

Quanto aos pontos negativos, nada foi apontado, por outro lado, no que diz respeito às sugestões para futuras Conferências, priorizaram-se duas questões: a continuidade da realização de Pré-Conferências e a elaboração de comissão para preparação da Conferência em si, encerrando após estas considerações a IX Conferência Municipal de Assistência Social de Criciúma.

A partir disso, verificou-se que o Conselho Municipal de Assistência Social de Criciúma cumpriu com as questões formais tanto com a realização de Pré-Conferência e elaboração do relatório especificando as atividades desenvolvidas neste espaço quanto com a IX Conferência Municipal e discussão em seus eixos temáticos, documentando tal experiência de cidadania participativa posterior a este acontecimento.

Todavia, quando se refere à sua função deliberativa, este instrumento de controle social da PNAS encontrou obstáculos, pois, conforme visto, na relação de proposições elencadas pela sociedade como prioritárias para a agenda do município, a grande maioria não foi nem mesmo mencionada nas atas das reuniões do Conselho, fazendo com que haja preocupação com a construção da cidadania participativa no âmbito do SUAS.

Ao se realizar uma análise geral das atas de reuniões ordinárias e extraordinárias, verificou-se a prevalência de assuntos relacionados ao cadastro

de entidades, requisições de verbas, bem como aprovação de atas das reuniões anteriores (CRICIÚMA, 2015).

Portanto, embora se reconheça a cidadania participativa como aquela para além dos pressupostos representativos ou semidiretos, estando legitimada inclusive no parágrafo único do artigo 1º da CRFB/1988, e ainda identifique sua presença no âmbito da assistência social enquanto controle social, exteriorizando-se por meio dos conselhos e conferências, há de se encararem as dificuldades e obstáculos que a PNAS ainda enfrenta.

Um desses percalços que desafiam a política socioassistencial foi demonstrado nesta pesquisa por meio da análise da incorporação da cidadania participativa pelo Conselho Municipal de Assistência Social de Criciúma no processo de deliberação das proposições levantadas na IX Conferência Municipal, em que se constatou que se faz necessário um trabalho de capacitação com os conselheiros, cujo foco seria a relevância da participação da sociedade no processo de construção e consolidação da PNAS, visando ao fortalecimento da cidadania participativa como um exercício diário no interior do SUAS.

CONCLUSÃO

Na pesquisa constatou que conceituar cidadania é algo extremamente complexo, uma vez que esta possui múltiplos significados que variam conforme os fatores sociais, culturais e econômicos de cada sociedade.

A Política Nacional de Assistência Social, seguindo o norte participativo da CRFB/1988, acabou inserindo em seu texto o controle social como ferramenta que a sociedade pode manusear visando à garantia dos direitos socioassistenciais.

Para responder à questão de pesquisa, foi necessário identificar os mecanismos de controle social, ou seja, reconhecer os Conselhos e Conferências de Assistência Social como espaços de exercício da cidadania participativa, dado que, por meio deles, existe a possibilidade de discussão, contradição, deliberação e exposição das ideias defendidas pela sociedade.

A proposta então foi visualizar essa participação na esfera local, ou seja, analisar se o Conselho Municipal de Assistência Social de Criciúma incorporou a cidadania participativa advinda da CRFB/1988 no processo de deliberação das proposições levantadas na IX Conferência Municipal realizada em 2013.

O que se percebeu foi que o paradigma participativo proposto na CRFB/1988 reconhece a relevância de se pensar a atuação social para além dos critérios formais da representação, trazendo um novo modo de exercício da cidadania a partir das novas demandas e anseios que surgiram no decorrer dos anos.

A PNAS por meio do SUAS foi estruturada de acordo com essa nova concepção de cidadania participativa, ou seja, trouxe mecanismos que a sociedade pode utilizar para interferir no andamento e decisão dos programas e serviços ofertados a seus usuários, demonstrando a preocupação com o envolvimento da sociedade na esfera pública.

Por outro lado, constatou-se que a cidadania participativa no município de Criciúma está sendo exercida de maneira limitada, pois, se o Conselho Municipal de Assistência Social pouco deliberou sobre as proposições levantadas na IX Conferência de Assistência Social realizada em 2013, ocorreu um desrespeito com a vontade da sociedade, uma vez que ela sugeriu questões esperando que fossem discutidas e decididas pelos conselheiros.

Assim, houve a comprovação de que o paradigma representativo consagrado pela CRFB/1988 ainda não foi superado, pois, ao analisar as proposições levantadas na IX Conferência de Assistência Social e as atas das reuniões do Conselho Municipal de Assistência Social de Criciúma, verificou-se uma falta de sintonia entre o que a sociedade desejou e propôs e o que os conselheiros decidiram, demonstrando que a opinião das pessoas é mais ouvida nas urnas do que nos espaços participativos.

Além disso, ficou evidenciada a falta de informação tanto da sociedade quanto do Conselho Municipal de Assistência Social de Criciúma no que diz respeito às proposições discutidas e levantadas nos seis eixos temáticos da IX Conferência Municipal de Assistência Social, dado que estas em sua maioria

foram confusas, inapropriadas para aquele espaço, como também repetitivas, constatando a dificuldade na consolidação da PNAS em âmbito local.

Portanto, verificou-se que: a) o Conselho Municipal de Assistência Social de Criciúma cumpriu com as diretrizes da PNAS realizando a Pré-Conferência e a IX Conferência Municipal de Assistência Social e b) o Conselho Municipal de Assistência Social de Criciúma se deparou com o obstáculo da utilização da cidadania participativa, no que diz respeito à utilização das proposições levantadas pela sociedade na IX Conferência Municipal.

Nesse sentido, é importante que se proponha uma capacitação com os conselheiros e sociedade, cuja temática envolva a conscientização das pessoas quanto à possibilidade de participação e fiscalização das questões que envolvam a coletividade, bem como a relevância da deliberação a respeito das sugestões levantadas pelas pessoas, uma vez que a PNAS busca a consolidação da cidadania participativa no seu processo de construção.

Além disso, se faz necessário repensar a maneira pela qual as reuniões e discussões do Conselho Municipal de Assistência Social de Criciúma estão sendo realizadas, uma vez que este local se configura como mecanismo de controle social e devido ao seu caráter participativo, deve deliberar e respeitar os anseios e proposições advindos da sociedade.

Outro ponto que se coloca refere-se à composição do Conselho Municipal de Assistência Social de Criciúma, pois se questiona a maneira pela qual esses conselheiros fazem parte desse espaço, sugerindo outras formas de ingresso, em que se exijam conhecimentos básicos, tais como a conquista do SUAS por meio de lutas sociais, a relevância na consolidação da PNAS em âmbito local, bem como a necessidade da utilização do controle social como exercício do paradigma participativo consagrado na CRFB/1988.

Muitos são ainda os desafios a serem enfrentados na luta pelo reconhecimento da cidadania participativa no âmbito da assistência social. Acredita-se que a transformação é possível a partir da visualização dos benefícios que a participação das pessoas pode trazer para o município, uma vez que a sociedade consegue definir suas dificuldades, anseios e possíveis soluções. Criciúma, por possuir uma estrutura organizada quanto ao controle social no SUAS, não pode perder a oportunidade de colocá-los em prática, podendo

contribuir com a melhora da oferta dos serviços e programas a todos os usuários dessa política pública. Além disso, cabe a todos, tanto Sociedade quanto Estado, assegurar os direitos socioassistenciais no município e lutar pelo fortalecimento da cidadania participativa no âmbito da PNAS, para que o controle social não se constituía enquanto conjunto de palavras colocadas no papel.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Conselhos de Assistência Social**: orientações aos gestores municipais. Brasília: CNM, 2013.

_____. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE. **Santa Catarina**: Criciúma. Disponível em: <<http://www.cidades.ibge.gov.br/xtras/perfil.php?lang=&codmun=420460>>. Acesso em: 6 dez. 2020.

_____. **Resolução n. 33**, de 12 de dezembro de 2012. Dispõe sobre a Norma Operacional Básica. Disponível em: <<http://edesp.sp.gov.br/edesp2014/wp-content/uploads/2014/06/NOB-SUAS-2012.pdf>>. Acesso em: 6 dez. 2020.

_____. **Resolução n. 145**, de 15 de outubro de 2004. Dispõe sobre a Política Nacional de Assistência Social. Disponível em: <http://www.mds.gov.br/assistenciasocial/secretaria-nacional-de-assistencia-social-sn-as/cadernos/politica-nacional-de-assistencia-social-pnas-2004/arquivos/PNAS_2004.pdf/download>. Acesso em: 6 dez. 2020.

_____. **Resolução n. 269**, de 13 de dezembro de 2006. Dispõe sobre a Norma Operacional Básica de Recursos Humanos do Sistema Único de Assistência Social. Disponível em: <http://www.mds.gov.br/assistenciasocial/gestao-dotrabalho/arquivos/Norma%20Operacional%20de%20RH_SUAS.pdf/download>. Acesso em: 6 dez. 2020.

CAMPOS, Edval Bernardino. **A democratização da Política de Assistência Social**. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1%20414-49802007000200010&script=sci_arttext%3E>. Acesso em: 6 dez. 2020.

CAVALCANTE, M. P. Efetivando o Controle Social no SUAS: a contribuição do Assistente Social. **Revista Saseal**, Maceió, ano 2, n. 2, maio 2001.

CRICIÚMA. **Atas do Conselho Municipal de Assistência Social**. Secretaria Municipal de Assistência Social. Prefeitura Municipal de Criciúma, 2015.

_____. **Regimento Interno do Conselho Municipal de Assistência Social de Criciúma**. Secretaria Municipal de Assistência Social, 2008.

_____. **Relatório da IX Conferência Municipal de Assistência Social de Criciúma**. Conselho Municipal de Assistência Social. Prefeitura Municipal de Criciúma, 2013.

DAGNINO, Evelina. Movimentos sociais e a emergência de uma nova noção de cidadania. *In*: DAGNINO, Evelina (org.). **Anos 90: política e sociedade no Brasil**. São Paulo: Brasiliense, 2004.

GOHN, Maria da Glória Marcondes. **O protagonismo da sociedade civil: movimentos sociais, ONGs e redes solidárias**. São Paulo: Cortez, 2005.

GUARINELLO, Norberto Luiz. Cidades-Estados na antiguidade clássica. *In*: PINSKY, Jaime; PINSKY, Carla Bassanezi. **História da cidadania**. São Paulo: Contexto, 2003.

JORGE NETO, Pedro. **O Ministério Público e as principais ações em defesa dos direitos difusos e coletivos**. Disponível em: <http://www.mp.ce.gov.br/esmp/publicacoes/ed1/artigos/ministerio_publico_principais_acoes_defesa_direito_difuso_e_coletivo.pdf>. Acesso em: 6 dez. 2020.

LUDWIG, Amanda Garcia. Incêndio atinge prédio da Prefeitura de Criciúma. **Portal Engeplus**, Criciúma, 27 maio 2015. Disponível em: <<http://www.engeplus.com.br/noticia/seguranca/2015/incendio-atinge-predio-da-prefeitura-de-criciuma/>>. Acesso em: 6 dez. 2020.

MADEIRA, Kátia Regina. **As Conferências Municipais de Assistência Social de Florianópolis como instrumento de planejamento da Política de**

Assistência Social em âmbito local. 2006, 177 f. Dissertação (Mestrado em Serviço Social) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2006.

RIBEIRO, Priscilla André. A descentralização e a territorialização nas políticas de assistência social: novas estratégias para as políticas sociais no Brasil. **Sinais**, Vitória, v. 1, dez. 2012.

SANTOS, Boaventura de Sousa; AVRITZER, Leonardo. Para ampliar o cânone democrático. *In*: SANTOS, Boaventura de Sousa (org.). **Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa.** Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.

SILVA, Vini Rabassa da. O processo de institucionalização dos Conselhos de Assistência Social na zona sul do Rio Grande do Sul. **Sociedade em Debate**, Pelotas, v. 10, n. 2, p. 135-158, ago. 2004.

SPOSATI, Aldaiza de Oliveira. **A menina LOAS: um processo de construção da assistência social.** 3. ed. São Paulo: Cortez, 2007.

TRAJANO, Alline Giselle das Neves; RAMALHO, Rosângela Palhano. **O controle social nas ações do Conselho Municipal de Assistência Social de Gurinhém – PB.** Disponível em: <<http://portal.virtual.ufpb.br/biblioteca-virtual/publicacoes/view/239>>. Acesso em: 6 dez. 2020.

VIEIRA, Reginaldo de Souza. **A cidadania na república participativa: pressupostos para a articulação de um novo paradigma jurídico e político para os Conselhos de Saúde,** 2013. 540 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2013.

YASBEK, Maria Carmelita. A assistência social na prática profissional: história e perspectivas. **Serv. Soc. Soc.**, v. 27, n. 85, p. 123-132, mar. 2006.

CAPÍTULO IV

O PAPEL DAS ORGANIZAÇÕES NÃO GOVERNAMENTAIS NA PREVENÇÃO E ERRADICAÇÃO DO TRABALHO INFANTIL

DOI: <http://dx.doi.org/10.18616/dirhum10>

André Viana Custódio
Higor Neves de Freitas

VOLTAR AO SUMÁRIO

INTRODUÇÃO

Crianças e adolescentes são explorados no trabalho infantil em atividades que prejudicam o seu pleno desenvolvimento e a efetivação da proteção jurídica contra a exploração do trabalho infantil envolve uma articulação conjunta entre as diversas entidades envolvidas no sistema de garantia de direitos da criança e do adolescente, entre elas, as organizações não governamentais, que passaram a ter um papel mais significativo na atuação na defesa dos direitos da criança e do adolescente.

A presente pesquisa buscou resolver o seguinte problema: como se estabelece a atuação das organizações não governamentais na prevenção e erradicação do trabalho infantil? A hipótese indica que as organizações não governamentais deixaram de ter uma participação restrita às políticas de atendimento, e passaram a ter uma participação mais efetiva na mobilização social e na promoção de direito, atuando como entidades em defesa dos direitos de crianças e adolescentes, o que inclui formulação de diagnósticos, capacitação de operadores, bem como na proposição de notificações das autoridades sobre casos de trabalho infantil, se tornando um importante mecanismo no enfrentamento ao trabalho infantil.

O objetivo geral é analisar o papel das organizações não governamentais na prevenção e erradicação do trabalho infantil. Como objetivos específicos, buscou-se contextualizar a proteção jurídica contra a exploração do trabalho infantil, compreender o Sistema de Garantia de Direito da Criança e do Adolescente e as organizações não governamentais, bem como verificar o papel das organizações não governamentais na prevenção e erradicação do trabalho infantil.

O método de abordagem da presente pesquisa foi o dedutivo e o método de procedimento monográfico, desenvolvendo-se o estudo por meio das técnicas de pesquisa bibliográfica e documental.

A PROTEÇÃO JURÍDICA CONTRA A EXPLORAÇÃO DO TRABALHO INFANTIL

A Constituição da República Federativa de 1988 incorporou a doutrina da proteção integral ao ordenamento jurídico, oportunidade na qual reconheceu crianças e adolescentes como sujeitos de direitos e estabeleceu uma responsabilidade tríplice, compartilhada entre a família, a sociedade e o Estado:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão (BRASIL, 1988).

Ao instituir o Direito da Criança e do Adolescente no sistema jurídico brasileiro produziu-se a teoria da doutrina da proteção integral, momento no qual consolidou-se princípios, diretrizes e regras, as quais não apenas afirmaram o valor intrínseco da criança e do adolescente como ser humano, como ainda os reconheceu como titulares de direitos fundamentais em condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, garantindo o respeito à dignidade humana desde a infância (LIMA, 2001, p. 145).

Os princípios que configuram a proteção integral reconhecem os direitos: à igualdade, sem distinção de raça religião ou nacionalidade; a especial proteção para o seu desenvolvimento físico, mental e social; o direito a um nome e a uma nacionalidade; à alimentação, moradia e assistência médica adequadas para a criança e a mãe; à educação e a cuidados especiais para a criança física ou mentalmente deficiente; ao amor e à compreensão por parte dos pais e da sociedade; à educação gratuita e ao lazer infantil; a ser socorrido em primeiro lugar, em

caso de catástrofes; a ser protegido contra o abandono e a exploração no trabalho; e a crescer dentro de um espírito de solidariedade, compreensão, amizade e justiça entre os povos (REIS; CUSTÓDIO, 2017, p. 630).

O Estatuto da Criança e do Adolescente, lei 8.069, de 13 de julho de 1990, passou a regulamentar a proteção jurídica da criança e do adolescente, oportunidade na qual passou a assegurar a proteção integral da criança e do adolescente por meio da regulamentação do princípio jurídico da prioridade absoluta:

Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

Parágrafo único. A garantia de prioridade compreende:

- a) primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias;
- b) precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública;
- c) preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas;
- d) destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude (BRASIL, 1990).

O Direito da Criança e Adolescente passou, portanto, a ser reconhecido como ramo jurídico estruturado em duas fontes normativas, seja a ordem jurídica interna ou, ainda, pela ordem jurídica internacional, rompendo a antiga concepção da tradição menorista, que regulamentava uma relação de controle sobre a infância por meio da repressão e tratava os filhos de famílias pobres como delinquentes em potencial, buscando políticas de controle social com a única finalidade de repressão sobre a criminalidade (REIS; CUSTÓDIO, 2017, p. 623).

Ademais, a Convenção Internacional sobre os Direitos das Crianças, influenciada pelo Pacto de São José da Costa Rica e pela Declaração Universal dos Direitos Humanos passou a discorrer acerca dos direitos humanos para a infância e fundamentou a base teórica para instituir a teoria da proteção integral no sistema normativo dos países signatários, o que significou um reordenamento das políticas públicas no Brasil (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1989).

Além disso, a Constituição Federal passou a proibir o trabalho perigoso, insalubre ou noturno a pessoas com idade abaixo de 18 anos, bem como qualquer forma de trabalho abaixo de 16 anos, ressalvado a condição de aprendiz, oportunidade em que é permitido o labor a partir dos 14 anos (BRASIL, 1988).

No mesmo sentido, o Estatuto da Criança e do Adolescente passou a abordar sobre condições mínimas para o exercício de atividades de trabalho por adolescentes:

Art. 67. Ao adolescente empregado, aprendiz, em regime familiar de trabalho, aluno de escola técnica, assistido em entidade governamental ou não-governamental, é vedado trabalho:

I – noturno, realizado entre as vinte e duas horas de um dia e as cinco horas do dia seguinte;

II – perigoso, insalubre ou penoso;

III – realizado em locais prejudiciais à sua formação e ao seu desenvolvimento físico, psíquico, moral e social;

IV – realizado em horários e locais que não permitam a frequência à escola (BRASIL, 1990).

A Convenção 138 da Organização Internacional do Trabalho de 1973, ratificada em 2001 pelo Brasil, como forma de enfrentamento ao trabalho infantil, estabeleceu dois compromissos básicos a serem adotados pelos países, a adoção de uma política nacional de erradicação do trabalho infantil e a elevação progressiva dos limites de idade mínima para o trabalho (ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, 1973). Por outro

lado, a Convenção 182 da Organização Internacional do Trabalho estabeleceu ações imediatas a fim de erradicar o trabalho infantil em suas piores formas, estabelecendo, dessa forma, ações prioritárias a serem desenvolvidas (ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, 1999).

Ademais, as Recomendações 146 e 190 da Organização Internacional do Trabalho passaram a expor um tratamento prioritário para políticas e programas nacionais a fim de garantir o desenvolvimento humano e, ainda, fortalecer o compromisso para identificar e encaminhar para a rede atendimento as piores formas de trabalho infantil, certificando a reabilitação dos adolescentes e crianças vítimas destas explorações (ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, 1999).

Dessa forma, para assegurar toda a proteção jurídica contra a exploração do trabalho infantil se desenvolve uma articulação entre entidades governamentais e não governamentais por meio do Sistema de Garantia de Direitos, que envolve políticas de atendimento, de proteção e de justiça, com a finalidade de garantir os direitos fundamentais de crianças e adolescentes e os proteger de ameaças ou violações dos direitos fundamentais.

O SISTEMA DE GARANTIA DE DIREITO E AS ORGANIZAÇÕES NÃO GOVERNAMENTAIS

Apesar da efetivação dos direitos da criança e do adolescente decorrer de um compromisso articulado entre a sociedade, a família e o Estado, sentiu-se a necessidade de implantar um sistema capaz de assegurar uma proteção integral à criança e ao adolescente “contra toda forma de ameaça ou violação aos seus direitos”, o qual tem a participação conjunta das organizações não governamentais (CUSTÓDIO; VERONESE, 2009, p. 152). Com efeito, após o processo de redemocratização, não existia mais sentido em manter a competência administrativa do Poder Judiciário para o desenvolvimento do controle de políticas públicas de atendimento, tendo em vista que este foi o formato histórico da política de proteção que perdurou durante a tradição menorista (CUSTÓDIO; VERONESE; 2009, p. 152).

A estrutura sistemática que busca a garantia dos direitos da criança e adolescente, amparado pelo princípio da prioridade absoluta, é responsável por estruturar um Sistema de Garantia de Direitos por meio de um conjunto ordenado “de organismos responsáveis pela efetivação de direitos”, instituídos em três níveis, quais sejam, a União, os Estados e os Municípios e são compostos pelos “Conselhos de Direitos da Criança e do Adolescente, órgãos responsáveis pelo planejamento, deliberação e controle intersetorial das políticas públicas de atendimento aos direitos da criança e do adolescente” (CUSTÓDIO; MOREIRA, 2015, p. 43).

O desenvolvimento estratégico das políticas públicas ocorre nos municípios, por meio do Sistema de Garantia de Direitos, que atua em diversos níveis para a realização das políticas estatutárias. O 1º nível de políticas públicas é o de atendimento, que é planejado pelos Conselhos de Direitos de Crianças e Adolescentes, órgão que atua nos três níveis federados e tem participação conjunta entre entes governamentais e representações da sociedade civil, sendo responsável pela formulação, deliberações e controle da política. Destaca-se que os Conselhos de Direitos de Crianças e Adolescentes não são órgãos meramente consultivos. A execução das políticas públicas de atendimento é organizada por meio dos sistemas de políticas públicas destinados a assegurar os serviços que atendam aos direitos à saúde, educação, assistência social, cultura, esporte e lazer (MOREIRA; CUSTÓDIO, 2018, p. 308-309).

As políticas de atendimento incluem os serviços especiais, os quais destinam-se “à proteção da criança e do adolescente, quando vítimas de negligência e maus-tratos e, muitas vezes, com crueldade e opressão”, oportunidade na qual é necessário um “atendimento especializado, que compreenda suas consequências e esteja preparado para perceber os danos ao desenvolvimento físico e psicológico da criança e do adolescente oferecendo alternativa concretas àquela condição

(CUSTÓDIO, 2009, p. 78). O segundo nível de políticas públicas no sistema de garantias é o de proteção:

[...] que atua no enfrentamento das práticas de ameaça ou violação de direitos de crianças e adolescentes, é o caso dos Conselhos Tutelares, Ministérios Públicos Estadual, Federal e do Trabalho e Ministério do Trabalho, por meio da atuação de seus agentes públicos que irão atuar administrativamente em inquéritos civis públicos e termos de ajustamento de conduta (MOREIRA; CUSTÓDIO, 2018, p. 308-309).

Destaca-se que as políticas de proteção não se destinam a exercer as atividades relacionadas a políticas de justiça. Pelo contrário, atuam na proteção do cumprimento dos direitos de crianças e adolescentes com a finalidade de modificar as práticas violadoras de direito de “fiscalização dos serviços prestados pelas entidades de atendimento”, mediante a aplicação de medidas administrativas de proteção a crianças e adolescentes, aos pais ou responsáveis e à administração pública (MOREIRA; CUSTÓDIO, 2018, p. 309). Ademais, o 3º nível, conhecido como políticas de justiça, se desenvolve pelo sistema de justiça a fim de buscar a responsabilização por violações, bem como a proteção dos direitos de criança e adolescente na via judicial por meio de uma atuação do Poder Judiciário e do Ministério Público (MOREIRA; CUSTÓDIO, 2018, p. 309).

Ressalte-se que “a ação integrada das organizações governamentais e não-governamentais, do Poder Judiciário, do Ministério Público, dos Conselhos de Direitos e dos Conselhos Tutelares” se tornam “o elemento fundamental para o controle e ação de toda política de atendimento aos direitos da criança e do adolescente” (CUSTÓDIO, 2008, p. 86). Nesse contexto, a sociedade civil organizada passou a desempenhar um papel importante no sistema de garantia de direitos da criança e do adolescente, tendo em vista que participa por meio de ações nas políticas de erradicação do trabalho infantil, pois compartilha experiências significativas por meio das comunidades locais

com a finalidade de proporcionar transformações nas necessidades de crianças e adolescentes (CUSTÓDIO; VERONESE, 2009, p. 206).

As profundas mudanças políticas, sociais, econômicas e culturais na sociedade moderna afetaram o sistema de relações e práticas sociais incentivaram, na segunda metade do XX, o surgimento de novas formas associativas com a identidade denominada de organizações não governamentais (ONGs), que no Brasil são constituídas como associações sem fins lucrativos, nos termos do direito civil, momento na qual algumas se fortaleceram por meio de conexão com redes internacionais de ação política, social e de solidariedade, ganhando, inclusive, visibilidade em fóruns, como a conferência das Nações Unidas e o financiamento e apoio por agências internacionais. No cenário latino-americano, as organizações não governamentais se tornaram populares entre os anos 1970 e 1980, momento no qual “segmentos da sociedade civil e movimentos sociais emergentes assumiram um papel central nos processos de redemocratização dos países da região e proliferaram iniciativas políticas em diversas esferas da vida social”, surgindo muitas organizações não governamentais prestando serviços de atendimento (COSTA *et al.*, 2011).

O primeiro movimento de defesa dos direitos das crianças, denominado como Movimento Nacional de Meninos e Meninas de Rua, surgiu ainda em 1980, trazendo uma crítica à institucionalização de crianças, realizadas da Fundação Nacional do Bem-Estar do Menor (FUNABEM) e da Fundação do Bem-Estar do Menor (FEBEM) nos estados e também críticas às tradicionais formas que as escolas usavam na educação de crianças e adolescentes (MACHADO, 2017, p. 24). Esse movimento recebeu apoio do Fundo das Nações Unidas (UNICEF) e do Governo Federal por meio do projeto Alternativas Comunitárias de Atendimento a Meninos e Meninas de Rua, que desenvolveu um mapeamento das experiências para desenvolver um novo olhar para crianças de ruas na perspectiva da educação (MACHADO, 2017, p. 25).

Em 1985, passou a se constituir como entidade civil independente, tendo cinco sedes regionais espalhadas pelo Brasil, que começou um trabalho na perspectiva de mobilização social, com o objetivo de formar e rever práti-

cas de atuação, mantidas na época pela antiga doutrina da situação irregular, reunindo educadores, técnicos, diretos, funcionários, entre outros, a fim de interferir na política nacional, sendo subsidiado por três entidades internacionais, entre elas, a UNICEF (MOVIMENTO NACIONAL DE MENINOS E MENINAS DE RUA, 1988).

Essa transformação desse movimento em um movimento nacional, incentivou a criação de outras organizações em defesa de direitos e essa troca de experiências proporcionou uma união em prol do enfrentamento da violência contra as crianças e adolescentes no Brasil (MACHADO, 2017, p. 25). Assim, na década de 1990, se passou a registrar novas organizações em defesa dos direitos da criança e do adolescente, com a finalidade de atuar na prevenção e erradicação do trabalho infantil, o que demonstrou uma mudança de concepção nas políticas das organizações não governamentais, tendo em vista que estas passaram de um papel restrito às políticas de atendimento para ações mais efetivas na mobilização social e na ampliação da capacidade de promover os direitos fundamentais de crianças e adolescentes (VERONESE, CUSTÓDIO, 2009, p. 209).

O fortalecimento desses movimentos incentivou uma articulação com os segmentos interessados que passou a inserir os direitos da criança e do adolescente no texto constitucional de 1988 e, após, a regulamentação dos artigos 227 e 228 do mesmo, que era compreendido como Normas Gerais para a Infância e Adolescência e que, depois de feitas cinco versões, se tornou o Estatuto da Criança e do Adolescente (MACHADO, 2017, p. 27-28) Esses movimentos sociais funcionaram como “agentes de resistência e transformação das políticas historicamente estabelecidas” por meio de atividades de mobilização sintonizadas com um “processo mais amplo de articulação interinstitucional” (VERONESE; CUSTÓDIO, 2013, p. 244).

Assim, essas organizações não governamentais passaram não só a atuar prestando serviços de atendimento, mas em defesa de direitos da criança e do adolescente, estimulando a organização de segmentos, na propositura de projetos de leis e políticas públicas e na mobilização de direitos com a finalidade de fortalecer a cidadania e de atingir o desenvolvimento social, participan-

do, portanto, efetivamente na construção jurídica e de políticas públicas, bem como do sistema de garantia de direito da criança e do adolescente.

O PAPEL DAS ORGANIZAÇÕES NÃO GOVERNAMENTAIS NA PREVENÇÃO E ERRADICAÇÃO DO TRABALHO INFANTIL

As organizações não governamentais promovem uma mobilização e politização para que as políticas de atendimento estejam em sintonia com as necessidades da comunidade, com a participação dessa também para “reivindicar e exigir a prestação desses serviços com padrão de qualidade e a adequação às necessidades locais” (CUSTÓDIO; VERONESE, 2009, p. 208). Desse modo, o Estatuto da Criança e do Adolescente passou a determinar, consoante artigo 86, que “a política de atendimento dos direitos da criança e do adolescente se fará através de um conjunto articulado de ações governamentais e não-governamentais, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos municípios” (BRASIL, 1990).

[...] as entidades não-governamentais que prestam atendimento direto para crianças e adolescentes precisam do registro no Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente para funcionar, conforme dispõe o artigo 91 do Estatuto da Criança e do Adolescente. Já a fiscalização das entidades governamentais é atribuição conjunta do Conselho Tutelar, do Ministério Público e do Poder Judiciário.

A fiscalização das entidades não implica a vigilância permanente, mas a garantia de qualidade de atendimento e o cumprimento das determinações legais previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente. Portanto, o critério para a fiscalização das entidades é o da estrita legalidade, visando preservar a autonomia das organizações não-governamentais, que não podem estar sob o arbítrio do Poder Público (CUSTÓDIO, 2009, p. 88).

Além disso, o Estatuto da Criança e do Adolescente, passou a prever expressamente a atuação das organizações não governamentais, tanto na elaboração e políticas públicas, quanto na defesa dos direitos da criança e do adolescente:

Art. 70-A. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios deverão atuar de forma articulada na elaboração de políticas públicas e na execução de ações destinadas a coibir o uso de castigo físico ou de tratamento cruel ou degradante e difundir formas não violentas de educação de crianças e de adolescentes, tendo como principais ações:

I – a promoção de campanhas educativas permanentes para a divulgação do direito da criança e do adolescente de serem educados e cuidados sem o uso de castigo físico ou de tratamento cruel ou degradante e dos instrumentos de proteção aos direitos humanos;

II – a integração com os órgãos do Poder Judiciário, do Ministério Público e da Defensoria Pública, com o Conselho Tutelar, com os Conselhos de Direitos da Criança e do Adolescente e com as entidades não governamentais que atuam na promoção, proteção e defesa dos direitos da criança e do adolescente (BRASIL, 1990).

As organizações não governamentais cooperam, portanto, como “agentes estratégicos na formulação de diagnóstico”, nas ações de identificação e encaminhamento do trabalho infantil, “na sensibilização e mobilização comunitária, na capacitação dos operadores e na articulação interinstitucional para a prevenção e erradicação do trabalho infantil”, bem como no próprio desenvolvimento de políticas públicas de atendimento a crianças e adolescentes (VERONESE, CUSTÓDIO, 2009, p. 206).

Assim, os diagnósticos e o mapeamento local do trabalho infantil, que são uma ação intersetorial que integra o conjunto de ações de aprimoramento do Programa de Erradicação do Trabalho Infantil, podem ter a participação das organizações não governamentais, além das entidades governa-

mentais, para a identificação do contexto local em um planejamento efetivo de políticas públicas.

Sob esse aspecto, as organizações não governamentais são agentes importantes, uma vez que dispõem de informações qualitativas sobre a realidade da criança e do adolescente explorado no trabalho [...]. Um diagnóstico claro da situação pode inclusive proporcionar economia de recursos, sendo uma ótima oportunidade de sensibilização e participação das famílias na construção de uma política de erradicação do trabalho infantil [...] (VERONESE; CUSTÓDIO, 2013, p. 242).

Ademais, destaca-se que a efetividade das ações de identificação e atendimento de casos de exploração do trabalho infantil dependem da implantação de um sistema integrado de notificação e encaminhamento de crianças e adolescentes pelos sistemas de proteção, controle e fiscalização, entre eles, a Fiscalização do Trabalho, o Ministério Público do Trabalho, o Ministério Público, o Conselho Tutelar e os Conselhos de Direitos (SOUZA, 2016, p. 232). A identificação do trabalho infantil por entidades provoca uma responsabilidade de comunicação ou notificação imediata, nos termos do artigo 13 do Estatuto da Criança e do Adolescente, que prevê que nos casos “de suspeita ou confirmação de castigo físico, de tratamento cruel ou degradante e de maus-tratos contra criança ou adolescente serão obrigatoriamente comunicados ao Conselho Tutelar da respectiva localidade [...]” (BRASIL, 1990). Dessa forma, as organizações não governamentais, a comunidade e os demais órgãos do sistema devem colaborar com o Conselho Tutelar por meio de um encaminhamento de notificações a fim de que sejam aplicadas medidas de proteção nos casos de trabalho infantil (CUSTÓDIO; VERONESE, 2009, p. 188-189).

A partir da identificação pelo Sistema de Proteção Controle e Fiscalização dos casos de trabalho infantil, duas ordens de fatores devem ser consideradas. 1. Notificação ao Conselho Tutelar que aplicará as medidas

de proteção pertinente e fará o encaminhamento para a rede atendimento de proteção à criança e ao adolescente, acompanhando a situação até a solução total do direito violado ou ameaçado. 2. Encaminhamento à Rede de Atendimento que realizará o atendimento à família, criança e adolescente, conforme a situação, nas políticas de atendimento do SUAS, SUS, Rede de Educação e outros serviços disponíveis que o município tenha implantado (SOUZA, 2016, p. 233).

Nesse contexto, além da notificação e encaminhamento dos casos são primordiais para o devido enfrentamento e identificação do trabalho infantil a participação das organizações não governamentais, integrantes da rede de atendimento, que também compõem os fluxos de encaminhamento de crianças, adolescentes e famílias.

Destaca-se, entretanto, que apenas a notificação, sem qualquer política de sensibilização e atendimento, apenas irá promover um afastamento da criança e do adolescente do trabalho, todavia, a erradicação do trabalho infantil envolve também o oferecimento de alternativas de atendimento para as crianças, adolescentes e famílias e a superação da cultura do trabalho durante a infância, por meio da promoção de direito (CUSTÓDIO; VERONESE, 2009, p. 207).

Com efeito, essas políticas objetivam o rompimento das concepções culturais que dignificam o trabalho desde cedo a partir de mitos estruturais que ressaltam que “é melhor trabalhar do que roubar”, que “é melhor trabalhar do que ficar nas ruas”, que “o trabalho da criança ajuda a família”, que “lugar de criança é na escola”, “que trabalhar desde cedo acumula experiência para trabalhos futuros”, que “é melhor trabalhar do que usar drogas”, ou também, que “trabalhar não faz mal a ninguém” (CUSTÓDIO; VERONESE, 2009, p. 82-83).

A superação das causas do trabalho infantil compreende “ações estruturais, de caráter histórico, compreendendo a transformação da cultura em torno do trabalho infantil, o fortalecimento da família e do espaço doméstico; o equilíbrio das condições de igualdade de gênero e raça”, bem como uma democratização do espaço de cidadania e “uma nova concepção de educação e o

compromisso com a superação do modo capitalista de produção” (CUSTÓDIO; VERONESE, 2009, p. 172). Assim, as organizações não governamentais têm papel importante no desenvolvimento de ações para a promoção dos direitos e sensibilizar a comunidade sobre as consequências estruturais do trabalho infantil, envolvendo diversos segmentos sociais e atuando diretamente na defesa dos direitos das crianças e adolescentes (CUSTÓDIO; VERONESE, 2009 p. 200).

Essas organizações não governamentais participam também na execução das políticas sociais básicas de atendimento, quais seja, a educação, saúde, cultura, dentre outros, a partir da articulação em rede, podendo contribuir como as ações de controle, diagnóstico e monitoramento, objetivando a melhoria dos serviços prestados (CUSTÓDIO, 2009, p. 77-79). Portanto, essas têm um “papel importante neste campo como agentes nas comunidades, promovendo a politização e mobilização para que os [serviços] de atendimento estejam sintonizados com as reais necessidades [...] das famílias” (CUSTÓDIO; VERONESE, 2009, p. 208).

É oportuno destacar que a Associação Brasileira dos Fabricantes de Brinquedos (Abrinq) após o registro de inúmeros casos de violações de direitos de crianças e adolescentes, como trabalho infantil e homicídios, criou uma Diretoria de Defesa dos Direitos da Criança, que futuramente se tornou a Fundação Abrinq pelos Direitos das Crianças e Adolescentes, uma das pioneiras na mobilização de ações para prevenção e erradicação do trabalho infantil. Esta, que é uma das organizações não governamentais mais populares em prol da infância, está presente em 2.623 municípios, tendo beneficiado mais de 8,7 milhões de crianças e adolescentes em seus 28 anos de atividades. Apenas no ano de 2018, mais de 153 mil crianças foram beneficiadas em seus 14 projetos e programas, os quais objetivam não só a promoção de direitos das crianças e adolescentes, mas também realizando políticas públicas de atendimento (ABRINQ, 2019).

Dentre as atividades desenvolvidas por esta fundação, destaca-se a “Empresa Amiga da Criança”, a qual há 23 anos engaja empresas na defesa dos direitos de crianças e adolescentes por meio de um estímulo de investimento social privado e a preparação para o mercado de trabalho para a finalidade

destas obterem emprego na idade permitida e, assim, combater o trabalho infantil, tendo mais de 74 empresas parceiras, incluindo a Nestlé, Mondelez, Itaú-Unibanco, dentre outras (ABRINQ, 2019). Outrossim, há também o programa “Prefeito Amigo da Criança”, que tem sido importante estímulo para que os municípios estruturem e aprimorem o Sistema de Garantias de Direitos, pois atua para fortalecer a ação dos gestores municipais, oportunidade na qual foram realizados seminários regionais para monitorar e desenvolver capacitações locais de priorização das ações, bem como planejamento orçamentário, o que demonstra a importância das organizações não governamentais na efetivação dos direitos da criança e do adolescente (ABRINQ, 2019).

Essa capacitação dos operadores do sistema de garantia de direito da criança e do adolescente é uma das estratégias para a prevenção e erradicação do trabalho infantil, tendo em vista que “muitos direitos deixariam de ser violados se a rede de atendimento e os profissionais das áreas de educação, saúde e assistência social estivessem dispostos a superar os próprios preconceitos e práticas institucionais estabelecidas orientando-se para a construção de uma cultura de paz e não violência” (CUSTÓDIO; VERONESE, 2009, p. 167). Assim, essa capacitação envolve conhecimentos sobre a desmitificação do trabalho infantil, bem como “limites de idade mínima para o trabalho, as alternativas e possibilidades concretas de atendimento às famílias, às crianças e aos adolescentes” (VERONESE; CUSTÓDIO, 2013, p. 243).

Desse modo, se compreende que há uma atuação efetiva das organizações não governamentais em defesa dos direitos das crianças e adolescentes nas políticas públicas de prevenção e erradicação do trabalho infantil, não só prestando atendimento, mas até mesmo no conjunto de ações de aprimoramento do Programa de Erradicação do Trabalho Infantil e na sensibilização e mobilização.

CONCLUSÃO

Em um primeiro momento, se demonstrou a construção jurídica de uma proteção contra a exploração do trabalho infantil, tanto nacional, quanto

internacional, a partir de diversas convenções e tratados de direitos humanos, os quais sedimentaram a teoria da proteção integral no ordenamento jurídico e toda a sua base principiológica.

Desse modo, a proteção jurídica passou a ser efetivada por meio de uma articulação entre entidades não governamentais e governamentais que se envolvem de forma descentralizada em um sistema de garantia de direitos, que compreende políticas de atendimento, proteção e justiça e é responsável também pela promoção de direitos de crianças e adolescentes. Assim, as organizações não governamentais deixaram de ter apenas uma participação na rede de atendimento, mas se estabeleceram como entidades defesa dos direitos das crianças e adolescentes, contribuindo também na elaboração e na concretização de políticas públicas, que se torna primordial para o enfrentamento do trabalho infantil.

Destarte, as atividades desenvolvidas por essas organizações estabeleceram uma atuação significativa na prevenção e erradicação do trabalho infantil, participando tanto na estruturação do sistema de garantia de direitos, que envolve uma capacitação dos operadores, como na formulação de diagnósticos e, ainda, na promoção de direitos, que abrange uma sensibilização e mobilização da comunidade com a finalidade de superar as causas e romper os mitos que legitimam o trabalho infantil a partir de uma mudança da concepção cultural que dignifica o trabalho desde cedo,

REFERÊNCIAS

ABRINQ. **Relatório Anual 2018**. 2018. Disponível em: <https://fadc.org.br/sites/default/files/2019-04/RA_WEB_Final_2018_Baixa.pdf> Acesso em: 25 jun. 2019.

BRASIL. **Consolidação das Leis Trabalhistas**. 1943. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm> Acesso em: 25 jun. 2019.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm> Acesso em: 24 jun. 2019.

BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069compilado.htm> Acesso em: 25 jun. 2019

COSTA, Ana Maria Aranha Magalhães; SILVA, Kátia Silveira da; BONAN; Cláudia. Organizações não governamentais na área da saúde da criança. **Ciência & Saúde Coletiva**, Rio de Janeiro, v. 17, n. 7, jul. 2011. Disponível em: <<http://ref.scielo.org/pjt6zy>>. Acesso em: 23 jun. 2019.

CUSTÓDIO, André Viana. **Direito da criança e do adolescente**. Criciúma: UNESC, 2009.

CUSTÓDIO, André Viana; MOREIRA, Rafael Bueno da Rosa. Estratégias municipais para o enfrentamento da exploração sexual comercial de crianças e adolescentes. In: XXVII Encontro Nacional do CONPEDI, 27, 2018, Salvador. **Anais eletrônicos**. Salvador: UFBA, 2018.

CUSTÓDIO, André Viana; MOREIRA, Rafael Bueno da Rosa. **Exploração sexual comercial de crianças e adolescentes: reflexões contemporâneas o contexto do Brasil, da Argentina e do Uruguai**. Curitiba: Multideia, 2015.

CUSTÓDIO, André Viana; VERONESE, Joseane Rose Petry. **Crianças Esquecidas: o trabalho infantil doméstico no Brasil**. Curitiba: Multideia, 2009.

CUSTÓDIO, André Viana; VERONESE, Joseane Rose Petry. **Trabalho Infantil Doméstico**. São Paulo: Saraiva, 2013.

LIMA, Miguel Moacyr Alves. **O direito da criança e do adolescente**. 2001. 478 f. Tese (Doutorado em Direito), Programa de Pós-graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2001.

MACHADO, Érico Ribas. O movimento Nacional de Meninos e Meninas de Rua – MNMMR como origem dos(as) educadores – educadoras sociais brasileiros(as). **Justiça do Direito**, Passo Fundo, v. 12, n. 30, p. 21-38, jan./abril. 2017.

MOVIMENTO NACIONAL DE MENINOS E MENINAS DE RUA. **Psicol. cienc. prof.**, Brasília, v. 8, n. 1, 1988. Disponível em: < <http://ref.scielo.org/dd4x6j> >. Acesso em: 23 jun. 2019.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Convenção sobre os Direitos das Crianças**. 1989. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99710.htm>. Acesso em: 27 jun. 2019.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. 1948. Disponível em: <https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf>. Acesso em: 29 jun. 2019.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **138 sobre a idade mínima de admissão ao emprego**. 1973. Disponível em: <<http://white.oit.org.pe/ipecc/pagina.php?seccion=47&pagina=156>> Acesso em: 26 jun. 2019.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Convenção 182 sobre a proibição das piores formas de trabalho infantil e ação imediata para sua eliminação**. 1999. Disponível em: <<http://www.ilo.org/public/spanish/standards/relm/ilc/ilc87/com-chic.htm>> Acesso em: 24 jun. 2019.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Recomendação 146 sobre a idade mínima de admissão ao emprego**. 1973. Disponível em: <<http://white.oit.org.pe/ipecc/documentos/r146.pdf>> Acesso em: 29 jun. 2019.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Recomendação 190 sobre a proibição das piores formas de trabalho infantil e ação imediata para sua eliminação**. 1999. Disponível em: <http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:1849585729961720::NO:12100:P12100_INSTRUMENT_ID:312528:NO> Acesso em: 29 jun. 2019.

REIS, Suzéte da Silva; CUSTÓDIO, André Viana. Fundamentos históricos e principiológicos do direito da criança e do adolescente: bases conceituais da teoria da proteção integral. **Justiça do Direito**, Passo Fundo, v. 31, n. 3, p. 621-659, set./dez. 2017.

SOUZA, Ismael Francisco de. **A erradicação do trabalho infantil e as responsabilidades do conselho tutelar no município de Florianópolis**. 2016. 277 f. Tese (Doutorado em Direito), Programa de Pós-graduação em Direito, Universidade de Santa Cruz do Sul, Santa Cruz do Sul, 2016.

CAPÍTULO V

POLÍTICAS PÚBLICAS E A JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE

DOI: <http://dx.doi.org/10.18616/dirhum11>

Anizio Pires Gavião Filho

VOLTAR AO SUMÁRIO

INTRODUÇÃO

A presente investigação pretende tratar das discussões em torno da judicialização da política.

Essa temática pode ser examinada a partir de vários aspectos e enfoques, mas o que se pretende aqui responder é se o constitucionalismo de direitos leva à judicialização dos direitos e, com isso, desemboca na judicialização da política, cujo resultado é o Estado de Direito judicial ou dos juízes.

Essa investigação se justifica tanto pelo enfoque científico como sobre a perspectiva da aplicação do Direito na prática judicial. Não são poucas as pesquisas destinadas a alcançar cientificidade nas discussões sobre a judicialização da política. Igualmente, não são poucas as decisões dos juízes e tribunais que podem ser inseridas no contexto da discussão sobre judicialização da política ou politização da jurisdição.

Nos dois planos, as divergências são intensas. No âmbito da prática judicial dos tribunais, um número expressivo de decisões diz que a implementação de políticas públicas é uma atividade de competência do Poder Executivo. Por outro lado, igualmente, muitas decisões reconhecem à atividade jurisdicional a competência e legitimidade para a concretização de políticas públicas.

Cada uma dessas posições se acha acompanhada por razões e argumentos. Diante desse quadro, então, o que segue tem a pretensão de discutir essas razões e o objetivo de responder, ainda que parcialmente, questões como as seguintes. O que se quer dizer com limites à judicialização da política? A política pode ser judicializada? O que é apenas e tão somente execução de política pública? Esse é o caso quando da não execução de uma política pública resulta violação a direitos fundamentais? Ações materiais de concretização dos direitos fundamentais a prestações (direitos fundamentais sociais) se acham integralmente inseridas no âmbito do que se costuma designar como espaço de discricionariedade administrativa para a realização de políticas públicas?

Os casos de omissões do Poder Executivo nas áreas da saúde, educação, habitação, segurança e meio ambiente, que configuram violação de direitos fundamentais, devem ser ainda tratados como assunto de política pública?

Quando e quais são as condições sob as quais uma omissão estatal consistente em não fornecer medicamentos, internações ou procedimentos cirúrgicos ou não recuperar uma área ambiental degradada pelo depósito de lixo configura violação de direitos fundamentais?

A fim de que essas questões possam ser respondidas, a investigação proposta tratará, inicialmente, das concepções sobre política e políticas públicas. Em seguida, são apresentadas formulações sobre os direitos fundamentais sociais e, notadamente, sobre o direito fundamental à saúde. Por fim, será apresentada a metodologia da ponderação como critério para a concretização de posições fundamentais jurídicas definitivas do direito fundamental à saúde, a saber, o reconhecimento judicial de direito subjetivo definitivo a prestações estatais materiais consistentes em serviços médicos e prestações de serviços de saúde.

POLÍTICA E POLÍTICAS PÚBLICAS

A questão central a ser respondida sobre os questionamentos propostos é em que sentido se emprega judicialização e política. Daí, então, pode-se falar em judicialização da política e em limites da judicialização da política. Essa questão coloca no centro o significado atribuído às palavras *política* e *judicialização*.

Em uma primeira aproximação, pode-se tomar judicialização da política como o levar à apreciação dos juízes e tribunais as escolhas políticas que se acham inseridas no espaço de discricionariedade da administração. Nesse caso, significa afirmar que as decisões dos juízes e tribunais são decisões de políticas. Algo diferente é dizer que as decisões judiciais são decisões políticas. Em sentido amplo do que é *o político*, os juízes e tribunais são políticos e tomam decisões políticas.

Isso, contudo, difere do afirmar que os juízes decidem questões de política. Questões de política são questões da administração e não da jurisdição, mesmo da constitucional. Decisões sobre políticas públicas são decisões de política. As políticas públicas são atividades estatais de elaboração,

planejamento, execução e financiamento de ações voltadas à consolidação do Estado de Direito constitucional democrático e promoção e proteção dos direitos fundamentais.

A proteção e o cumprimento dos direitos fundamentais estabelecidos pela Constituição Federal são realizados pelo Estado, mediante a execução de políticas públicas em diversas áreas, como: segurança pública, saúde, educação, meio ambiente, lazer etc. Se uma questão se acha inserida no âmbito da implementação de políticas públicas, então, não deve haver dúvida. Cuida-se de competência da administração. Essa questão se acha inserida no espaço liberado da discricionariedade do administrador público. O juiz não detém legitimidade e competência institucional para decidir como devem ser conduzidas as políticas públicas de promoção dos objetivos estatais estabelecidos na Constituição Federal.

Efetivamente, no marco do sistema jurídico de um Estado de Direito constitucional democrático, o espaço do liberado pela Constituição Federal ao Poder Legislativo e ao Poder Executivo não pode ser invadido pela atuação da jurisdição constitucional ou infraconstitucional.

O espaço do político e do jurídico, quando definidos pela Constituição Federal, determinados estão. O contrário disso é a politização da jurisdição e a judicialização da política com sérios prejuízos para a democracia e, até mesmo, para os direitos fundamentais. A jurisdição detém um papel político, mas sua atuação política se dá nos limites da interpretação judicial constitucional e infraconstitucional.

Então, a definição, o planejamento e a execução das políticas públicas, nisso inserida a determinação das ações materiais concretas a serem executadas e a destinação dos recursos públicos, previstas na lei orçamentária para a concretização dessas ações, compete ao administrador público, no marco do espaço liberado pelo legislador constitucional e infraconstitucional.

A judicialização da política não se acha justificada no marco do ordenamento do Estado de Direito constitucional democrático.

A JUDICIALIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS

O problema é que a judicialização dos direitos fundamentações sociais, que são direitos a prestações estatais, identifica-se com a implementação de políticas públicas e, com isso, à judicialização da política.

O resultado é a concretização de políticas pela jurisdição e não pela administração.

Os argumentos apresentados à judicialização dos direitos fundamentais sociais se acham substancialmente assentados no princípio formal da divisão das funções estatais.

Argumenta-se que a concretização material dos direitos fundamentais sociais a prestações depende, primeiro, da iniciativa do Poder Legislativo, colmatando a normalização constitucional e, segundo, da atuação do Poder Executivo. Os direitos fundamentais sociais, como são entendidos os direitos a prestações materiais, são direitos cuja exigibilidade judicial somente pode realizada após a atuação do legislador infraconstitucional¹.

O argumento central é o de que cabe ao legislador e ao executivo administrador determinar quais são as ações materiais definitivamente devidas. Nesse contexto, os direitos fundamentais sociais são identificados com políticas públicas. A determinação e a execução de políticas públicas, em qualquer área da atuação estatal, estão inseridas no espaço livre da discricionariedade administrativa². Então, cabe ao legislador e à administração escolher, conforme seus critérios de conveniência e de oportunidade, nisso considerada a disponibilidade de recursos orçamentários, quais devem ser as ações de implementação das políticas públicas. Esse processo de tomada de decisões é político e não jurídico.

Essa formulação implica que o espaço de competência reservado constitucionalmente às decisões políticas do administrador público se acha ex-

1 Cf. Böeckenforde (1999), p. 78-79.

2 Cf. Böeckenforde (1999), p. 82.

cluído da interferência do jurídico e do controle judicial. A intervenção judicial nesse espaço de discricionariedade política conduz à judicialização da política e à hipertrofia da atuação judicial, abarcando a jurisdição a própria função administrativa. Essa hipertrofia configuraria um caso de ativismo judicial não juridicamente autorizado. É que a jurisdição se transforma em administração, com mais prejuízos do que benefícios para a própria concretização dos direitos fundamentais sociais no sentido de sua universalidade.

Outro argumento é que os recursos estatais são escassos ou, mais corretamente, limitados.

A União, cada Estado e cada Município, anualmente, dispõem orçamentariamente de um valor determinado para atender as prestações materiais exigidas à concretização dos mais diversos direitos fundamentais sociais. Cada administrador, então, deve planejar a execução de ações materiais ao longo de cada ano, conforme essa disponibilidade orçamentária, aliás, como determinada na lei orçamentária de cada ente estatal.

Então, a gestão dos recursos e das ações executadas deve seguir o curso normal do planejado, conforme as diretrizes e os problemas como um todo. Essa gestão é política, mas também técnica, o que exige certas competências e habilidades.

O problema é que a imposição judicial de obrigações materiais, consistentes no fornecimento de medicamentos, procedimentos cirúrgicos, internações e assistência médica, para além do já determinado pela administração pública, no marco da legislação infraconstitucional, pode representar um grave comprometimento da gestão total dos recursos públicos.

Nas demandas levadas do Poder Judiciário, o juiz e os tribunais se ocupam de uma situação individual e o seu objetivo é aplicar o Direito de modo a realizar a justiça do caso. Se, conforme a interpretação judicial, a justiça do caso é o fornecimento de uma prestação material qualquer, isso é o definitivamente determinado e deve ser obrigatoriamente cumprido pelo ente estatal.

O que a experiência da prática jurídica revela é que são centenas de milhares de casos em que são demandados, em face dos entes estatais, os mais

variados tipos de prestações materiais, principalmente as prestações do direito fundamental à saúde, e não são poucos os casos em que o resultado é reconhecimento de direitos definitivos a essas prestações materiais. A consequência é incapacidade de uma adequada gestão administrativa e financeira dos recursos públicos destinados à execução das suas próprias escolhas.

O argumento da reserva do possível tem sido oferecido para justificar o não reconhecimento de prestações materiais do direito fundamental à saúde. Esse argumento tem origem na cláusula da reserva do possível, formulada originariamente na jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão³.

Ele diz que as prestações materiais devidas pelo Estado somente podem ser exigidas na medida do que for possível sob o ponto de vista da disponibilidade dos recursos estatais para atendimento das demandas sociais de toda a coletividade. Isso significa que as posições fundamentais jurídicas individuais não são ilimitadas à custa da sociedade como um todo. Os limites estão exatamente naquilo que uma pessoa pode razoavelmente exigir da coletividade⁴.

A cláusula da reserva do possível tem sido apresentada como barreira ao reconhecimento de prestações materiais cuja realização implica custo para o erário. Como os recursos públicos são escassos, a realização das prestações estatais materiais de saúde está condicionada à disponibilidade orçamentária.

Assim, por exemplo, a determinação judicial de que um determinado procedimento cirúrgico seja realizado ou de que um determinado medicamento seja fornecido está condicionada a aquilo que pode ser de fato realizado, conforme os recursos públicos disponíveis. O argumento da reserva do possível nos coloca a questão do custo dos direitos.

3 A expressão reserva do possível foi utilizada pela primeira vez pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão (TCF), em 18 de julho de 1972. Trata-se da decisão BVerfGE 33, 303 (*numerus clausus*), na qual se analisou a constitucionalidade, em controle concreto, de normas de direito estadual que regulamentavam a admissão aos cursos superiores de medicina nas universidades de Hamburgo e da Baviera nos anos de 1969 e 1970. Em razão do exaurimento da capacidade de ensino dos cursos de medicina, foram estabelecidas limitações absolutas de admissão. Essas restrições de acesso ao ensino superior foram questionadas perante o Tribunal Constitucional Federal Alemão (SCHWABE, 2005, p. 656-667).

4 Cf. BVerfGE 33, 303, *in* Schwabe (2005), p. 664-666.

Então, tem-se a seguinte questão. Como resolver o caso em que a jurisdição se vê diante de um pedido em que são deduzidas judicialmente prestações estatais materiais, com base em normas de direitos fundamentais sociais da Constituição Federal?

Por um lado, essas prestações materiais se identificam com a implementação de Políticas Públicas, cuja competência institucional é da administração. Por outro lado, são apresentadas aos juízes e tribunais pretensões de prestações materiais com fundamento em interpretação de normas constitucionais que, como tais, vinculam juridicamente a todos.

O que segue tem a pretensão de justificar que os casos de omissões estatais que resultam em violação de posições fundamentais jurídicas definitivas do feixe de posições fundamentais jurídicas de direitos fundamentais encontram justificação racional no marco do ordenamento jurídico.

Essa justificação pressupõe uma teoria dos princípios e uma teoria dos direitos fundamentais. Elas dizem que os direitos fundamentais são princípios e os princípios se aplicam mediante ponderação. A ponderação exige uma teoria da argumentação racional⁵.

A PONDERAÇÃO

A teoria dos princípios diz que o sistema jurídico é um sistema de normas jurídicas que são regras e princípios.

As regras são normas que ordenam definitivamente e, por isso mesmo, mandamentos definitivos, que devem ser cumpridos exatamente conforme o determinado. Se uma regra vale, então, está ordenado fazer exatamente o fixado no espaço do fático e do juridicamente possível. Por isso mesmo, é correto dizer que as regras são normas que ordenam, proíbem ou permitem algo definitivamente ou autorizam algo definitivamente⁶. O dever estabelecido pelas regras é sempre definitivo. A maioria das regras ordena algo para o caso de que determinadas condições sejam satisfeitas, de tal sorte que são normas

5 Cf. Schauer (2012), p. 316.

6 Cf. Alexy (2000), p. 295.

condicionadas. Quando os pressupostos da regra estão cumpridos, produz-se a consequência jurídica estabelecida. Assim, quando uma regra vale e é aplicável, é ordenado fazer rigorosamente aquilo que ela determina.

Os princípios são normas que ordenam que algo seja realizado em uma medida tão alta quanto possível relativamente às possibilidades fáticas e jurídicas. Os princípios são mandamentos a serem otimizados, de tal sorte que admitem cumprimento em diferentes graus, conforme as possibilidades fáticas e jurídicas – as possibilidades jurídicas são exatamente os princípios em sentido contrário⁷. Os princípios contêm um dever ideal e, por isso mesmo, não contêm um dever definitivo, mas um dever *prima-facie*. Como mandamentos ideais, exigem mais do que é possível realmente⁸. Princípios colidem com outros princípios e, por isso, a forma típica de aplicação dos princípios é a ponderação⁹. Somente a ponderação leva do dever-*prima-facie* ideal ao dever real e definitivo¹⁰. Por isso mesmo, essas normas estabelecem posições fundamentais jurídicas e deveres jurídicos *prima-facie*. Após a ponderação é que será possível a configuração de posições fundamentais jurídicas e de deveres definitivos, passíveis de exigibilidade judicial.

A compreensão do sistema de normas jurídicas como um modelo de regras e de princípios permite a identificação das normas de direitos fundamentais como princípios. A teoria dos princípios propõe o enunciado de que os direitos fundamentais são princípios. Então, as normas de direitos fundamentais são mandamentos a serem otimizados, cumprindo-se em diferentes graus, conforme as possibilidades fáticas e jurídicas. As possibilidades jurídicas são outros direitos fundamentais que entram em jogo na ponderação, disso resultando o grau de realização dos direitos fundamentais. Os princípios e, assim, os direitos fundamentais, são ponderados, pois esta é sua forma de aplicação¹¹.

7 Cf. Alexy (2000), p. 295.

8 Cf. Alexy (2007), p. 37.

9 Cf. Barak (2012), p. 346.

10 Cf. Alexy (2007a), p. 64.

11 Cf. Alexy (2015), p. 147.

É daí que resulta a relação de implicação recíproca entre o caráter de princípio de uma norma de direito fundamental e o princípio da proporcionalidade em sentido amplo: “o caráter de princípio implica o princípio da proporcionalidade e vice-versa”¹².

A ponderação está dentro do princípio da proporcionalidade. É que o princípio da proporcionalidade se compõe de três princípios parciais: *a*) idoneidade; *b*) necessidade; *c*) proporcionalidade em sentido restrito. A ponderação é o princípio da proporcionalidade em sentido restrito. Os três princípios parciais expressam uma ideia de otimização. O princípio parcial da proporcionalidade em sentido restrito é o lugar da ponderação e diz com cumprimento do mandamento de otimização conforme as possibilidades jurídicas¹³.

Este princípio parcial se deixa formular como a primeira lei da ponderação ou lei da ponderação material e que diz: quanto mais alto é o grau de não cumprimento ou prejuízo de um princípio, tanto maior deve ser a importância do cumprimento do outro¹⁴. Essa formulação pode ser dada igualmente deste modo: quanto maior o grau de intensidade da intervenção em um princípio *P*, maior deve ser o grau de importância da realização de outro princípio fundamental *P*.

A verificação desses graus deve ser realizada em três passos: *a*) deve ser comprovado o grau de não cumprimento ou prejuízo de um princípio – ou o grau de intensidade da intervenção ou restrição nas posições fundamentais jurídicas *prima facie* de um direito fundamental ou nas dimensões do bem jurídico coletivo constitucionalmente protegido; *b*) deve ser comprovada a importância do cumprimento do princípio em sentido contrário – ou o grau de importância dos fundamentos que justificam a intervenção nas posições fundamentais jurídicas *prima facie* de um direito fundamental ou nas dimensões do bem jurídico coletivo constitucionalmente protegido; *c*) deve ser comprovado se a importância do cumprimento do princípio em sentido contrário justifica o prejuízo ou não cumprimento do outro princípio – ou se a importância

12 Cf. Alexy (2007), p. 50; Borowski (2003), p. 50.

13 Cf. Alexy (1994), p. 146.

14 Cf. Alexy (1994), p. 146.

da realização das posições fundamentais jurídicas *prima facie* de um direito fundamental justifica a restrição das posições fundamentais jurídicas *prima facie* de outro direito fundamental¹⁵.

O resultado dessa operação é o estabelecimento de uma relação de precedência condicionada entre os direitos fundamentais ou os bens jurídicos coletivos constitucionalmente protegidos.

Diferentemente do que parecem sugerir algumas decisões judiciais¹⁶, os princípios da divisão dos poderes e o da disponibilidade orçamentária não detém primazia ou precedência absoluta sobre todos os outros princípios constitucionais, notadamente sobre as normas de direitos fundamentais. A precedência deve ser sempre condicionada às circunstâncias da situação concreta tomada, e não incondicionada, pois todos os princípios constitucionais, em abstrato, encontram-se no mesmo nível – não existem direitos absolutos.

Assim, um caso de exigibilidade judicial de uma prestação material do direito fundamental deve ser resolvido pela ponderação, porque se cuida de um caso que coloca uma colisão de princípios. A determinação da relação de precedência de um princípio sobre o outro ou os outros é sempre condicionada às circunstâncias do caso concreto.

Portanto, a correta interpretação do caso e suas particularidades, bem como a segurança das afirmações empíricas, são decisivas para a ponderação.

A lei da ponderação diz que o grau de intensidade de intervenção em um princípio deve estar justificado pelo grau de importância da realização do outro princípio. Nos casos de demandas judiciais em que são deduzidas prestações materiais do direito fundamental à saúde, deve-se investigar o grau de importância da realização dessa prestação material para a pessoa que formula o pedido judicial. Esse grau pode ser medido também pelo prejuízo que a não realização da prestação material pode resultar para essa pessoa.

Se alguém deduz um pedido de internação hospital ou realização de algum procedimento cirúrgico, o que deve ser verificado, no caso concreto, é

15 Cf. Alexy (2007b), p. 133.

16 Cf. STJ, RESP 63128, j. 20/05/1996, DJ 20/05/1996; STJ, RESP 169876, j. 16/09/1998, DJ 16/09/1998.

qual o grau de importância disso para quem formula essa pretensão ou qual é grau de prejuízo que pode resultar para a saúde dessa pessoa a negativa da internação hospital ou da realização do procedimento.

Um grau alto de importância ou um grau alto de prejuízo joga pesadamente em favor da precedência condicionada do direito fundamental à saúde em relação aos princípios formais da divisão dos poderes e da disponibilidade administrativa. Assim, por exemplo, o argumento de que a negativa de internação ou de realização de um procedimento cirúrgico vai implicar a morte da pessoa ou que vai comprometer e agravar severamente suas condições de saúde.

Um grau baixo de importância ou um grau baixo de prejuízo já coloca dificuldade para a precedência condicionada do direito fundamental à saúde sobre os outros princípios. Assim, por exemplo, o argumento de que a negativa da prestação material de um medicamento configura um passageiro desconforto ou que o ente estatal disponibiliza outros medicamentos com aproximado grau de eficácia.

O grau atribuído à importância de satisfação do direito fundamental à saúde ou o grau atribuído ao prejuízo pela não satisfação da prestação material deve ser comparado com o grau de intensidade de intervenção ou prejuízo que a satisfação da prestação material deduzida faz sentir no princípio formal da divisão dos poderes e da disponibilidade orçamentária.

Na verdade, a satisfação de uma prestação material deduzida por alguém pode afetar não apenas o espaço da discricionariedade da administração estatal e os recursos públicos destinados à área de saúde, mas também posições fundamentais jurídicas de outras pessoas, também titulares de posições fundamentais jurídicas do direito fundamental à saúde. Esse é o caso quando a satisfação da prestação material deduzida por uma pessoa representar impacto de significativa repercussão na disponibilidade dos recursos públicos. Assim, por exemplo, quando uma pessoa deduz pedido para fornecimento de um medicamento importado ou a realização de algum tratamento no exterior, com custo bastante elevado, comparado ao custo dos medicamentos e dos tratamentos normalmente disponibilizados no mercado interno.

Nesse caso, a satisfação da prestação material deduzida configura alto grau de intensidade de intervenção ou de prejuízo no espaço de atuação da gestão administrativa dos recursos públicos e, também, de outras pessoas, que igualmente são titulares do direito fundamental à saúde.

A atribuição desses graus deve ser seguida pelo estabelecimento de uma relação entre eles. Um alto grau de importância de satisfação ou de prejuízo pela não satisfação do direito fundamental saúde justifica a sua precedência sobre os outros princípios, desde que o grau de intensidade de intervenção ou de prejuízo destes seja médio ou baixo. Se for igualmente alto, então, tem-se um empate.

Em qualquer caso de empates, deve prevalecer o decidido pela administração estatal, o que significa a inexigibilidade judicial. Nesse caso, não se tem configurada uma precedência de um princípio sobre o outro e, portanto, não pode ser justificada a exigibilidade judicial da prestação material deduzida.

Um médio grau de importância de satisfação ou de prejuízo pela não satisfação do direito fundamental saúde justifica a sua precedência sobre os outros princípios, desde que o grau de intensidade de intervenção ou de prejuízo destes seja baixo. Se igualmente médio, então, há empate, caso que a prestação material não pode ser alcançada judicialmente porque não estabelecida a relação de precedência.

Um baixo grau de importância de satisfação ou de prejuízo pela não satisfação do direito fundamental saúde não pode justificar qualquer relação de precedência sobre os outros princípios, pois o grau de intensidade de intervenção ou de prejuízo destes não pode ser menor do que baixo.

Tem-se, igualmente, um empate, o que implica inexistência de relação de precedência para justificar a exigibilidade judicial da prestação material.

A atribuição desses graus não pode ser arbitrária e desacompanhada de premissas empíricas seguras. Essa formulação destaca duas questões.

Primeiro, que a atribuição de graus deve ser fundamentada. O intérprete judicial não se desincumbe devidamente do dever de ônus argumentativo quando apenas atribui graus e não apresenta razões para justificar os graus atribuídos.

Segundo, essa atribuição de graus deve se achar acompanhada de evidências empíricas. O afirmado em relação ao estado das coisas deve ser justificado por meio de premissas empíricas seguras.

A lei epistêmica da ponderação diz que quanto maior o grau de intervenção em um princípio, tanto maior deve ser a segurança das premissas empíricas justificadoras dessa intervenção. Então, não basta afirmar que a realização de uma prestação material como um procedimento cirúrgico é de grande importância para a saúde da pessoa ou que o prejuízo da negativa de realização do procedimento é extremo. O que for afirmado deve ser acompanhado de razões e evidências objetivas¹⁷.

Quando se afirma que o medicamento x não produz os efeitos pretendidos ou que existem outros medicamentos já disponibilizados pelo ente estatal com a mesma eficácia, devem ser apresentados provas objetivas a fim de que possa ser verificada a verdade do afirmado. Quando se diz que a realização de uma medida de internação hospitalar ou a de um procedimento cirúrgico deve ser imediatamente alcançada, igualmente, esse deve ser o caso e evidências concretas devem ser apresentadas.

O resultado da ponderação é o estabelecimento de uma relação de precedência condicionada de um princípio sobre o outro ou os outros em colisão. Trata-se, sempre, de relação de precedência condicionada porque estabelecida em atenção às circunstâncias do caso concreto, que dizem exatamente com a determinação dos graus de intensidade de intervenção em um princípio e o de importância de realização de outro princípio, a partir das evidências empíricas apresentadas e disponíveis.

Com isso, então, a ponderação leva à regra que diz que está ordenada definitivamente a consequência jurídica do princípio que detém a precedência.

Tem-se, então, uma posição fundamental jurídica definitiva, o que significa um direito subjetivo definitivo passível de exigibilidade judicial.

17 Cf. Alexy (2007c), p. 91; Klatt e Johanés (2015), p. 60-67.

CONCLUSÕES

Assim, podem ser justificadas as seguintes proposições.

1. Os juízes e tribunais detêm legitimidade e competência para impor à administração a realização de prestações fáticas ou materiais, quando violadas posições fundamentais jurídicas definitivas do direito fundamental à saúde.
2. Quando a omissão estatal que configura ofensa a uma posição fundamental jurídica definitiva, a questão ultrapassa os limites da chamada concretização de políticas públicas. Nesse caso, não há apenas uma questão de realização de política pública, mas também de violação de uma posição jurídica definitiva de uma disposição jurídica de direito fundamental.
3. A teoria dos princípios, a teoria da argumentação e a ponderação mostram que as objeções ao reconhecimento de posições fundamentais jurídicas definitivas podem ser superadas.
4. A configuração de uma posição fundamental jurídica definitiva a uma prestação material de saúde depende da ponderação de princípios.
5. As normas de direitos fundamentais são princípios, que se cumprem em graus, conforme as possibilidades fáticas e jurídicas.
6. Os princípios são aplicados mediante ponderação, que o é o terceiro princípio parcial do princípio da proporcionalidade.
7. Somente depois da ponderação de princípios é possível se falar de posições fundamentais jurídicas definitivas. Antes, apenas de posições fundamentais jurídicas *prima-facie*.
8. Essa formulação pressupõe exatamente a ausência de princípios absolutos.
9. Os princípios da divisão dos poderes e da disponibilidade orçamentária, que abrigam as principais objeções aos direitos fundamentais a prestações materiais, como o argumento da discricionariedade administrativa e o argumento da reserva do possível, são princípios e, como tais, ponderáveis e superáveis.
10. O caso não é de limites à judicialização da política.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. **Theorie der Grundrechte**. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994.
- ALEXY, Robert. On the Structure of Legal Principles. *In: Ratio Juris*, v. 13, n. 3. Sept. 2000, p. 294-304.
- ALEXY, Robert. A institucionalização da razão. *In: Constitucionalismo discursivo* (trad. Luís Afonso Heck). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007p. 19-40.
- ALEXY, Robert. Direitos fundamentais no estado constitucional democrático. *In: Constitucionalismo discursivo* (trad. Luís Afonso Heck). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007a, p. 41-54.
- ALEXY, Robert. A fórmula peso. *In: Constitucionalismo discursivo* (trad. Luís Afonso Heck). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007b, p. 131-153.
- ALEXY, Robert. Thirteen Replies. *In: Pavlakos, George (Ed.). Law, Rights and Discourse*. Oxford: Hart Publishing, 2007c, p. 333-366.
- BARAK, Aharon. **Proportionality**. New York: Cambridge, 2012.
- BÖCKENFÖRDE, Ernest-Wolfgang. **Escritos sobre derechos fundamentales** (trad. Juan Luis Pagés; Ignacio Villaverde Menéndez). Baden-Baden: Nomos, 1993.
- BOROWSKI, Martin. **La estructura de los derechos fundamentales** (trad. Carlos Bernal Pulido). Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 2003.
- KLATT, Matthias; JOHANES, Schmidt. **Espaços no direito público. Para a doutrina da ponderação da teoria dos princípios** (trad. Luís Afonso Heck). Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2015.
- SCHAUER, Frederick. Balancing, subsumption, and the constraining role of legal text. *In: KLATT, Mathias (Ed). Institutionalized reason*. Oxford: Oxford University, 2012, p. 307-316.

SCHWABE, Jürgen. **Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão.** (org. e introd. Leonardo Martins). Montevideu: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2005.

CAPÍTULO VI

SITUAÇÃO DAS MINORIAS ÉTNICAS NOS PAÍSES DO BRICS: ANÁLISE COMPARADA DA (IN)EFETIVIDADE DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE PROTEÇÃO E AUTONOMIA DAS MINORIAS ÉTNICAS NAS QUATRO MAIORES ECONOMIAS EMERGENTES DO MUNDO¹

DOI: <http://dx.doi.org/10.18616/dirhum12>

Diva Júlia Safe
Saulo Pinto Coelho
Ricardo Spindola Diniz

VOLTAR AO SUMÁRIO

¹ Fruto de pesquisa que contou com o apoio do Programa de Doutorado Pleno no Exterior, da CAPES, e com fomento do PPGDP-UFG e seus parceiros institucionais.

INTRODUÇÃO

O presente artigo pretende apresentar os dados levantados e interpretados no tocante à efetivação de direitos fundamentais relacionados a minorias étnicas nesses quatro países, de uma perspectiva jurídico-comparada. A presente investigação se insere em um projeto maior dedicado a concomitantemente identificar, articular, e projetar as convergências e divergências quanto às respectivas autocompreensões constitucionais de países em desenvolvimento e de modernidade tardia, voltando-se especificamente para a articulação *in fieri*, em nível de experiência jurídica, das culturas constitucionais. Nesse primeiro momento do projeto, restringiu-se a comparação aos membros-constituintes do BRICS, Brasil, Rússia, Índia e China (não foi incluída no levantamento a África do Sul, país que também compõe o bloco), amparando-se no sentido hermenêutico que pode ser projetado à articulação do bloco, por indicar que esses países se interpretam como a compartilhar problemas e desafios estruturais semelhantes sem que, em razão de sua estrutura jurídico-constitucional, projetem para tanto a homogeneização mimetizada de soluções.

A partir da comparação hermenêutica das experiências jurídicas foram três as dimensões identificadas para dar conta da concretude das quatro experiências jurídicas: a história de formação das culturas constitucionais, a atualidade da linguagem constitucional no tocante às categorias dos direitos fundamentais, e a articulação dessa linguagem no tocante ao enfrentamento de problemas relacionados a minorias de gênero e minorias étnicas. No tocante as minorias étnicas, objeto do presente trabalho, buscou-se sistematizar o entendimento da problemática pelo discurso jurídico-intelectual autóctone de cada país e a estrutura nomológica das políticas públicas voltadas para esses sujeitos de direito, contrastada pelos indicadores internacionais vigentes quanto ao tema e a identificação de narrativas e estudos de caso que mostrem a operatividade da linguagem constitucional na cotidianidade dessas ordens jurídicas.

Como principais achados, constatou-se o seguinte:

1. Nos quatro países, é possível interpretar o desenvolvimento da situação das minorias étnicas em nível de discurso jurídico-constitucional como a caracterizar uma passagem de uma situação de invisibilidade a de uma visibilidade formal, a partir da qual essas minorias são nomologicamente reconhecidas na sua especificidade nos textos constitucionais dos quatro países;
2. Esse reconhecimento se vê estrategicamente reconsiderado, contudo, no momento de densificação constitucional, quando a estruturação do exercício da autonomia por esses grupos se vê limitada, de um lado, por imperativos sistêmicos ligados ao desenvolvimento econômico e preocupações geopolíticas ligadas à unidade nacional, e de outro, por compreensões normativas a respeito do sentido da inclusão constitucional desses grupos, influenciadas pela memória cultural e institucional dos quatro países que vingam desde uma perspectiva integracionista à completa negação do problema, por vezes anunciado como superado;
3. Ambos os lados da configuração concreta dos direitos das minorias étnicas constitucionalmente positivados possibilitam a articulação governamental de estratégias de cooptação de lideranças relacionadas a minorias étnicas, tendo por pressuposto a atualização de uma identidade nacional etnicamente pré-informada, ocultando os processos de estratificação social dessas minorias, e não contribuindo para a integração social, dada a implosão, especialmente nas realidades indiana, russa, e chinesa, de conflitos étnicos marcados pela violência e de consequências políticas ainda incertas.

A SITUAÇÃO DAS MINORIAS ÉTNICAS NA RÚSSIA

A questão das minorias étnicas na Rússia está intimamente conectada com a história de seu federalismo, enquanto discurso, e de sua federação, enquanto forma do Estado. Ainda que a convivência de várias etnias sobre um mesmo território seja fato corriqueiro desde as expansões do império czarista, a multiplicidade de etnias, ou nacionalidades, somente se converteu em um problema perante as primeiras tentativas de modernização das últimas décadas czaristas, então concomitantes à formação de um Estado nacional. Até então,

como assinala Bill Bowring, o coração da política imperial a respeito dos povos anexados não era nacional, mas social, voltada para a segurança e estabilidade do Império, de modo que, conseqüentemente, seu princípio fundamental se encontrasse na divisão e estratificação social e por classe, e não por nacionalidade ou religião (BOWRING, 2002). Assim, quando as elites a partir do séc. XVII buscaram eleger oficialmente uma dentre as etnias (no caso, a etnia russa) para culturalmente embasar a cidadania do Estado nacional russo, o fracasso em termos de fragmentação territorial se mostrou incontornável, com o conseqüente abandono de tais intentos.²

Essa ameaça se mostraria mais uma vez presente no período pós-revolucionário. A noção de “nacionalidade” era considerada por Lenin e pela liderança revolucionária em geral como “pequeno-burguesa” e contrarrevolucionária, ao contestar e minar a universalidade do proletariado (YAZ’KOVA, 2006). No mesmo sentido, em consonância com a doutrina marxista, a estrutura federativa era interpretada como resquício de um particularismo feudal, preferindo-se e exaltando-se o que se chamava por “centralismo democrático”. Contudo, o federalismo, ainda que não a federação como estrutura do corpo político propriamente dita, se mostrou a solução e a salvação para a iminente fragmentação da recém-constituída União das Repúblicas Socialistas Soviéticas. Pensada originalmente como uma solução temporária, ela acabou permanecendo, e, nas palavras de Michael Burgess, o que era de início tido pelo marxismo como uma corruptela constitucional foi elevada a um mito político, enquanto um poderoso símbolo ideológico da realização na Rússia da “autodeterminação dos povos” em uma união voluntária de repúblicas

2 Nas fortes palavras de Anatoly Khazanov, “o Estado russo nunca foi em sua história um estado-nação, e no presente momento dificilmente pode ser assim caracterizado. Ele continua sendo um estado multiétnico em que o processo de construção cívica-nacional se encontra com muitos problemas e dificuldades. Na Rússia, a construção do Império precedeu e preveniu a construção de uma nação, não apenas do tipo cívico, mas, até certo ponto, mesmo a de um tipo étnico. Até a revolução Bolchevique, a nação russa, ou, melhor dizendo, o povo (*narod*) russo era oficialmente concebido principalmente em termos linguísticos e religiosos (a profissão da fé cristã-ortodoxa). Tal concepção carecia de limites territoriais claros. Todos os territórios conquistados do Império eram considerados como partes inalienáveis da Rússia, ‘única e indivisível’”. (KHAZANOV, 1997, p. 132).

constituintes. Em suma, um federalismo, enquanto ideologia, sem federação, enquanto estrutura (BURGESS, 2009).

Para o autor, esse processo deixou marcas inconfundíveis no próprio texto constitucional de 1977. Nesse sentido, enquanto por meio do artigo 70 se declarava ser a URSS um estado multinacional, integral, federal e formado sob o princípio do federalismo socialista como resultado da livre autodeterminação dos povos e da associação voluntária das repúblicas socialistas soviéticas, no artigo 3 se estabelecia que o Estado soviético se organiza e funciona com base no princípio do centralismo democrático (UNIÃO DAS REPÚBLICAS SOCIALISTAS SOVIÉTICAS, 1985). De modo que, em que pese o discurso federalista, o Estado soviético era, substancial e estruturalmente, um Estado unitário multinacional. Esse estado de coisas deixou profundos marcos na atual Federação Russa.

O “pseudofederalismo” soviético se divide por critérios de caráter étnico-territorial. Em uma incontestada política de *divide et impera*, nas palavras de Khazanov (1997), efetuava-se um controle estatal das identidades étnicas, vinculando-as, por vezes arbitrariamente, a determinados territórios, com a concomitante concessão de certo grau de autonomia em termos políticos e linguísticos-culturais, em uma hierarquia que ia das repúblicas constituintes da União, passando pelas repúblicas autônomas e regiões autônomas, aos distritos autônomos. Para além das declarações de soberania (a chamada “parada das soberanias”) que se seguiram à queda da União Soviética, talvez a consequência mais presente dessa política de nacionalização de territórios (feita em uma lógica vertical, de cima para baixo, com base na identificação estratégica de etnias “titulares”) seja os atuais chauvinismo e xenofobia interétnicos característicos da sociedade russa, fruto da incontestada, mas oficialmente negada, hierarquização étnica do período soviético (BURGESS, 2009).

Em termos organizacionais, a influência também é patente. Os 81 entes federativos componentes da Federação Russa, conforme o artigo 65 da Constituição de 1993, estão divididos em 21 repúblicas (herança das políticas czaristas e soviéticas), 6 *kraits* (territórios), 49 *oblasts* (províncias), 2 cidades federais, 1 *oblast* autônomo, e 10 *okrugs* (distritos) autônomos (BOWRING,

2002). As repúblicas, a província autônoma, e os distritos autônomos são considerados “nacionais”, ou “étnicos”, o que consolida formalmente a distinção entre etnias “titulares” (vinculadas ao menos “titularmente” a um território) e etnias “não-titulares”. Das 193 etnias presentes no território russo (das quais 46 são povos indígenas), apenas 41 estão retratados, individual ou em conjunto com outros, os nomes das referidas 32 regiões “autônomas”. Contudo, “não-titularidade” não implica, na prática, necessariamente em exclusão, ao menos não institucionalmente, segundo Vladimir Malakhov e Alexander Osipov. Ainda que essa distinção seja reproduzida legislativamente, de uma maneira muito incerta e indireta, seu principal efeito é retórico e simbólico, manifestando-se no debate público e acadêmico, segundo os autores (MALAKHOV; OSIPOV, 2006).

Demograficamente, as etnias titulares não constituem maioria em 12 das 21 repúblicas, compondo 50,1% da população das repúblicas como um todo, e apenas 12,5% da província e distritos autônomos (MALAKHOV; OSIPOV, 2006), ainda que, em geral, todas as minorias étnicas representem juntas 19% da população (com apenas 6 etnias ultrapassando 1 milhão de pessoas, quais sejam, Tártaros, Ucrrianos, Bashkires, Chuvaches, Chechenos e Armênios), com os outros 81% sendo formados por pessoas da etnia russa, em um total de 144 milhões de pessoas. Ou seja, em muitas dessas repúblicas, as etnias “titulares” são “minorias”, ainda que as etnias “não titulares” também sejam, estando a maioria com a etnia russa. O que pode parecer o reconhecimento pelos russos dessas minorias, por haver sido construída ao longo da história da URSS em geral por motivos político-estratégicos, acabou por produzir muitas situações em que essa titularização do território é abstrata, negando-se a outras minorias reconhecimento e autonomia federativa.

Em razão da íntima conexão entre etnia e federalismo na Rússia, uma federação mais centralizada implica em menor autonomia para as minorias étnicas e vice-versa. De fato, poucas são as diferenças entre as regiões nacionalmente autônomas e aquelas que não são; no que diz respeito às diferenças entre Repúblicas e províncias, por exemplo, destacam-se duas somente: o direito a adotar uma constituição própria, sem necessidade de aprovação

pela Federação, e o direito de introduzir suas próprias línguas como oficiais. Assim, em alguma medida, a estrutura federativa deve ser analisada de uma perspectiva relacionada aos direitos das minorias étnicas.

Nesse contexto, B. N Topornina, reconhecido constitucionalista no país, segundo Andreas Heinemann-Grüder, entende que o direito a autodeterminação das minorias étnicas encontraria seus limites toda vez que a unidade do Estado, os direitos humanos, ou a “unidade nacional” estivessem ameaçadas. Em todo caso, permanece questionável se a atual³ distribuição de competências é medida proporcionalmente adequada para tanto, cabendo à federação aproximadamente 700 áreas temáticas de sua responsabilidade, contra 50 das regiões. No mesmo sentido, até 2012, os chefes executivos (normalmente denominados como “governadores”, excetuando-se o caso das Repúblicas Étnicas, nas quais o título normalmente é de “Presidente da República”) de cada região eram nomeados pelo Presidente da Federação Russa, sendo confirmados pelos respectivos parlamentos (HEINEMANN-GRÜDER, 2009).

O resultado é, ainda com Heinemann-Grüder, o vigorar de um centralismo institucionalmente instável, caracterizado por sua permanente reconstrução e seu reiterado desrespeito, na prática, aos princípios constitucionais autonômicos, desaguando num centralismo sistematicamente sobrecarregado, quase incapaz de aprender com seus próprios erros, extremamente personalista e imprevisível. A combinação entre autoritarismo e federalismo, na opinião do autor (HEINEMANN-GRÜDER, 2009), não teria sido bem-sucedida em resolver os conflitos inter-regionais, nem em legitimar as atuais práticas assimilacionistas⁴ (PRINA, 2011). Mesmo assim, tal modelo continuou contando com o aplauso e autorização por parte da Corte Constitucional russa,

3 Para uma discussão a respeito das reformas introduzidas por Vladimir Putin desde que ascendeu à presidência no sistema federativo russo, cf. ALEXANDER, 2004.

4 A autora argumenta que com o fim do governo de Boris Yeltsin, o pluralismo étnico passou a ser entendido como sinônimo de instabilidade vinda de baixo e ineficiência vinda de cima. A resposta a tais complexidades dada por Putin, com sua ênfase no fortalecimento do Estado, em sua opinião, acarretou a disseminação de processos de homogeneização cultural, com a promoção de um conceito cívico de identidade nacional, construída, porém, com elementos étnicos tipicamente russos, simultaneamente rebaixando as demais etnias ao proclamar “o novo cidadão russo” (PRINA, 2011).

que considerava válida a doutrina federalista da “ditadura da lei” de Vladimir Putin, contraposta à inaceitável concepção de “soberania compartilhada” proposta pelas lideranças minoritárias. No entender do Governo e da Corte essa doutrina seria, supostamente, o único modo de evitar que a Federação Russa tenha o mesmo destino da URSS (TROCHEV, 2008).⁵

Em 11 de dezembro de 1994 a Rússia invadiu a Chechênia. Contudo, a rápida restauração da ordem esperada das tropas russas não aconteceu, com sérias consequências tanto para o prestígio do exército russo como para o governo de Boris Yeltsin. Com uma cobertura sem precedentes em termos de independência por parte da mídia, a opinião pública pendeu toda para o fim da guerra, diante das violações massivas contra os direitos humanos, bem como o número elevado de vítimas inocentes, chechenos e russos igualmente (POMERANZ, 1997). Em resposta, as duas casas do parlamento russo decidiram contestar a legalidade da invasão, com ambas peticionando à Corte Constitucional, questionando a validade de quatro atos executivos (3 éditos presidenciais e 1 resolução governamental, todos referentes às medidas militares adotadas quanto à crise em Chechênia), por contrariarem uma série de dispositivos constitucionais e infraconstitucionais relacionados ao balanço de poderes e, especialmente, direitos humanos fundamentais.

Surpreendentemente, após uma instrução processual dramática e marcada por tensões, a maioria decidiu pela validade constitucional dos atos

5 Trochev destaca o quão compartilhada entre os juízes da corte constitucional era a compreensão de que sem um centro forte, a Rússia entraria em colapso: “Lembrando a fraqueza da presidência de Gorbachev em lidar com a queda da URSS, a maioria dos juízes concordava que o centro federal deveria ser forte para salvar a Rússia de um colapso político, econômico e territorial, mesmo se isso significasse o uso desenfreado de coerção, incursões militares, e a preempção federal quase total das autonomias regionais. Desiludidos pela inconsistência do governo federal em cumprir seus julgamentos, e desapontados com a falta de vontade dos governos regionais em agir voluntariamente, a corte Constituição almejava um centro federal mais forte. Essa foi uma trágica escolha entre autoritarismo e a ruína territorial, apesar do federalismo estar intimamente relacionado aos aspectos trágicos da política, como alguns já argumentaram” (TROCHEV, 2008, p. 140-141). Em 1996, continua Trochev, com a ênfase no bilateralismo federal por parte de Yeltsin em sua campanha para a reeleição, os juízes constitucionais foram a público clamar por uma “ditadura da lei”, ansiosos para confirmar a supremacia da Constituição Federal sobre as leis regionais. Diante dessa narrativa, podemos simplesmente questionar se as duas opções fatalistas vislumbradas pelos juízes eram as únicas possíveis.

presidenciais (apesar das duras críticas dos dissidentes). Uma das principais estratégias argumentativas adotadas para tanto foi restringir o âmbito da decisão ao que seriam “questões de direito” (em referência ao artigo 3 [2] da Lei da Corte Constitucional), dele excluindo qualquer referência às violações de direitos humanos decorrentes da invasão militar, então interpretadas como “políticas” e, conseqüentemente, não abarcados pela jurisdição constitucional (FEDERAÇÃO RUSSA, 1994). Concomitantemente, a Corte muito enfatizou a importância e a necessidade de se preservar a unidade da Federação Russa (negando à Chechênia qualquer direito de secessão, ainda que esse ponto em específico não tenha sido levantado por nenhum dos peticionantes), sendo a “integridade do Estado” um dos “fundamentos do sistema constitucional”, ajudando a “garantir os direitos e liberdades constitucionais” de todos os cidadãos russos (POMERANZ, 1997).

William E. Pomeranz avalia que esse posicionamento da Corte Constitucional se tornaria sintomático, pouco ajudando a superar a situação jurídica caótica do país sua recusa em lidar com questões de legitimidade constitucional dos atos de poder. O autor, todavia, ressalva a sensível situação em que os membros da Corte se viam envolvidos, com sua decisão servindo, no fim das contas, para a consolidação do controle de constitucionalidade no país (POMERANZ, 1997). Tal juízo não é de todo incorreto, se se interpretar referente mecanismo assim e tão somente (poeticamente, é possível dizer), isto é, como o firmamento da posição da Corte Constitucional no jogo político na Rússia.

Outra interpretação possível, acentuadamente ética, enxergaria nessa decisão uma primeira e significativa autorização da tão desejada “ditadura da lei”. Ao implicitamente excluir a cidadania, e os direitos a ela atribuídos, de todos os descontentes com a nação Rússia, em concomitância à autorização de amplos poderes ao Presidente da Federação, a Corte Constitucional pagou um alto preço humanitário para conter o risco de um colapso territorial, muito mais alto do que a avaliação de Trochev (ao indiretamente sugerir que o autoritarismo seria o preço a pagar para a manutenção da federação) e a certa condescendência de Pomeranz (ao se referir aos dilemas do federalismo)

dão a entender. Pode-se arriscar, contudo, dizer que este seria um preço que a maioria russa e a sua elite política se mostrariam despreocupadamente disposta a pagar.⁶

Nos dias 26, 27, 29 e 31 de julho de 2013, grupos radicais perpetraram uma autointitulada “Limpeza Russa”, voltando-se para vendedores de rua (como uma espécie de grupo paramilitar ou parapolicial), exigindo a verificação de seus passaportes, virando vendas de frutas e vegetais, e usando de linguagem racista e xenofóbica contra pessoas representativas de minorias étnicas. No último dia, forças policiais detiveram os supostos organizadores das ações, denunciando-os por “vadiagem” (art. 273 do Código Criminal), sem qualquer indicação às motivações por trás de seus atos, malgrado a legislação pertinente (art. 282 do mesmo diploma legal) faça referência expressa ao crime de “incitamento de ódio e inimizade e humilhação da dignidade humana” (FEDERAÇÃO RUSSA, 1996 [tradução livre]). Tais acontecimentos se inserem em uma série de protestos de caráter nacionalista e xenofóbico, ocorrentes pelo menos desde 2006, com um momento crucial em dezembro de 2010, quando milhares de pessoas se reuniram na Praça Manazhnaia, a metros do Kremlin, para demonstrar seu descontentamento em relação às minorias étnicas na Rússia (BALKKISRUD, 2016).

Em uma cuidadosa e detalhada análise das nuances dos discursos proferidos por Vladimir Putin desde sua ascensão à presidência, Helge Blakkisrud destaca a mudança de abordagem deste e uma direta relação com a acentuação dos referidos protestos. Se até 2010 Putin preferia tratar da questão nacional de uma perspectiva estatista, pautando pela construção de uma cidadania pautada em fundamentos cívicos, daí em diante ele passará a cada vez

6 Diversas são as pesquisas realizadas identificando a crescente antipatia da maioria russa em relação às demais etnias. Por exemplo, entrevistas realizadas em 2013 pelo Centro Levada mostraram que: 30% dos russos tinham sentimentos negativos em relação a pessoas originadas de repúblicas russas localizadas ao sul do país que residiam em suas cidades; 25% sentiam raiva; e 6% medo; 66% dos entrevistados concordavam com o slogan “Uma Rússia para os russos”; e 71% com “Parem de alimentar o Cáucaso”. Mais ainda, parcelas consideráveis defendem a adoção de restrições na concessão de permissões de residência na Rússia para pessoas provindas do Cáucaso (54%), da China (45%), antigas repúblicas Soviéticas (45%) e de Roma (32%). Cf. PRINA, 2014.

mais exaltar a etnia russa, em razão, por exemplo, do papel crucial dessa nacionalidade para a formação do Estado russo (*gosudarstvo-obrazuiushchii narod*). Outro exemplo, mais recente, se encontra em um discurso proferido em março de 2014 sobre a inclusão da Crimeia e de Sebastopol na Federação Russa (e, implicitamente, as violações de direitos humanos disso decorrentes)⁷, em que Putin legitima tal curso de ação com o argumento de serem ambos os territórios etnicamente russos, tratando-se assim de uma correção de uma injustiça histórica e de uma questão de autodeterminação étnica (BALKKISRUDE, 2016).

Essa retórica, entretanto, segundo Blakkisrud, ainda não se consolidou efetivamente no campo doméstico das políticas públicas. Políticas as quais, até o presente momento, têm um caráter ambíguo. O principal instrumento, complementar às dinâmicas federativas, é identificado na lei federal sobre Autonomia Nacional-Cultural de 17 de junho de 1996 (FEDERAÇÃO RUSSA, 1996). O conceito de “Autonomia Nacional-Cultural”, anteriormente rejeitado desde o início do período soviético, foi amplamente debatido quando da constituição da Federação Russa. Sua presença é uma constante em vários textos legais, de forma mais genérica, geralmente indicando a particular maneira do governo russo de estruturar o exercício das múltiplas nacionalidades em seu território.⁸

Em contrapartida, na referida normativa, “Autonomia Nacional-Cultural” significa um tipo específico de organização não-governamental (um dentre os mais de trinta hoje existentes na Rússia). Tais organizações só podem ser constituídas em nome de grupos com status de minoria nacional em um determinado território (ainda que a própria lei não especifique o que é entendido por “minoria nacional”, ou quais as características para tal identificação), com a especificação de sua esfera de atividade (se local, regional ou federal). Desde 2004, após decisão da Corte Constitucional Russa, de certo modo a legitimar as práticas restritivas adotadas pelos órgãos administrativos até então, apenas uma Autonomia Nacional-Cultural pode existir como

7 Cf. PARLAMENTO EUROPEU, 2016.

8 Para uma discussão da história do conceito e de seus significados atuais no ordenamento jurídico russo, cf. OSIPOV, 2010; TORODE, 2008.

associação por comunidade étnica em uma dada localidade ou região. Duas são suas principais funções, com as atividades correlatas sendo numeradas de maneira exaustiva no texto legal: aconselhar as autoridades governamentais e instituições oficiais na promoção da língua, educação e cultura de sua etnia; e realizar suas próprias atividades nessas áreas.

A jurística é descrente a respeito das vantagens das Autonomias Nacionais-Culturais em comparação a outras formas de organizações não-governamentais, bem como de seu impacto e efetividade no que diz respeito ao desenvolvimento cultural das minorias étnicas na Rússia.⁹ De todo modo, hoje mais de 60 etnias se constituíram em Autonomias Nacionais-Culturais, estando presentes em 72 das 83 unidades constituintes da Federação Russa. Conforme ponderam Davis Smith e John Hiden, se densidade institucional pode ser considerada uma medida, entre 1996 e 2000, mais de 250 Autonomias Nacionais-Culturais foram constituídas, o que faria da lei um sucesso (SMITH; HIDEN, 2012).

Não obstante, em nossa visão, esse tipo de regulação visa muito mais a permitir um controle e vigilância, por parte do “centralismo” governamental russo, das atividades dessas minorias, do que propriamente estimular sua expressividade e reconhecimento.

A SITUAÇÃO DAS MINORIAS ÉTNICAS NA ÍNDIA

A Índia é o país culturalmente mais diversificado do mundo. Composta por 6 grupos étnicos principais (com a estimativa da existência de mais de 2000 grupos étnicos em seu território), 52 tribos maiores (com 451 tribos reconhecidas no Censo Nacional de 2001, em um universo estimado de 635 tribos), 6 religiões principais, 18 línguas principais com 22 sendo reconhecidas oficialmente, em um universo estimado de mais de 1.600 línguas ou

9 Cf. OSIPOV, 2010. (também para uma valorosa consideração a respeito dos possíveis objetivos da referida legislação); TORODE, 2008. (apontando a dificuldade de se aferir o impacto da lei); PRINA, 2015 (argumentando se tratar basicamente de um instrumento para despolitizar o debate étnico na Rússia).

dialetos (KHAN; RAHMAN, 2009). Essa complexidade vai categorizada pela literatura jurídico-constitucional e político-teórica, tendo em vista as distintas estratégias mobilizadas e normativas estabilizadas pelo Estado indiano para dar conta das questões concernentes às minorias étnicas em seu território, em quatro grupos: linguísticos, religiosos, castas e tribais.¹⁰

A pluralidade da sociedade indiana é inegável (ainda que nublada pelo recurso à violência em níveis tremendos, como se verá). Assim, até mesmo por questões de segurança pública e unidade territorial, o Estado indiano desde sua concepção, já durante os debates de sua Assembleia Constituinte, se viu embarcado no caminho multicultural, com a positivação de direitos coletivos de minorias no texto constitucional¹¹, em contraposição ao modelo ocidental então vigente, com ênfase no indivíduo e de neutralidade cultural, ao menos em termos oficiais, conforme reflexão de Gurpreet Mahajan (2005).

Ainda quando de sua incipiência, e até hoje, muitas das questões concernentes às minorias étnicas se veem articuladas com recurso ao lugar-comum do secularismo¹², servindo tanto para a promoção e defesa dos direitos dessas minorias, como para a contestação e condenação do envolvimento estatal nesses contextos. Assim, o Estado é interpretado, por vezes, como omissivo (no que diz respeito aos conflitos entre os direitos das comunidades religiosas e os direitos das mulheres), ou desnecessariamente ativo (desde o início, por aqueles constituintes que consideravam excessivas as ações afirmativas e reservas parlamentares constitucionalmente determinadas; até hoje, pelas atuais tendências parlamentares de cunho nacionalista, amparadas na maioria Hindu, diante dos crescentes atentados terroristas, cuja consequência é a propagação do discurso de reação e opressão às minorias tidas como responsáveis) (BAJPAI, 2002).

10 Cf. KHAN; RAHMAN, 2009; MAHAJAN, 2005.

11 Para uma análise pormenorizada do regime de direitos de minorias sob a Constituição Indiana (MAHMUD, 1991).

12 Rochana Bajpai oferece uma primorosa análise da importância e das variações semânticas do conceito durante os debates da Assembleia Constituinte e após o que ficou conhecido como incidente *Shah Bano* (BAJPAI, 2002).

Logo, em contraste com a interpretação largamente difundida, de que o secularismo indiano, diferentemente de sua contraparte ocidental, não promove a separação entre Estado e religião, e sim a promoção de todas as religiões, indistintamente (e de todas as línguas, culturas e etnias, bem como o fim das castas e tribos excluídas), a realidade política do país mostra que seu significado é cotidianamente discutido, com os mais diversos atores sociais (embasados pelas mais diversas comunidades sociais, culturais, e religiosas) se enfrentando (nem sempre só discursiva e persuasivamente) frente aos espaços de autoridade constituídos para tanto (legislativo, administrativo, ou judicial). Cada qual assim opera com o intuito de fazer viger sua perspectiva a cada lei aprovada, política pública estabelecida e implementada, ou decisão judicial proferida, segundo indicam os estudos disponíveis sobre o tema (BAJPAI, 2002).

No que diz respeito ao campo religioso, a Constituição de 1950 reconheceu oficialmente os “direitos pessoais” de quatro comunidades, a Hindu, a Muçulmana, a Cristã, e a Parse especialmente por razões históricas, dado o processo de codificação, durante o período colonial, das religiões hindu e islâmica (MAHAJAN, 2005). Paralelamente, seis são as minorias religiosas com o status de “minorias nacionais”, reconhecimento dado por ato do governo federal indiano, em conformidade com a Lei da Comissão Nacional para Minorias de 1992 (REPÚBLICA DA ÍNDIA, 1992), quais sejam: Muçulmanos, Cristãos, Sikhs, Janistas, Budistas e Parses, correspondendo, respectivamente, 13,43%, 2,34%, 1,87%, 0,41%, 0,77%, e 0,06% da população indiana, segundo o Censo Nacional de 2001. Os hindus constituem uma larga maioria, correspondendo a 80,46% da população, de acordo com o mesmo censo. Outras religiões, bem como pessoas sem nenhuma religião (aí incluídos ateus), correspondem a 0,72% (REPÚBLICA DA ÍNDIA, 2001).

Pode-se dizer que em termos de políticas públicas, o Estado indiano respeita a pluralidade religiosa, em termos gerais, com ênfase na concepção da religião como crença individual – restringindo-a ao âmbito privado e cultural –, promovendo e incentivando a organização das comunidades religiosas sem vinculações a territórios específicos. Correspondentemente, não existem provisões específicas a respeito da reserva de assentos parlamentares com base na identi-

dade religiosa, com as referidas minorias sendo identificadas de uma perspectiva nacional, e não regional ou local, bem como a constatada ausência de ações afirmativas (art. 15 [4] e 16 [4] da Constituição de 1950) para minorias religiosas.

No último caso, a recusa governamental (fundada em receios de que tais cursos de ação gerariam divisões e sectarismos na sociedade indiana) não deixa de gerar déficits de representatividade na estrutura estatal. Assim, em 1983, segundo o Relatório sobre Minorias de Gopal Singh, existiam apenas 128 muçulmanos (o segundo grupo religioso mais populoso na Índia) em um total de 3.785 servidores públicos nos Serviços Administrativos Indianos (3,2%), enquanto apenas 57 muçulmanos pertenciam à Polícia Indiana (2,6%).¹³

O texto constitucional assegura a todas as comunidades o direito de professar, praticar e propagar suas religiões (art. 25 [1]), podendo estabelecer e manter instituições religiosas ou de caridade, tendo autonomia para decidir seus próprios assuntos em matéria religiosa, bem como possuindo direito de propriedade (art. 26 [a], [b], [c], [d]). No artigo 30 (1), por sua vez, é estabelecido o direito das minorias, sejam religiosas, ou linguísticas, de instituírem e administrarem instituições educacionais, cabíveis de receber auxílio financeiro estatal (art. 30 [2]). Não obstante, o direito à liberdade religiosa não impede a aplicação de qualquer lei existente ou previne o Estado de legislar a respeito de qualquer atividade econômica, financeira, política ou de outro modo secular que esteja associada à prática religiosa (art. 25 [2] [a]). O traçar da linha divisória entre o secular e o religioso, e os modos pelos quais isso é feito, suscita muitas das polêmicas referentes às minorias étnicas na Índia (REPÚBLICA DA ÍNDIA, 1950).

Exemplar, nesse sentido, é o caso *Mohammed Ahmed Khan v. Shah Bano*, de 1986. Shah Bano, uma mulher muçulmana, acionou judicialmente seu ex-marido pela interrupção do pagamento das pensões que lhe eram devidas após o divórcio, em conformidade com a seção 125 do Código de Processo Criminal (1973). O caso chegou à Suprema Corte da Índia, com o ex-marido arguindo que o direito pessoal islâmico lhe eximia de pagar a pensão após certo período (*iddat*), de modo que a decisão até então mantida, inclusive em

13 Cf. KHAN; RAHMAN, 2009; JAYAL, 2006.

sede de apelação, contrariava o direito pessoal¹⁴ das partes, e violava seu direito à liberdade religiosa. A Suprema Corte manteve a decisão, argumentando que o direito pessoal islâmico não afastava a aplicabilidade do Código de Processo Criminal no caso, inclusive interpretando-o de maneira mais igualitária, com vistas a mostrar a compatibilidade entre ambas as normativas.

Segundo Siobhan Mullally (2004), o espetáculo de uma corte exclusivamente formada por juízes etnicamente hindus interpretando o Islã e se pronunciando com autoridade quanto à leitura apropriada de vários versos do Alcorão suscitou uma onda de protestos e tumultos, lideradas por forças da comunidade muçulmana. Tais eventos são considerados até hoje a maior manifestação muçulmana na Índia pós-colonial.

Mais recentemente, casos de tumultos resultante de confrontos de caráter étnico-religioso têm se tornado cada vez mais recorrentes, segundo os estudos de Mullally, que denuncia a postura, por vezes, complacente dos oficiais (especialmente quando as violações de direitos, inclusive do direito à vida, se restringem a indianos pertencentes a minorias religiosas) e o envolvimento de partidos políticos de perfil nacionalista.

A esse respeito, Martha C. Nussbaum (2009) oferece uma detalhada análise do genocídio perpetrado em Godhra, Gujarat, em 27 de fevereiro de 2002, especificamente no que diz respeito ao envolvimento das autoridades estatais. 10 anos antes, uma gangue hindu destruiu uma mesquita do séc. XVI, sob a denúncia de que a construção cobria as ruínas de um templo hindu. De modo algum um fato isolado, muitos peregrinos hindus (*kar sevaks*) se dirigem a locais disputados como esse, objetivando construir um novo templo de sua religião. Na referida data, às 7h43 da manhã, o Expresso Sabarmati parou na estação em Godhra, tendo por volta de 1.700 peregrinos a bordo do trem. Após a parada de quatro minutos, entre 30 e 40 hindus ficaram para trás, com seus companheiros puxando a corda de emergência. Concomitantemente à entrada dos hindus restantes, mulheres muçulmanas começaram a gritar terem sido agredidas pelos hindus. Multidões começaram a se formar, cul-

14 A respeito do estado de coisas atual da tensa relação entre ordem constitucional e as ordens normativas pessoais das comunidades religiosas, cf. RANI, 2015.

minando em uma batalha entusiasmada entre os membros das duas religiões, com um vagão explodindo, resultando na morte de cinquenta e oito pessoas, homens, mulheres e crianças, em sua maioria hindus.

Os muçulmanos foram imediatamente culpados, em que pese as evidências encontradas de que a explosão teria sido provocada por hindus nacionalistas. A polícia local passou a deter uma série de muçulmanos, muitas vezes independentemente de qualquer envolvimento. Seguidas de ondas de violência provocadas por hindus, queimando e dizimando casas, vilas e cidades muçulmanas no Estado, sob a complacência das autoridades. Após o incidente, o então primeiro-ministro do estado de Gurajat, Narendra Modi, em suas muitas declarações a respeito, justificou as violências perpetradas, tratando-se, em seu juízo, de uma simples e natural dinâmica de ação e reação (NUSSBAUM, 2009).

A interpretação de Nussbaum de que o incidente é o resultado de anos de construção (em parte incentivada por forças partidárias e estatais de Gurajat) de um ódio mútuo entre as religiões é corroborada pelo estudo empírico realizado por Steven Ian Wilkinson (2000). Segundo o autor, conforme as minorias (religiosas ou não) foram galgando mais espaço enquanto grupos politicamente atuantes, o nível de violência étnica aumentou, com mais tumultos e mais mortes daí resultantes.

Quanto à questão linguística, o Estado indiano tem agido de maneira distinta. Em contraste para com a questão religiosa, o respeito e promoção da diversidade linguística tem se dado com foco na territorialidade, estando intimamente ligada ao federalismo indiano. De acordo com Gurpreet Mahajan, nas últimas décadas o Estado indiano tem criado unidades baseadas na identidade linguística, chegando, inclusive, na reorganização da divisão dos estados federados, de modo que os falantes de determinada língua, assentados em um determinado contínuo territorial, pudessem se organizar com vistas ao autogoverno e a constituição de uma relativa autonomia política. Essa estratégia não deixa de enfrentar problemas práticos, contudo.

Como referido, estima-se que pelo menos 1.600 línguas (ou dialetos) são faladas na Índia. Dessas, apenas 22 são reconhecidas oficialmen-

te (Assamese, Bengali, Bodo, Dogri, Gujarati, Hindi, Kannada, Kashmiri, Konkani, Maithili, Malayalam, Manipuri, Marathi, Nepali, Oriya, Punjabi, Sanskrit, Santhali, Sindhi, Tamil, Telegu e Urdu) com 94 outras de significativa relevância a espera de uma resposta estatal, com algumas, como a Bhili, e Gondi, faladas por mais de um milhão de pessoas, enfrentando dificuldades em sua promoção, cultivo e propagação em face da revelia governamental. Soma-se a tanto, algumas contradições na política de reconhecimento linguístico, como no caso do kashmiri, falado por 53% da população do Estado de Jammu e Kashmir, sem ser ainda declarada como uma das línguas oficiais do Estado, enquanto sua língua oficial, o Urdu, é falada por menos de 1% da população. (MAHAJAN, 2005; KHAN; RAHMAN, 2009).

As questões concernentes às comunidades tribais também têm sido enfrentadas por meio de mecanismos federalistas, dotando a federação indiana de dimensões “assimétrica” e “multinível”. Assim, em territórios de entidades federativas caracterizados por um alto número de comunidades tribais (localizados principalmente no nordeste indiano), os estados são reestruturados organizativamente (com a criação de distritos autônomos dentro dos estados, e de conselhos distritais regionais, formados basicamente pelas respectivas lideranças tribais) de modo a dotar tais comunidades de participação a nível governamental e de poderes especiais de autogoverno, em respeito a suas práticas sociais e leis consuetudinárias, inclusive no que diz respeito à propriedade.¹⁵ Khan e Rahman, contudo, denunciam que as medidas adotadas comumente ficam aquém das demandas das comunidades tribais, almejantes de conquistar status constituinte em meio a federação, e com isso, maior autonomia e autogoverno (KHAN; RAHMAN, 2009).¹⁶

As castas intocáveis (*adivasi*), por sua vez, e, dentre elas, especialmente os *dalit*, não são classificados pelo texto constitucional como minorias. Todavia, a Suprema Corte da Índia, no caso *State of Karnataka v. Babu Ingale*, a ela se referiu como a minoria mais oprimida do mundo (SAUTMAN, 2014). No mesmo sentido, para cumprir com o mandamento constitucional de extir-

15 Cf. MAHAJAN, 2005; ADENEY, 2007.

16 Cf. PATI, 2002.

pação da “intocabilidade” na sociedade indiana, foi levado a cabo um conjunto considerável de ações afirmativas, com o estabelecimento de cotas e reservas nos vários níveis do Estado indiano, inclusive no parlamento (o que foi nesse caso constitucionalmente assegurado), para indivíduos provindos das chamadas castas e tribos excluídas.

Em termos numéricos, os *adivasi*, correspondem a 8,6% da população indiana, isto é, por volta de 103 milhões de pessoas. Contudo, em 2005, quase 90% viviam em áreas rurais, contra 69% da população indiana em geral. Pesquisa realizada em 2000, por sua vez, identificou que 46% e 36% dos *adivasi* residindo em áreas rurais e urbanas, respectivamente, estavam abaixo da linha da pobreza indiana, contra os 27% e 23% da população indiana como um todo. Segundo o Centro Asiático para o Progresso dos Povos, em 2009, 63,5% de suas casas não possuíam energia elétrica, 53,1% não possuíam fontes de água potável, e 83% não possuíam instalações sanitárias, sendo a taxa de analfabetismo entre eles de 53%. Desse modo, em que pese a existência de políticas públicas voltadas para a correção dessas desigualdades, seu impacto parece restrito aos centros urbanos, o que, mesmo assim, não tira a ambiguidade de seus resultados, diante da enraizada noção de hierarquia provinda do sistema de castas, ainda presente no horizonte de mundo de muitas autoridades estatais indianas.¹⁷

A SITUAÇÃO DAS MINORIAS ÉTNICAS NA CHINA

A população chinesa se compõe por uma maioria de 90% de indivíduos identificados como pertencentes à etnia Han, com os 10% remanescentes compostos por indivíduos distinguindo-se em 55 etnias diferentes, fora aqueles pertencentes a grupos sem identificação. Esses 10%, generalizadamente referidos como constituindo a minoria (*shaoshuminzu*) do país, representam 135,7 milhões de pessoas, ocupantes de 2/3 do território chinês. A título de comparação, tal número equivale a quase 70% de toda a atual população brasileira.

17 Cf. KHAN; RAHMAN, 2009; NUSSBAUM, 2009; JAYAL, 2006.

Até o final de 2003, encontravam-se estabelecidas na China 155 áreas étnicas autônomas, sendo 5 regiões autônomas, 30 prefeituras autônomas, e 120 condados autônomos. Segundo o quinto censo nacional realizado em 2000, 44 das 55 minorias étnicas possuíam áreas autônomas, com 70% da população etnicamente minoritária vivendo em tais áreas, que, por sua vez, compreendem 64% do território chinês (TIM, s/d).

Esses números não surgem da noite para o dia. Assim sendo, é longa a história e a tradição na China do lidar com e do pensar a respeito de minorias. Consequentemente, o “direito étnico” (*minzu fa*) chinês aparece na atualidade como um nó em uma trama cultural de traços confucianos e marxistas, intercalados ao longo do século XX. Um e outro, determinantes daquilo que Baogang He apelidou por “direitos de minorias com características chinesas” (HE, 2005).

A estrutura legada pela vertente confuciana da normatividade tradicional chinesa é conhecida como doutrina do *Yi-Xia*, em que, na hierarquia por ela estabelecida, ao menos originalmente, os bárbaros, estrangeiros e minorias (*Yi*) apareceriam como “irmãos mais novos” e sujeitos à elite governante (*Xia*, formada, basicamente, por membros da etnia *Han*, ou *Zhongyuan*). Tal relação se daria com base no princípio moral do *Ren* (compaixão), encarnado pela elite governante, em geral identificada etnicamente à tradição confuciana¹⁸, que teria para si o dever de civilizar a contraparte bárbara e minoritária.

Politicamente, esses pressupostos resultaram, com a expansão imperial, na prática *Tusi*, isto é, o procedimento adotado pelas dinastias Yuan, Ming e Qing, de se nomear com força hereditária lideranças minoritárias, concedendo-lhes uma série de poderes, dentre eles, o de tributação e de produção normativa culturalmente embasada, o que culminava em certa autonomia por

18 Segundo Baogang He, Han Jin, um estudioso confuciano que viveu durante a dinastia Yan, desenvolveu uma interpretação distinta da doutrina *Yi-Xia*. Ao centro da interpretação estava o argumento de que os *Yi* poderiam governar a China desde que seguissem o Confucionismo. Por evidente, essa interpretação legitimava o domínio mongol, ao reconhecer o direito das minorias de governar a China vinculando-o a uma condição tão somente, qual seja, o de seguir a doutrina confuciana, então interpretada para além de sua hierarquização étnica, que colocava os Han ao topo. (HE, 2005).

parte das minorias, malgrado eventuais problemas de ordem prática – intimamente vinculados à unidade política, tema central nas discussões em torno da vigência do *Tusi*.

Não obstante, a herança legada pelo confucionismo é ambígua quanto ao tema, na opinião de Baogang He (2005). Ao mesmo tempo em que a tradição confuciana serve de fundamento às exigências minoritárias por autonomia e direitos, por outro, seu tom paternalista e hierarquizante mina quaisquer pretensões étnico-igualitárias. De todo modo, considera-se que o atual embasamento ideológico das políticas governamentais a respeito de minorias étnicas se enraíza nos ensinamentos confucianos, especialmente na noção de “harmonia na diferença”, com a preferência, ao menos oficialmente declarada, por práticas de convivência (*Ronghe*) entre a maioria Han e as demais minorias, do que de assimilação das segundas à cultura da primeira (TIM, s/d).

O marxismo, por sua vez, influenciará diferentes modelos a prescrever o relacionamento entre minorias e majorias. Inicialmente, o Partido Comunista Chinês se apresentara em concordância com a política leninista de afirmação do direito das minorias à autodeterminação (HE, 2005), o que foi posteriormente abandonado, já sob a liderança de Mao Tsé-Tung, argumentando-se, dentre outras coisas, que tal direito não se aplicaria na China, em razão da sobreposição e interdependência de suas nacionalidades, e pelo fato da luta por autodeterminação das nacionalidades chinesas ter ficado decidida de uma vez por todas com a revolução terminada na formação da República Popular da China.

De certo modo, é possível perceber uma continuidade nessa ênfase e preferência pela unidade, hoje argumentada em termos econômico-desenvolvimentistas, isto é, de que majorias e minorias devem se unir no objetivo comum de desenvolvimento da nação. Isto, para Yuen Siu Tim (s/d), por exemplo, indicaria a influência de certo determinismo econômico no multiculturalismo chinês. Nesse sentido, contraposto ao federalismo multinacional russo, adotou-se na China um governo unitário, concomitantemente a um sistema de concessões de autonomias regionais. Os critérios para a identificação de minorias, todavia, são os mesmos adotados na Rússia stalinista, acrescidos de

mais dois, quais sejam, o compartilhamento de: história, meios de produção, linguagem, cultura, costume e psique (TIM, s/d).¹⁹

Tal estrutura e tais critérios são hoje vigentes na China, malgrado o intervalo imposto pela Revolução Cultural, em que conflitos étnicos foram atribuídos à luta de classes, com expressões étnicas como atividades religiosas, festividades locais e o uso de dialetos taxadas por “incorretas” e brutalmente suprimidas naquele período, quando se buscou extirpação de quaisquer resquícios do sistema de autonomias regionais (TIM, 2003).

Esta história tem seu efeito nas atuais disposições constitucionais e infraconstitucionais. No que diz respeito à Constituição de 1982, as provisões a respeito de minorias étnicas costumam²⁰ ser divididas em três categorias: a proclamação da igualdade entre etnias em direitos e sua submissão à unidade e aos interesses do Estado Chinês (artigo 4º);²¹ o sistema de autonomias

19 Contudo, Linzhu Wang denuncia que os critérios foram aplicados de maneira seletiva e discricionária na prática, de modo a efetivar um controle macroscópico do governo sobre o número de minorias, e, mais importantemente, possibilitar a divisão da população minoritária com vistas a seus interesses políticos em termos de integridade territorial e estabilidade regional. Segundo o autor, aqueles grupos não identificados e aqueles controversamente classificados como parte da etnia Han perfazem 640,101 indivíduos, de acordo com censo nacional de 2010, e, juntamente a outros indivíduos pertencentes a alguma das 55 etnias consideradas minoritárias residentes fora de suas respectivas áreas autônomas, não têm direito a exigir seus direitos culturais, em razão da ausência de um sistema de controle de constitucionalidade e da aplicabilidade da legislação infraconstitucional, específica e exclusivamente a respeito do escopo e exercício de direitos de minorias nas regiões autônomas. Cf. WANG, 2015.

20 Cf. KYMLICKA; HE (eds.), 1999.

21 Assim se lê no referido artigo: “Todas as nacionalistas na República Popular da China são iguais. O Estado protege os direitos e interesses legais das minorias nacionais e defende e desenvolve as relações de equidade, união e assistência mútua entre todas as nacionalidades chinesas. A discriminação e a opressão de qualquer nacionalidade são proibidas; quaisquer atos que enfraqueçam a unidade das nacionalidades ou estimulem sua secessão são proibidos. O Estado ajuda as áreas habitadas por minorias nacionais a acelerar seu desenvolvimento cultural e econômico em acordo com as peculiaridades e necessidades das diferentes minorias nacionais. A autonomia regional é praticada em áreas nas quais populações de minorias nacionais vivam em comunidades compactas; nessas áreas órgãos de autogoverno são estabelecidos para o exercício do direito a autonomia. Todas as áreas autônomas nacionais são partes inalienáveis da República Popular da China. O povo de todas as nacionalidades tem a liberdade de usar e desenvolver suas próprias línguas escritas e faladas, e a preservar ou reformar seus próprios modos de vida e costumes”. (REPÚBLICA POPULAR DA CHINA, 2004). [Tradução livre].

regionais (artigos 114, 117, 118, 119, 120, 121 e 134); e as determinações referentes à representação especial perante o Congresso Nacional do Povo (artigo 59). Enquanto sua principal densificação a nível legislativo se deu pela *Lei da República Popular da China sobre Autonomia Regional Nacional* de 1984 (REPÚBLICA POPULAR DA CHINA, 1984.).

Barry Sautman (1999) pontua que até 1993 havia 290 leis nacionais e locais bem como regulamentações referentes à “proteção de minorias”, variando consideravelmente em seu escopo e concretude. Em geral, continua o autor, essa totalidade jurídica (conhecida como o “sistema chinês para grupos étnicos minoritários”, *zhongguo minzu zhengce tixi*) beneficia praticamente toda a população minoritária chinesa.

Contudo, em sua opinião, são três as principais falhas: primeiro, os poderes concedidos no sistema de autonomias regionais estão abaixo do mínimo sustentado para se alcançar uma autonomia genuína, ao menos segundo as concepções da opinião pública internacional; segundo, a ausência de mandamentos visando a criação de oportunidades econômicas para as minorias, o que permite a continuidade e o crescimento das discrepâncias entre os padrões de vida da maioria *Han* e as demais minorias; terceiro, o direito étnico chinês não estabelece mecanismos suficientes e eficientes para proteger a dignidade de grupos minoritários perante o “grande chauvinismo Han” (*da hanzu zhuyi*) (SAUTMAN, 1999).

Os poderes das regiões autônomas estão basicamente delineados no Capítulo III da Lei sobre Autonomia Regional Nacional. Estruturadas por um conselho popular e por um governo composto por regiões autônomas, prefeituras autônomas e condados autônomos (artigo 15 e artigo 112 da Constituição de 1982), suas competências dizem respeito generalizadamente a questões administrativas, financeiras e de implementação de políticas públicas (em educação, infraestrutura, meio ambiente, segurança pública, saúde, cultura, tecnologia e economia) (art. 22 a 45). Todavia, toda a produção jurídica passa, necessariamente, pela aprovação por parte ou do Congresso Nacional do Povo e de seu Comitê Permanente, ou do Conselho de Estado, ou de outros órgãos executivos ou legislativos a nível provincial.

Deste modo, mesmo o poder dos órgãos locais de áreas autônomas de introduzir certas alterações ou inclusive se recusar a implementar qualquer decisão, resolução, ordem ou instrução emitida por órgãos estatais hierarquicamente superiores, em razão das condições especiais da área autônoma, deve ser reportado ao e aprovado pelo órgão estatal emissor do ato considerado problemático (art. 20). O que, ao ser somado à política de cooptação das lideranças minoritárias locais²², acaba, na análise de Sautman, por minar significativamente a autonomia das minorias na China, ao descontento das populações minoritárias.

Paralelamente, em geral, minorias étnicas rurais e urbanas ganham, respectivamente, 72% e 84% da média salarial nacional, segundo estudo realizado pela Comissão Estatal de Assuntos Étnicos em 2009. Ainda que tais discrepâncias não pareçam ser, segundo o Sautman (2014), fruto de práticas oficiais discriminatórias, e sim de posicionamento geográfico, dado que as minorias étnicas na China se encontram estabelecidas desproporcionalmente em áreas rurais, é importante ter em vista, com Linzhu Wang (2015), que o próprio processo de identificação e localização de minorias se deu de modo motivado e influenciado por fatores geopolíticos.

A geografia das minorias, por assim dizer, não explica, contudo, todas as discrepâncias entre a maioria Han e as demais etnias na China. Como o próprio Sautman (1999) denuncia, por exemplo, em 1993, os proventos anuais per capita dos camponeses Uyghur de Xinjiang era de 732 yuan, contra 2,680 yuan para os camponeses Han. Mais recentemente, Xiaogang Wu e Xi Song, amparados em impressionante estudo empírico, com grande potencial de generalização, ao analisarem as diferenças salariais entre os Han e os Uyghur em Xinjiang referentes ao ano de 2005 concluíram que a efetividade das políticas

22 No artigo 7º da lei sobre Autonomia Nacional Regional assim se dispõe: “Os órgãos de autogoverno das áreas nacionais autônomas deverão colocar os interesses de Estado acima de qualquer coisa, realizando esforços positivos para cumprir com as tarefas designadas pelos órgãos estatais hierarquicamente superiores”. (REPÚBLICA POPULAR DA CHINA, 1984). Assim, em que pese as lideranças minoritárias reconhecerem que em seu atual estado o direito étnico chinês não consegue efetivamente proteger seus “constituintes”, os mecanismos referentes à sua formação impedem que o debate evolua, precisando valer-se de eufemismos, e evitando a todo custo qualquer tipo de confronto direto para com o governo central, Cf. LEIBOLD, 2013.

públicas voltadas para a igualdade étnica se restringe ao recrutamento no serviço público. No setor privado, aí incluso o trabalho no campo e em empresas públicas, os Han se mostraram mais tendentes a ganhar mais e a serem mais contratados, o que, sugerem os autores, se dá tanto por características individuais, como habilidade na língua chinesa oficial, e falta de *networking* entre os Uyghur, como por preconceitos por parte dos empregadores Han a respeito da ética, cultural e religião Uyghur (WU; SONG, 2013).

Independentemente das causas, fato é que essas diferenças geram tensões, bem como estratificação social, a culminar, por vezes, em massacres sangrentos. Por exemplo, em 5 de julho do ano de 2009, por volta de mil Uyghur se reuniram na Praça do Povo em Ürümqi, manifestando-se pacificamente pela investigação de incidente anterior, no mesmo ano, em que dois trabalhadores da dita etnia foram assassinados em um tumulto iniciado por trabalhadores Han, na *Xuri Toy Factory*, em Shaoguan, Guangdong, em face de rumores acerca de um alegado estupro de uma trabalhadora Han. Com o anoitecer, contudo, a manifestação originalmente pacífica se degenerou em um banho de sangue, com jovens Uyghur atacando inocentes Han (ou aqueles que pareciam pertencentes à etnia) com facas e armas improvisadas, e vigilantes Han respondendo à altura. Oficialmente foram declaradas 197 mortes e 1.721 feridos.

Considerado o “Onze de Setembro chinês” pela opinião pública chinesa, conforme explica James Leibold (2013), para muitos, tal evento marca o completo fracasso da atual política sobre minorias étnicas, especialmente por se inserir em um contexto de crescentes protestos e tumultos, como em 14 de março de 2008 em Lhasa e outras regiões tibetanas, ou em março de 2011 em Xilinhot, e a autoimolação de mais de cem tibetanos desde março de 2012. Sautman (2010), por sua vez, explica que tais eventos geraram todo um discurso oficial a respeito de etnias, reforçando preconceitos e estereótipos chauvinistas por parte dos Han.

O chauvinismo Han, contudo, é oficialmente tratado como se fosse um fenômeno anterior a 1949. Causa de muitos dos conflitos étnicos hoje na China, sua existência é raramente reconhecida por parte do governo. Denuncia

tal estado de coisas a compreensão difundida de que as minorias precisam dos Han para seu desenvolvimento cultural, enquanto os Han precisam delas para matéria prima e defesa contra o mundo exterior, cristalizada no slogan “Os Han são inseparáveis das minorias e as minorias são inseparáveis dos Han” (*Hanzu fen bu kai shaoshu minzu; shaoshu minzu fen bu kai Hanzu*).

Não obstante, algumas medidas acabam corroborando, mesmo que simbólica e tangencialmente, para o avanço de um horizonte multiculturalmente igualitário. Por exemplo, membros de minorias étnicas são intitulados a ações afirmativas diante do ingresso no ensino superior (HE, 2005), e alguns dispositivos da Lei Criminal de 1979 se referem especificamente a crimes contra minorias (SAUTMAN, 1999).

De maior destaque parecem ser as disposições a respeito da representação parlamentar, malgrado a existência de duras críticas quanto a sua efetividade. Como indicado anteriormente, a representatividade das minorias no parlamento chinês é constitucionalmente determinada no artigo 59 da Constituição de 1982, traduzindo-se em uma quota de 12% dos assentos no Congresso Nacional do Povo, apesar das minorias representarem, em termos populacionais, apenas 10% do povo da China. Todavia, segundo Baogang He, tais representantes não são escolhidos por eleições, na maioria dos casos. Pelo contrário, a regra é a indicação pelo Partido Comunista Chinês. Esse déficit democrático se estende para outras áreas do governo chinês, como no caso dos governantes das regiões autônomas, escolhidos pelo governo central (sendo sintomático o fato de até hoje nenhum tibetano ter ocupado o mais alto cargo referente à região autônoma do Tibet), dificultando a tradução de quaisquer medidas representativas em uma real efetividade dos direitos fundamentais constitucionalmente assegurados para as minorias étnicas (HE, 2005).

A SITUAÇÃO DAS MINORIAS ÉTNICAS NO BRASIL

Perante a comunidade jurídica – não só exclusivamente acadêmica, estando aí incluídos os movimentos minoritários que com sua atuação engajada se tornaram corresponsáveis pelo texto constitucional – a Constituição

Federal de 1988 anuncia, de uma perspectiva cultural e dos direitos das chamadas minorias nacionais²³, uma ruptura para com os dois modelos que marcaram a interação entre o Estado brasileiro e as minorias étnico-culturais (especialmente as indígenas), quais seja, segundo Villas Bôas Filho, o protecionista e o integracionista, ao acenar, ainda que ambigualmente, para o respeito a uma maior autonomia desses grupos.²⁴

Tal ambiguidade, admitidamente a perpassar o texto da Carta Magna²⁵, culmina na dificuldade da clara configuração na redação do artigo 215 § 1º, em que se escreveu “O Estado protegerá as manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional”, da dimensão política do direito à autodeterminação²⁶. Assim, para alguns, como Shiraishi Neto (2013), isto significaria,

23 Cf. ALBUQUERQUE, 2013.

24 Conforme explica o autor, o modelo protecionista “seria caracterizado por propugnar que as comunidades indígenas deveriam ser protegidas pelo Poder Público contra as frentes de expansão ‘civilizadas’, mediante a criação de reservas nacionais que visariam permitir que as mesmas se preparassem gradualmente até que pudessem ser integradas à nossa sociedade como grupos étnicos independentes”, enquanto o integracionista “preconizava que as comunidades indígenas fossem rapidamente integradas economicamente à sociedade brasileira como contingente de reserva de mão de obra para o trabalho ou mesmo como produtores de mercadorias, dando impulso às economias em expansão que, a partir daí, poderiam integrar-se às regiões mais desenvolvidas do país”. (BÔAS FILHO, 2012).

25 Cf. FARIA (1989). Nesse sentido, em entrevista concedida ao Estado de São Paulo, o ex-ministro das Forças Armadas, ministro aposentado do Supremo Tribunal Federal, e membro da Assembleia Constituinte, Nelson Jobim, assim declarou a respeito do processo constituinte: “A regra naquele momento era que, para aprovar uma lei, precisava da ambiguidade. Quanto mais ambíguo o texto legal, mais fácil era aprovar. Quanto mais claro, preciso, mais difícil era fazer maioria. [...]. Eu participei disso e fiz inclusive regras ambíguas. A gente fazia uma regra perfeita e depois começava a introduzir adjetivos e advérbios de modo, para conseguir formar maioria. Se não, não aprovava nada” (JOBIM, 2016).

26 Nas palavras de Rodrigo Vitorino Souza Alves, a dimensão política do direito à autodeterminação abarca os seguintes direitos: “o direito ao autogoverno e à autonomia, o direito à manutenção das instituições políticas e jurídicas próprias, o direito à terra e aos recursos minerais tradicionalmente utilizados”. Contudo, para o autor, tais direitos estariam intimamente relacionados à sobrevivência ou desaparecimento de uma cultura, assim, “as demandas pelo reconhecimento do direito às terras tradicionais, à continuidade do modo de vida e ao autogoverno têm em suas raízes a busca pela preservação e o desenvolvimento da cultura. Nesse sentido, todos os direitos coletivos dos povos indígenas são direitos culturais”. (SOUZA ALVES, 2015). Pode-se, desse modo, dizer que no campo do discurso o principal confronto se

com o advento da Constituição, a passagem de uma invisibilidade real a uma visibilidade de caráter meramente formal, potencializadora ela mesma da discrepância entre texto e realidade, convivente com as estruturas administrativas herdadas da Ditadura Militar e a conseqüente reprodução das políticas integracionistas desse período passado.

De todo modo, no que diz respeito aos critérios de identificação de minorias nacionais²⁷, juridicamente o Brasil se encontra em consonância para com os instrumentos internacionais, positivados no decreto n. 6.040 de 7 de fevereiro de 2007, em seu artigo 3º, inciso I, no que se entendem “povos e comunidades tradicionais” como:

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 [...].

Essa redação, na interpretação de Shiraishi Neto, significa a adoção, como critério fundamental, da autoconsciência de si, critério operacionalizado estatalmente pelos órgãos integrantes da Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais, encabeçada pelo Conselho Nacional dos Povos e Comunidades Tradicionais. A mobilização de tais estru-

dá na luta pela inclusão ou exclusão de âmbitos político-majoritariamente relevantes (inclusive no que diz respeito a importâncias de significado geográfico e econômico) em significantes minoritários-culturais.

27 A nomenclatura se baseia nas reflexões de Oswaldo Ruiz Chiriboga. Conforme lemos o autor, haveria uma identidade entre os titulares do direito a identidade cultural e as chamadas minorias nacionais, entendidas enquanto grupos étnico-culturais, o que, em sua visão, amparada na obra de Will Kymlicka, não incluiria os imigrantes, por exemplo. Assim, “as minorias nacionais e os povos indígenas mantêm o desejo de continuar sendo sociedades distintas com relação à cultura majoritária da qual fazem parte, à qual foram incorporados muitas vezes contra sua vontade, exigindo, portanto, diversas formas de autonomia ou autogoverno para assegurar sua sobrevivência como grupo”. (CHIRIBOGA, 2006, p. 48 *et seq*).

turas viabiliza a implementação da referida política pública como um todo, resultando, por vezes, de maneira significativa, no reconhecimento e mandamento de respeito legislativos de minorias étnicas e suas respectivas práticas sociais, a implicar na introdução de novas “sensibilidades jurídicas” na ordem jurídica brasileira (SHIRAIISHI NETO, 2011). Para analisarmos a realidade dessa dinâmica consideraremos as situações dos indígenas e dos quilombolas perante o Estado Brasileiro, escolhidos, em uma lógica de amostragem, pelas suas expressivas posições na história política nacional.

Segundo o Censo Nacional de 2010, existem 896,9 mil indígenas em todo o território nacional (0,4% da população nacional), com 63,8% residentes em terras indígenas (57,7% nas 505 terras indígenas reconhecidas pelo Estado Brasileiro, compreendendo 12,5% de seu território), e 36,2% em cidades (INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA, 2010). Tais números, fruto de um violento processo colonizador, e de anos de políticas de caráter integracionista, não se deixam apequenar demograficamente diante das situações encontradas nos demais países objetos da análise, em que as minorias étnicas chegam a representar até 20% da população do país.²⁸ Não obstante, e por evidente, são igualmente sérias as violações dos direitos historicamente fundamentados, socialmente conquistados e constitucionalmente positivados dos povos indígenas, o que, não raras vezes, acontece, senão com a participação, à revelia das autoridades estatais.

Destaca-se, nesse horizonte, o caso dos Yanomami, de conhecida repercussão internacional, a inclusive marcar a realidade em relação a efetivação dos direitos indígenas anterior à Constituição de 1988. Até 1980, entre 10.000 e 12.000 índios Yanomamis viviam no Brasil. Contudo, tal população se viu sujeita ao descaso oficial durante o Regime Militar quando da implementação de uma série de políticas ligadas à infraestrutura, tais como a construção da estrada BR-210 e a instauração de plano de exploração das riquezas naturais e desenvolvimento da região da Amazônia, o que atraiu muitas mineradoras e garimpeiros. Esse contexto foi respondido por esforços da comunidade indígena no sentido de demarcação de seu território, o que chegou a gerar a expe-

28 Como é o caso da Rússia. A esse respeito ver *supra*.

dição de um decreto prevendo a criação do “Parque dos Índios Yanomamis”, o que, contudo, não foi implementado e causou “sequelas físicas e psicológicas, doenças e mortes, com a destruição de centenas de índios, o que estava a levar à própria extinção daquela comunidade” (PIOVESAN, 2015, p. 415). Tal situação se viu configurada em caso submetido à Comissão Interamericana de Direitos Humanos, a qual, além de considerar provadas as violações por parte do governo brasileiro a direitos étnicos reconhecidos pela Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem, emitiu uma série de recomendações a serem adotadas.

Contudo, mesmo o sentido de tais recomendações é objeto de confrontos, tendo em vista as posteriores disposições constitucionais a respeito. Assim, é possível identificar um conflito de interpretações a respeito do exercício dos direitos culturais constitucionalmente assegurados. Para alguns autores, como Rodrigo Vitorino Souza Alves (2015), trata-se do choque de uma perspectiva multicultural liberal, pautada pela participação, com o protagonismo do governo, e com a população indígena assumindo tanto o papel de objeto de políticas como de sujeito de direitos (não necessariamente coletivos)²⁹, sustentada oficial-estatalmente; e, de outro lado, uma perspectiva multicultural contra-hegemônica, avançada pelos próprios indígenas organizados em movimentos sociais, e promotora da autodeterminação, com os indígenas assumindo *in totum* o papel de sujeitos de direitos, dado a localização do protagonismo nas próprias organizações indígenas, a exigir seu consentimento à atuação estatal, o que outros autores preferem significar por “cidadania dupla” ou “cidadania ativa”, para além da “cidadania formal e abstrata” do Estado.³⁰

Essa controvérsia se vê sintomaticamente presente nas disputas em torno da procedimentalidade e dos significados dos processos de demarcação de territórios indígenas, manifesta na dicotomia entre demarcação participativa e autodeterminação, conforme a reflexão de Lino João de Oliveira Neves. A

29 A respeito da discrepância das redações dos textos legais internacionais, muitas vezes preferindo se referir tão somente a direitos culturais individuais e a importância da feição coletiva para a defesa da diversidade cultural, cf. SOUZA ALVES, 2015; CHIRIBOGA, 2006.

30 Cf. DANTAS, 2005; BELTRÃO; OLIVEIRA, 2011.

segunda, fruto da ação organizada dos Kulina em resposta à ineficiência e burocracia da Fundação Nacional do Índio, autarquia estatal competente administrativamente para o processamento do reconhecimento de terras indígenas, consistiu na demarcação *de fato* do território até então somente delimitado pelas autoridades estatais.

Auxiliados por organizações não-governamentais, promoventes de cursos de curta duração referentes a topografia e de assembleias com os demais habitantes da região para promoção da publicidade e constituição da juridicidade das ações, os membros dos Kulina se organizaram de maneira exemplar, efetivando a demarcação que durou 7 anos, período no qual o grupo fortaleceu suas organizações políticas, conquistou conhecimento detalhado de seu território, e de técnicas relacionadas ao manuseio de mapas, coordenadas geográficas, marcadores de divisa, fotos por satélite etc. O sucesso dos Kulina generalizou a busca por autodemarcação entre os povos indígenas enquanto estratégia de pressão social. Em resposta, a FUNAI, em nosso entendimento, incorporou a procedimentalidade criada pelos Kulina nas políticas públicas operacionalizadas pelo órgão, o que permitiu um avanço das políticas adotadas pela autarquia nos últimos anos.

Porém, agora nomeada oficialmente por “demarcação participativa”, na opinião de Oliveira Neves (2007), trata-se de uma iniciativa externa com a conotação de confinamento, redução, fechamento social e exclusão do mundo, regulada por regras técnicas, cronogramas, e planos administrativos completamente alheios ao universo indígena (a implicar, real e praticamente, na pouca ou inexistente participação das populações indígenas). Enquanto a “autodemarcação” foi um exercício de mobilização política e emancipação, da ativa consolidação jurídica de seu território em acordo com as normas do Estado brasileiro. Parcialmente, em razão dessa estratégia, sugere o autor, então em 2007 (com os dados de 2010 apontando para a continuidade da situação) das 739 terras indígenas, apenas 505 são oficialmente reconhecidas, das quais,

apenas 31% têm sua situação agrária devidamente regulada, com quase 40% sofrendo invasões.³¹

Também no ano de 2007, denunciaram Beltrão e Oliveira (2011), a conjuntura política nacional trouxe à tona “formas de recrudescimento contra os direitos indígenas”, com a proposta de leis para a combate de práticas dos povos indígenas supostamente atentatórias à vida, seja pela sua criminalização, seja pela imposição de sanções de caráter administrativa. Ao acusarem sem chance de defesa os povos indígenas de praticarem infanticídio, abuso sexual, maus tratos, dentre outras, buscou-se justificar a imposição de valores não-indígenas sem qualquer tentativa ou pretensão de diálogo. Sistemáticamente combatido pelas lideranças e organizações indígenas, o projeto foi arquivado em 2010, sem que propostas semelhantes deixassem de ser encaminhadas todos os anos ao parlamento brasileiro.

Já os quilombos, por sua vez, conforme o critério adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro, no artigo 2º do decreto n. 4.887 de 20 de novembro de 2003, são “grupos étnicos-raciais, segundo critérios de auto-atribuição, com trajetória histórica própria, dotadas de relações territoriais específicas, com presunção de ancestralidade negra relacionada com a resistência à opressão histórica sofrida”³². Tais grupos possuem longa história no Brasil, considerados até a abolição da escravatura uma grave subversão à ordem. E daí até o processo constituinte atual, foram tratados como uma questão superada e ex-

31 As considerações de Shiraishi Neto a respeito dos termos da decisão na Ação Popular que impugnou o ato de demarcação contínua da Terra Indígena Raposa Serra do Sol, situada no Estado de Roraima, sugerem que, na visão do autor, semelhante estratégia se viu então adotada, com a manutenção da referida estrutura de “visibilidade formal”, a impor uma série de salvaguardas, afetando significativamente os direitos dos grupos indígenas em processos semelhantes aos da Raposa Serra do Sol, ao vedar, por exemplo, a ampliação da terra indígena já demarcada. Cf. SHIRAISHI NETO, 2011. As questões em torno da problemática de destaque internacional são complexas, indo além do escopo da amostragem aqui pretendida. Contudo, os contornos da discussão confirmam a análise ora empreendida.

32 BRASIL. *Decreto n. 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. Para uma discussão por trás das disputas e do processo de ressignificação resultante dessa definição, cf. MARQUES; GOMES, 2013.

tinta ao fim da escravidão, portanto invisibilizados. Tão somente com o texto constitucional de 1988 tiveram seu direito ao território positivo-estatalmente reconhecido (GOMES, 2013).

Apesar de a absoluta maioria da população negra brasileira não viver ao modo quilombola, atualmente o respeito e proteção às populações de herdeiros de escravos que ainda vivem ao estilo quilombola se transformou em importante causa para a maioria da população. A população quilombola é consequência da solução portuguesa para as dificuldades ingentes de mão-de-obra, recorrendo à força de trabalho escrava de levas e levas de pessoas vindas da África, a configurar hoje maioria do ponto de vista demográfico. Ao mesmo tempo e talvez justamente por isso, nas palavras de Mendes Chaves (s./d.), os quilombos foram a minoria de maior relevância no debate nacional.

Nas palavras duras do autor, com a abolição da escravidão os negros continuaram marginalizados, mantidos por mecanismos diversos na antiga situação racial, em que a ascensão social se dava apesar da etnia, e assim, nunca em grupo, só individualmente, em minoritários casos. Assim sendo, os quilombos, símbolos de resistência a essas estruturas desde os primórdios de sua operacionalização, se apresentam como a “minoría da minoría”, necessariamente ignorados pelo discurso oficial até 1988. Hoje, todavia, a Coordenação Nacional de Articulação das Comunidades Negras Rurais Quilombolas estima que existam mais de 4.500 quilombos. Contudo, segundo relatório de 2012 emitido pelo Ministério do Desenvolvimento Agrário, apenas 190 comunidades se beneficiaram até então da emissão de títulos de reconhecimento de território (VEIGA, 2013).

As pesquisas de Lílian Gomes comprovam tal discrepância e apontam as causas constituem os entraves no reconhecimento legal, por parte dos quilombolas, de suas territorialidades, ao se verem submetidos à situação de racismo e à pressão econômica de grupos prestigiados com um mais fácil acesso às instituições estatais, construídas, quanto à questão da regulação da propriedade, a partir de uma concepção privatista, que possui muitas dificuldades dogmáticas em entender a peculiar relação dos quilombolas com a terra.

Assim, a autora apresenta a situação da comunidade de quilombo de Luízes, sujeita à “diminuição da área reconhecida hoje como pertencente aos quilombolas”, com o inescapável “estrangulamento da população em uma área bem menor do que aquela que lhes pertencia, por direito”, um dos elementos que “mais causa revolta e faz com que a população fique desacreditada do sistema de justiça formal”; o que se assoma à notícia de grilagens (ocupações ilegais de terra por terceiros com vistas à sua aquisição por meio de usucapião) e de desaparecimento de documentos reconhecendo a titularidade da comunidade àquele território. Diretamente ligado à atuação do Estado está o caso da comunidade de quilombo de Mumbuca. Em 2003, o governo federal criou uma reserva biológica no território da comunidade, denominada Reserva Biológica da Mata Escura, colocando de maneira desnecessária e em choque a questão ambiental e a questão agrária, em sua dimensão relativa à direitos de minorias étnicas, ao impedirem a reprodução de práticas de subsistência de uma comunidade étnica de modo algum predatórias (situação que perpetua desde a constituição da reserva até hoje), ato estatal que, ironicamente, serviu de compensação à instalação de usina hidrelétrica no nordeste do Estado de Minas Gerais, obra de reconhecido impacto ambiental (GOMES, 2015).

CONCLUSÃO

A investigação aqui empreendida, em perspectiva comparada, dos direitos das minorias étnicas e seus déficits de efetividade ainda existente nos países do BRICS, assim como, em geral, qualquer pesquisa que queira tratar do problema da efetividades de direitos fundamentais, não pode se dar na perspectiva tradicional do Direito Comparado (caracterizada pela relação comparativa entre normas abstratas, ou, no máximo, entre explicações doutrinárias abstratas acerca dessas normas abstratas, de diferentes países), mas em uma perspectiva de estudos interconstitucionais criticamente direcionados a busca por entender a experiência jurídica concreta de uma sociedade, para além do mero ordenamento jurídico dessa mesma sociedade. Ademais, buscou-se superar igualmente as superficialidades de leituras puramente externas

da experiência jurídico-constitucional de um país, o que se deu pelo mergulho nas pesquisas de cunho sociológico, econômico e cultural existente acerca da situação das minorias étnicas nesses países.

Da análise da experiência de efetividade dos direitos de minorias étnicas na Rússia, identificou-se um Estado cético quanto ao discurso ocidental dos direitos humanos, atravessados por uma longa experiência de medidas paliativas para garantir a governabilidade no que diz respeito à diversidade étnica em seu território. Ao nosso ver, essas são as principais razões (a se somar, evidentemente, a outras relativas, por exemplo, ao próprio tamanho e complexidade do país, à transformação radical recente pela qual passou, dada a mudança de regime político e econômico, dentre outras) para a existência do hiato entre a incontestada presença do discurso da dignidade na nomologia constitucional russa (pese a que, comparativamente, a letra da lei e a opinião pública na Rússia são elas mesmas menos entusiastas dos direitos de dignidade que nos demais países pesquisados) e sua efetivação hiato que, no tocante à situação das minorias étnicas, se traduz em legislações infraconstitucionais de cunho claramente simbólico.

No que diz respeito à experiência indiana, constatou-se as disparidades importantes que o convívio intenso da linguagem constitucional de *common law* (já amplamente habituada e alinhada ao discurso dos direitos humanos e da dignidade) com as vivências tradicionais e religiosas acaba por produzir nas políticas públicas e nas práticas governamentais de proteção e efetivação de direitos relacionados à dignidade. Constatamos, complementarmente, uma peculiar intensificação dessa discrepância quando da interiorização territorial das análises, quando, então, a Índia profunda cobra seu preço na configuração do estado da arte da efetivação de direitos e do respeito à dignidade humana nesse país continental. A existência paralela dessas duas realidades, por sua vez, pode ser identificada como uma das causas para a explosão de conflitos étnico-religiosos a assolar o projeto nacional de uma Índia multicultural.

O que se constatou quanto a situação das minorias étnicas na China foi a confirmação de que o declarar de direitos no plano nomológico constitucional chinês não implica na garantia de sua exigibilidade como direito nas

situações concretas dos cidadãos (o que, em termos ocidentais, e atuais, seria um contrassenso, tendo em vista que, nessa perspectiva, ter direitos é poder exigí-los). Constata-se que a existência de instruções e regulamentações burocráticas contrárias ou omissas quanto a exigibilidade de direitos de não-discriminação e de proteção previstos na Constituição torna tais direitos inexigíveis, quando incorretamente manejados pelo Estado. Assim, configura-se também na China um hiato entre declaração e promoção de direitos de dignidade. Esse hiato, porém, não se dá como no Brasil, por exemplo, onde, tal como vimos, declaram-se direitos e confirmam-se essas declarações nos planos infraconstitucionais, mas, ainda assim, tergiversa-se hermeneuticamente no plano da burocracia estatal e das relações privadas, de modo a não os respeitar e a não os fazer cumprir.

Do ponto de vista da existência concreta da cultura constitucional brasileira, destaca-se a grande dificuldade da tratativa prática da situação das minoras étnicas enquanto questões-problema envolvendo efetivação de direitos, sobretudo quando esses se dão no conflito ou na concorrência com outros direitos, porque, pese a todo o elogio e valorização em tese dos direitos em jogo, falta muitas vezes capacidade de efetivação concreta de modelos de proteção e garantia dos direitos. Quando assim ocorre, a tratativa judicial da questão nem sempre se dá em uma jurisdição constitucional voltada à repercussão geral, mas segundo soluções específicas (e as vezes contraditórias entre si), caso a caso, tal como sugeriria a idiosincrasia, o ecletismo, e o imprevisto recorrentes nas práticas sociais brasileiras.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Isete Evangelista. O direito das minorias na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e a situação dos índios enquanto minoria étnica do Estado brasileiro. **Quaestio Iuris**, v. 6, n. 2, p. 11-32, 2013.

ALEXANDER, James. Federal Reforms in Russia: Putin's Challenge to the Republics. **Demokratizatsiya The Journal of Post-Soviet Democratization**, v. 12, n. 2, p. 233-263, 2004.

BAJPAL, Rochana. The conceptual vocabularies of secularism and minority rights in India. **Journal of Political Ideologies**, v. 7, n. 2, p. 179-197, 2002.

BALKKISRUD, Helge. Blurring the boundary between civic and ethnic: The Kremlin's new approach to national identity under Putin's third term. *In: **The New Russian Nationalism: Imperialism, Ethnicity, and Authoritarianism 2000-15.*** KOLSTO, Pal; BLAKKISRUD, Helge (eds.). Edinburgo: Edinburgh University Press, 2016.

BÔAS FILHO, Orlando Villas. Os direitos indígenas no Brasil contemporâneo. *In: **História do Direito Brasileiro.*** Organizador: Eduardo C. B. Bittar. 3. ed. – São Paulo: Atlas, p. 322-335, 2012.

BOWRING, Bill. Austro-Marxism's Last Laugh?: The Struggle for Recognition of National-Cultural Autonomy for Rossians and Russians. **Europe-Asia Studies**, v. 54, n. 2, p. 229-250, 2002.

BRASIL. **Decreto n. 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. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2003/D4887.htm>. Acesso em: 1º de fevereiro de 2017.

BRASIL. **Decreto n. 6.040**, de 7 de fevereiro de 2007: Institui a Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2007/Decreto/D6040.htm>. Acesso em: 1º de fevereiro de 2017.

BURGESS, Michael. Between a rock and a hard place: The Russian Federation in comparative perspective. *In: **Federalism and Local Politics in Russia.*** ROSS, Cameron; CAMPBELL, Adrian (eds.) Nova Iorque: Routledge, 2009.

CHAVES MENDES, L. G. Minorias e seu estudo no Brasil. **Revista de Ciências Sociais**, v. 2, n. 1, p. 149-168, s./d.

CHIRIBOGA, Oswaldo Ruíz. O Direito à identidade cultural dos povos indígenas e das minorias nacionais: um olhar a partir do sistema interamericano. **SUR - Revista Internacional de Direitos Humanos**, v. 3, n. 3, p. 42-69, 2006.

DANTAS, Fernando Antonio de Carvalho. Os povos indígenas brasileiros e a “cidadania ativa”. **Argumenta Journal Law**, n. 5, p. 180-194, 2005.

BELTRÃO, Jane Felipe; OLIVEIRA, Assis da Costa. Identidade, autonomia e direitos humanos: desafios à diversidade étnica no Brasil. **Hendu – Revista Latino-Americana de Direitos Humanos**, v. 2, n. 1, p. 56-70, 2011.

FARIA, José Eduardo. **O Brasil Pós-Constituinte**. São Paulo: Graal, 1989.

FEDERAÇÃO RUSSA. **Federal Constitutional Law on the Constitutional Court of the Russian Federation**. 21 de julho de 1994.

FEDERAÇÃO RUSSA. **Federal Law of the Russian Federation about national and cultural autonomy**. 17 de junho de 1996.

FEDERAÇÃO RUSSA. **The Criminal Code of the Russian Federation**. 13 de junho de 1996.

GOMES, Lilian Cristina Bernardo. A Justiça que se cumpre sem o Estado: estudo de caso comparativo das resistências e da permanência das comunidades quilombolas em seus territórios. **Hendu – Revista Latino-Americana de Direitos Humanos**, v. 6, n. 1 p. 69-87, 2015.

GOMES, Lilian Cristina Bernardo. O direito quilombola e a democracia no Brasil. **Revista de Informação Legislativa**, v. 50, n. 199, p. 303-320, 2013.

HE, Baogang. Minority Rights with Chinese Characteristics. *In: **Multiculturalism in Asia***. KYMLICKA, Will; HE, Baogang (Eds.). Oxford: Oxford University Press, 2005.

HEINEMANN-GRÜDER, Andreas. Federal discourses, minority rights, and conflict transformation. *In: **Federalism and Local Politics in Russia***. ROSS, Cameron; CAMPBELL, Adrian (Eds.). Nova Iorque: Routledge, 2009.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Censo Democrático 2010**: Características gerais dos indígenas – resultados do universo. Rio de Janeiro: Censo Demográfico, 2010.

JOBIM, Nelson. A Esquerda, que era contra a Constituição de 1988, agora é a sua maior defensora. São Paulo: **O Estado de São Paulo**. Entrevista publicada em 19 set. 2016.

KHAN, Bordhan Uddin; RAHMAN, Muhammad Mahbubur. **Protection of Minorities**: A South Asian Discourse. Dhaka: University of Dhaka, 2009.

KHAN; RAHMAN, 2009; Cf. PATI, Rabinda Nath; DASH, Jagannatha. (Eds.) **Tribal and Indigenous People of India**: Problems and Prospects. Nova Delhi: APH Publishing, 2002.

KHAN; RAHMAN, 2009; JAYAL, Niraja Gopal. **Representing India**: Ethnic Diversity and the Governance of Public Institutions. Nova Iorque: Palgrave Macmillan, 2006.

KHAZANOV, Anatoly M. Nationalism in the Russian Federation. **Daedalus**, v. 126, n. 3, p. 121-142, 1997.

KHAZANOV, Anatoly M. Nationalism in the Russian Federation. **Daedalus**, v. 126, n. 3, p. 121-142, 1997.

LEIBOLD, James. **Ethnic Policy in China: Is Reform Inevitable?** Honolulu: East-West Center, 2013.

MACKERRAS, Colin. **China's Ethnic Minorities and Globalisation**. Nova Iorque: Routledge, 2003.

MAHAJAN, 2005; ADENEY, Katharine. **Federalism and Ethnic Conflict Regulation in India and Pakistan**. Nova Iorque: Palgrave Macmillan, 2007.

MAHAJAN, Gurpreet. Indian Exceptionalism or Indian Model: Negotiating Cultural Diversity and Minority Rights in a Democratic Nation-State. *In*:

Multiculturalism in Asia. KYMLICKA, Will; HE, Baogang. Oxford: Oxford University Press, 2005.

MAHMUD, Tahir (Ed.) **Minorities and the State at the Indian Law.** Nova Delhi: Institute of Objective Studies, 1991.

MALAKHOV, Vladimir; OSIPOV, Alexander. The Category of Minorities in the Russian Federation: A Reflection on Uses and Misuses. *In: **International Obligations and National Debates: Minorities around the Baltic Sea.*** ÁKERMARK, Sia Spiliopoulou [*et al.*] (Eds.). Mariehamn: Åland Islands Peace Institute, 2006.

MARQUES, Carlos Eduardo; GOMES, Lílian Cristina Bernardo. A Constituição de 1988 e a ressignificação dos quilombos contemporâneos: limites e potencialidades. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, v. 28, n. 81, p. 137-255, 2013.

MULLALY, Siobhan. Feminism and Multicultural Dilemmas in India: Revisiting the Sha Bano Case. **Oxford Journal of Legal Studies**, v. 24, n. 4, p. 671-692, 2004.

NUSSBAUM, Martha C. **The Clash Within: Democracy, Religious Violence, and India's Future.** Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 2009.

OLIVEIRA NEVES, Lino João de. The Struggles for Land Demarcation by the Indigenous Peoples of Brazil. *In: **Another Knowledge is Possible. Beyond Northern Epistemologies.*** SANTOS, Boaventura de Sousa. Londres: Verso, 2007.

OSIPOV, Alexander. National Cultural Autonomy in Russia: A Case of Symbolic Law. **Review of Central and East European Law**, v. 35, p. 27-57, 2010.

PARLAMENTO EUROPEU. Departamento de Políticas Públicas do Diretório Geral para Políticas Externas. **The situation of national minorities in Crimea following its annexation by Russia.** 2016.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. São Paulo: Saraiva, 2015.

POMERANZ, William E. Judicial Review and the Russian Constitutional Court: The Chechen Case. **Review of Central and East European Law**, v. 23, n. 1, p. 9-48, 1997.

PRINA, Federica. Homogenisation and the “New Russian Citizen”: A road to stability or Ethnic Tension? **Journal on Ethnopolitics and Minority Issues in Europe**. v. 10, n. 1, p. 59-93, 2011.

PRINA, Federica. **Protecting the Rights of Minorities and Indigenous Peoples in the Russian Federation: Challenges and Ways Forward**. Budapeste: Minority Rights Group Europe, 2014.

PRINA, Federica. **The Position of National Minorities in Putin’s Russia: Uniformity or Diversity?** [*Working Paper* n. 15/08]. Maastricht, Holanda: Fundação Cícero, 2015.

RANI, Bitto. Legal pluralism, cultural diversity and rights of minorities in Multicultural Society; Revisiting the Rights of Indian Muslims as Minorities to Follow their Personal Law. **International Journal of Humanities, Social Sciences and Education**, v. 2, n. 2, p. 93-108, 2015.

REPÚBLICA DA ÍNDIA. **National Census**. 2001.

REPÚBLICA DA ÍNDIA. **The Constitution of India**. 24 jan. 1950.

REPÚBLICA DA ÍNDIA. **The National Commission for Minorities Act**. 17 maio 1992.

REPÚBLICA POPULAR DA CHINA. **China’s Constitution of 1982 with Amendments through 2004**. 14 mar. 2004.

REPÚBLICA POPULAR DA CHINA. *Law of the People’s Republic of China on Regional National Autonomy*. 31 maio 1984.

SAUTMAN, Barry. Scaling Back Minority Rights? **Stanford Journal of International Law**, v. 46, n. 1, p. 51-120, 2010.

SAUTMAN, Barry. A US/India Model for China's Ethnic Policies? Is the Cure worse than the disease? **University of Pennsylvania East Asia Law Review**, v. 9 p. 89-159, 2014.

SAUTMAN, Barry. Ethnic Law and Minority Rights in China: Progress and Constraints. **Law & Policy**, v. 21, n. 3, 1999.

SHIRAIISHI NETO, Joaquim. "Novas Sensibilidades" Velhas decisões: notas sobre as recentes transformações jurídicas. **Sequência**, n. 62, p. 79-96, 2011.

SHIRAIISHI NETO, Joaquim. **O direito das minorias**: passagem do "invisível" real para o "visível formal". Manaus: Edições UEA, 2013.

SMITH, David J.; HIDDEN, John. *Ethnic Diversity and the Nation State*: National cultural autonomy revisited. Nova Iorque: Routledge, 2012.

SOUZA ALVES, Rodrigo Vitorino. Diversidade cultural e o direito à autodeterminação dos povos indígenas. **Revista Jurídica da Presidência**, v. 16, n. 110, p. 725-749, 2015.

TIM, Yuen Siu. Ethnic Minority Policy of People's Republic of China: An overview. [**Research Report** HKIEd8001-PPR-2]. The Hong Kong Institute of Education, Hong Kong, China.

TORODE, Nicky. National Cultural Autonomy in the Russian Federation: Implementation and Impact. **International Journal on Minority and Group Rights**, v. 15, p. 179-193, 2008.

UNIÃO DAS REPÚBLICAS SOCIALISTAS SOVIÉTICAS. **Constituição da União das Repúblicas Socialistas Soviéticas**. Moscou: Novosti Press Agency Publishing House, 1985.

TROCHEV, Alexei. **Judging Russia: Constitutional Court in Russian Politics, 1990-2006**. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.

VEIGA, Sandra Mayrink. Relatório Final da Pesquisa 'O Censo Quilombola' e relatórios específicos dos Quilombos de Brejo dos Crioulos, Kalunga e Santarém. **Combate Racismo Ambiental**. Entrevista concedida a Tania Pacheco. Publicada em 18 dez. 2013.

WANG, Linzhu. The Identification of Minorities in China. **Asian-Pacific Law & Policy Journal**. v. 16, p. 1-21, 2015.

WILKINSON, Steven Ian. India, Consociational Theory, and Ethnic Violence. **Asian Survey**, v. 40, n. 5, p. 767-791, 2000.

WU, Xiaogang; SONG, Xi. Ethnicity, Migration, and Social Stratification in China: Evidence from Xinjiang Uyghur Autonomous Region. [**Research Report** 13-810] Universidade de Michigan Institute for Social Research, Ann Arbor, Estados Unidos da América, 2013.

YAZ'KOVA, Alla A. Russia and its Minorities: an overview of existing and potential ethno-political conflicts. **Innovation**, v. 19, n. 3/4, p. 273-282, 2006

CAPÍTULO VII

SISTEMA DE JUSTIÇA JUVENIL E APREENSÕES EM FLAGRANTE DE TRÁFICO DE ENTORPECENTES - UM ESTUDO NA DELEGACIA ESPECIALIZADA DE RECIFE

DOI: <http://dx.doi.org/10.18616/dirhum13>

Érica Babini Machado

Maria Simone Gonzaga de Oliveira

VOLTAR AO SUMÁRIO

INTRODUÇÃO

O Levantamento Anual do Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo – SINASE¹ (2018) apresenta elevado número de jovens cumprindo medida de internação e, com dados referentes ao ano de 2016, Pernambuco ocupa a quarta posição no *ranking* nacional, com 1.615 (um mil seiscentos e quinze) adolescentes, o que indica alto índice de encarceramento juvenil; situação, inclusive, reconhecida pelo documento “Pernambuco 2035: Estratégia de Desenvolvimento e Carteira de Projetos Públicos” (PERNAMBUCO, 2017), que apresenta projeto específico de melhoria do sistema socioeducativo, cujo escopo, dentre outros, é reduzir a população da Fundação de Atendimento Socioeducativo – FUNASE.

Porém, se de um lado é lugar comum o argumento de que a vulnerabilidade social de jovens vincula-os a práticas ilícitas, especialmente o tráfico de entorpecente, de outro, o sistema socioeducativo, além de ter que lidar com o *déficit* de vagas², não consegue executar projetos adequados em termos educativos³ (CNJ, 2015; MACHADO, 2014; ALVAREZ, SALLA, SCHRITZMEYER, 2010; KANT DE LIMA, MISSE, MIRANDA, 2000; ALMEIDA, 2016), sem mencionar o recorrente cenário de mortes de jovens no interior das unidades.

1 O SINASE busca construir um atendimento socioeducativo regionalizado, de gestão democrática, participação popular e intersetorialidade; segue modelo de gestão com cofinanciamento e coordenação nos três níveis do poder executivo; e prioriza a determinação e implementação das medidas em meio aberto em detrimento das privativas de liberdade (BRASIL, 2013).

2 Em 2020 o STF, por meio do HC coletivo 143.988, além de reconhecer a superlotação das unidades de internação em todo o país, determinou que não ultrapassem a sua capacidade projetada e fixou critérios para que os magistrados realizem a gestão dessa capacidade, criando mecanismos de *accountability* para verificação do cumprimento da ordem.

3 Educação, não cumprimento de currículos, mas de caráter despenalizador, de limite de intervenção do poder punitivo, diferenciando a responsabilização juvenil da adulta; e “uma regulação mais benigna para condições de encarceramento (infraestrutura, equipamentos, oferta de programas, qualificação de pessoal etc.) e de benefícios penitenciários (menos requisitos e um prazo mais breve – ou nenhum prazo prévio – para que o adolescente tenha acesso a saídas semanais e diárias, suspensão e remissão do restante da pena, substituição da pena por outra menos severa etc.)” (COUSO, 2013, p.13).

Por outro lado, a doutrina da proteção integral, fundamento do direito da criança e do adolescente, baseada na proteção de direitos humanos e a condição peculiar desse sujeito, tem a missão de superar o modelo assistencialista e de controle pretérito, o que evidencia ser absurda essa tendência permanente e histórica do encarceramento juvenil no país.

Ante essa questão, impõe-se⁴ perquirir como se dá o ingresso de jovens no sistema de justiça, ponderando sobre a real necessidade do encarceramento, o que, em geral, envolve o respeito às garantias fundamentais do adolescente e especialmente a prática das polícias que estão na atividade cotidiana e primeira do controle social formal.

Por isso, o questionamento desta pesquisa é: em que medida as garantias penais e processuais, especificamente no que tange à produção probatória, são asseguradas ao adolescente em conflito com a lei, por parte da polícia, no momento da lavratura da apreensão em flagrante por ato infracional, na cidade do Recife?

Para responder à questão⁵, do ponto de vista metodológico, a pesquisa empírica, de ordem qualitativa, guiou as investigações; de modo que foram observadas sessões das lavraturas de flagrante no período de 4 (quatro) meses no ano de 2019 e realizadas entrevistas semiestruturadas com o corpo de funcionários da delegacia especializada⁶ e adolescentes apreendidos. Também se lançou mão da análise de documentos de apreensão em flagrante (2017.1 e 2018.2).

Assim, o trabalho está dividido em duas etapas: uma problematização em torno do modelo processual da justiça juvenil, especialmente no que tange à importância da probatória e a pesquisa com seus respectivos resultados.

4 A importância deve-se ao diagnóstico de García Mendez (1998) de que, no que tange ao Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA, há não apenas uma crise de implementação, mas também de sua interpretação, uma vez que há a rejeição de princípios do documento, o que leva a dificuldades de romper com a lógica do Códigos de Menores.

5 Este texto apresenta parte dos resultados da pesquisa da Dissertação de Mestrado desenvolvida no Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Católica de Pernambuco denominada, Cultura Policial e Criminalização Juvenil: uma pesquisa sociojurídica na delegacia de atos infracionais do Recife/PE.

6 Foram utilizados nomes fictícios para os sujeitos da pesquisa.

APREENSÃO EM FLAGRANTE E AS PROVAS NO SISTEMA DE JUSTIÇA JUVENIL

O procedimento de apuração do ato infracional tem a mesma finalidade dos procedimentos adultos – segurança e manutenção da ordem pública, sopesadas com a necessidade de assegurar, ao máximo, a liberdade individual. A primordial função do processo penal, a partir da leitura constitucional registrada por Lopes Jr., portanto, é funcionar como instrumento de efetivação das garantias constitucionais (LOPES, 2013, p. 59).

Nesse aspecto, o processo penal é o limite da atividade jurisdicional, as regras do permitido e proibido no que diz respeito ao *jus puniendi* do Estado, regras das quais nem o legislador, tampouco o operador do direito, poderão fugir.

Isto é, no modelo do Estado Democrático de Direito, é absolutamente necessário que as regras do jogo sejam observadas a partir da Constituição (LOPES JR., 2014), devendo-se empreender luta para superar a crença de que o processo penal está a serviço da segurança pública. Nas lições de Geraldo Prado, o processo penal é instrumental e está a serviço de uma única finalidade: realização de um projeto democrático, e não a serviço de uma pretensão acusatória, o que significa uma máxima eficiência dos direitos e garantias fundamentais (PRADO, 2012).

De maneira lúcida, Juarez Tavares (2003) aponta algo que parece simples, porém não é. Afirma que, no modelo constitucional e democrático optado pela sociedade brasileira com a Constituição de 1988, a garantia e o exercício da liberdade individual não precisam qualquer legitimação, em face de sua evidência, o que já não é o mesmo com o poder punitivo do Estado que precisa se justificar.

Nesse sentido, o modelo acusatório impera na estrutura constitucional, sobretudo ante a inderrogável necessidade de olhar o processo à luz da Constituição⁷, razão pela qual o tema da gestão de provas trabalhado neste

7 Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, Eugenio Pacceli de Oliveira, Aury Lopes Junior, Paulo Rangel, Geraldo Prado, Alexandre de Moraes da Rosa e mesmo constitucionalistas como

texto é extremamente importante, porquanto é o critério que demarca a diferença para o processo inquisitivo.

No inquisitório, o juiz carrega poderes de iniciativa e produção probatória, enquanto no acusatório esse poder é das partes. Naquele, o juiz deixa de ser expectador para ser protagonista e o processo é sigiloso, cabendo a ele buscar a verdade dos fatos, razão pela qual o resultado é colonizado pela resposta satisfatória, afinal, ele tem que justificar sua atuação. No acusatório, as práticas são todas invertidas⁸.

Deve-se pontuar que a passagem do sistema inquisitivo para o acusatório é antes de tudo a transição política do modelo autoritário para o democrático, de modo que democracia e sistema acusatório compartilham da mesma base epistemológica (COUTINHO, 2000). Além disso, não é possível conceber que o processo brasileiro tenha uma conotação mista – inquisitivo na fase policial e acusatório na fase judicial, pois, como relata Jacinto Coutinho, o sistema bifásico do código napoleônico no qual se inspirou o Brasil é monstro de duas cabeças, acabando por valer mais a prova secreta que a do contraditório, numa verdadeira fraude (LOPES JR., 2014).

Nesse sentido, a submissão do cidadão ao poder estatal, no processo penal, reclama o estabelecimento de regras e princípios que regulamentem e direcionem a conflitante relação entre as partes na jurisdição penal. Os direitos humanos são a barreira nesse sentido, pois de um lado, como proteção institucionalizada dos direitos da pessoa humana contra os excessos do poder estatal e, de outro, como regras para estabelecer condições de vida e desenvolvimento na personalidade humana (BALDAN, 2002).

Logo, a única possibilidade de se construir uma justiça, “entendida como respeito ao homem como pessoa portadora de direitos individuais imprescindíveis à sobrevivência social” (TORRES, 1992, p. 113), é, de um lado,

Lenio Streck, vêm de forma reiterada asseverando que muitas mudanças são uma aproximação com o princípio acusatório esculpido na Constituição da República.

8 Não obstante a determinação constitucional concretizada na orientação da gestão da prova, é verdade que o Brasil se inspirou no sistema bifásico do código napoleônico, tornando-se um “monstro de duas cabeças”, acabando por valer mais a prova secreta que a do contraditório. Mas, como alerta Jacinto Coutinho (2000, p. 68), se tal sistema “serviu a Napoleão, um tirano, serve a qualquer senhor, e obviamente não serve à democracia”. Ver também Coutinho, 2018.

admitir somente probabilidades, sem capacidade de verdades absolutas, mas ter na prova um caminho, em que cabe ao juiz, tão somente, o livre convencimento, pela valoração dessas evidências, já que o magistrado não poderá buscar ou produzir a prova, em nome da verdade real ou material, pois “é impossível uma purificação total” da realidade (TORRES, 1992, p. 115).

É este o olhar sobre as provas que deve permear um processo democrático e assim é que deveria seguir os procedimentos de apuração do ato infracional na Justiça da Infância e da Juventude.

Não por acaso o direito ao devido processo legal (Regra 7.1 das Regras de Beijing⁹ e art. 110 do ECA)¹⁰ é mais uma garantia do que propriamente um direito porque ele visa à proteção da pessoa contra a ação arbitrária do Estado, garantindo a paridade de armas em absoluta igualdade de condições com o Estado-persecutor e a plenitude de defesa.

Não obstante tal premissa, o ECA é confuso, pois contempla nítidos elementos inquisitórios¹¹, como a gestão da prova; e aqui surge o perigo, pois, além desses elementos autoritários, o risco da conversão da discricionariedade em arbitrariedade é provável; uma vez que o espaço de discricionariedade é recomendável, dada a diversidade de necessidades dos adolescentes¹². A lavratura do flagrante do ato infracional é uma fase procedimental com essas nuances.

9 “7.1 Respeitar-se-ão as garantias processuais básicas em todas as etapas do processo, como a presunção de inocência, o direito de ser informado das acusações, o direito de não responder, o direito à assistência judiciária, o direito à presença dos pais ou tutores, o direito à confrontação com testemunhas e a interrogá-las e o direito de apelação ante uma autoridade superior”.

10 Art. 110. Nenhum adolescente será privado de sua liberdade sem o devido processo legal.

11 Por exemplo o art. 186 do ECA é lacônico, não exigindo cabalmente a presença do advogado na audiência de apresentação. Nem mesmo na audiência de continuação o texto é explícito, pois pela literalidade poderia levar a crer que somente seria necessário em casos de gravidade que pudessem resultar em semiliberdade ou internação. (COSTA, 2005, p. 106).

12 Regra 6.1 Tendo-se em conta as diversas necessidades especiais dos jovens, assim como a diversidade de medidas disponíveis, facultar-se-á uma margem suficiente para o exercício de faculdades discricionárias nas diferentes etapas dos processos e nos distintos níveis da administração da Justiça da Infância e da Juventude, incluídos os de investigação, processamento, sentença e das medidas complementares das decisões.

Estando o adolescente em estado de flagrante, de acordo com o caso concreto, o delegado decidirá se lavra um BOC ou um AFFAI caso exista ameaça ou grave ameaça. Posteriormente, o delegado de polícia decidirá se mantém ou não a apreensão, levando em conta o conteúdo do art. 174¹³ do ECA.

É exatamente esta fase, em que o adolescente adentra na delegacia e inicia-se o procedimento da apuração do ato infracional, que a pesquisa foi realizada e em que várias práticas foram identificadas.

AS EVIDÊNCIAS DO CAMPO: CULTUA POLICIAL, MENORISMO E DEMONOLOGIA DAS DROGAS – AUTORITARISMOS E VIOLAÇÕES DE DIREITOS.

Após revisão teórica da temática, parte-se para a análise dos dados.

Em Recife, na Delegacia especializada, quando o adolescente pratica ato infracional e é apreendido em flagrante pela polícia militar, somente é levado para realização da oitiva após um agente da polícia civil verificar, visualmente, se este adolescente não apresenta lesão visível.

Geralmente um comissário observa a olho nu se o adolescente está machucado, caso ele esteja, nós não recebemos, eles (PM) levam para UPA e trazem uma declaração, só assim recebemos o adolescente. Afinal no outro dia tem apresentação no MP e termina sobrando para gente (escrivão de Polícia, Diário de Campo, 12.02.19).

O adolescente do tráfico, tá reclamando que está com o ombro machucado, eu não vou ouvir, manda a militar, levar para UPA, se acontece alguma coisa com ele aqui dentro, cai pra cima da gente (Delegado Paulus – Diário de Campo, 12.01.19).

13 ECA – **Artigo 174.** Comparecendo qualquer dos pais ou responsável, o adolescente será prontamente liberado pela autoridade policial, sob termo de compromisso e responsabilidade de sua apresentação ao representante do Ministério Público, no mesmo dia ou, sendo impossível, no primeiro dia útil imediato, exceto quando, pela gravidade do ato infracional e sua repercussão social, deva o adolescente permanecer sob internação para garantia de sua segurança pessoal ou manutenção da ordem pública.

Evidentemente, trata-se de defesa institucional, da polícia civil, com o objetivo de se resguardar de um possível problema; por isso, inclusive, faz com que a polícia militar fique até o fim do procedimento, dando aos policiais a peça a ser assinada por último.

A tensão entre polícia militar e civil não é nova. De um lado, a polícia militar, que faz patrulhamento ostensivo, coloca-se como responsável pela guerra contra o crime e que, por isso, justifica a violência excessiva como forma de garantia da segurança; de outro, uma polícia civil, atuando na processualística, que é lenta e burocratizada (PINHEIRO, 1982). O resultado é que as instituições exercem poderes de ordem e, ambas, “reafirmam um *ethos* e um ‘espírito de corpo’ próprios, e conferem ao exercício da violência o sentido de cumprimento do dever. À violência assim representada confere-se estatuto de legitimidade, pois apoiada nas prerrogativas que a função confere ao policial” (PORTO, 2004, p. 137.)

No entanto, as polícias civil e militar, nesse jogo de poder, disputam competências, **têm diferenças salariais, são de culturas organizacionais completamente diferentes e buscam legitimar-se distintamente: a polícia civil, pela ordenação processual, cumprindo a lei**, e a militar pelo extermínio do inimigo, cujo cumprimento da norma depende do perigo a que a sociedade está exposta (BRETAS, 1997). A polícia civil tem o reconhecimento social já previamente justificado pela norma, dada a sua atribuição; a militar, como categoria profissional pouco reconhecida, vê na lei um obstáculo para exercer sua bravura de ato de violência para receber valorização policial (PORTO, 2004).

A tensão entre as instituições é visível e a perda de cidadania também, com a violação de direitos, porquanto fato é que uma e outra polícia, desde a formação funcional, não dão conta de uma série de atividades que exercem na sociedade, diferentes da manutenção da ordem legal, e há “a quase total ausência de estratégias menos discriminatórias e autoritárias”, o que leva à violação de direitos (PONCIONI, 2006, p. 159)

O que fica evidenciado é que as polícias se utilizam de técnicas para se resguardarem de possíveis problemas com a corregedoria. No entanto, não são observados os direitos dos adolescentes. Diante dos fatos, a presença do

advogado, portanto, seria imprescindível para exigir a observância do devido processo legal, minimizando violações de garantias. Porém, nunca se viu a presença de advogado ou da defensoria pública.

Essa falta não é casual. Pode ser decorrente da estrutura legal do ECA, que não abre espaço para a atuação dessa figura nessa fase do procedimento, bem como do ranço menorista que acompanha a cultura da justiça juvenil no Brasil, para a qual não haveria punição e sim auxílio, assistência; sendo, assim, absolutamente desnecessárias as garantias legais.

Outra questão importante diz respeito à garantia de que os pais acompanhem todos os atos, porquanto se trata de um sujeito em condição peculiar de desenvolvimento. O que se viu, porém, recorrentemente, é que o termo de entrega, assinado pelo responsável do adolescente, que aguardará a intimação do judiciário para comparecer em dia e horário marcados, acompanhando o adolescente, é uma mera formalidade cumprida com tons burocráticos, pois os responsáveis assinam sem ter ciência do que o adolescente está sendo acusado ou como se deram os fatos.

Os pais chegam aqui muitas vezes perdidos, assinam um papel, levavam o adolescente para casa sem saber o que de fato havia acontecido, então decidi elaborar uma declaração para que, de forma resumida, os pais tomassem ciência do ocorrido com o filho (Caesar, escrivão de polícia – Diário de Campo 04.02.19).

O que se pôde perceber é uma objetificação dos sujeitos envolvidos, sem atenção à garantia que decorre da condição pessoal desse agente; e nesse caso, mais se aproxima do que se afasta do sistema adulto.

Esse quadro é de autoritarismos, violações de direitos é ainda mais avolumado quando se trata do ato infracional que envolve entorpecentes.

A política criminal de drogas e a demonização do adolescente em conflito com a lei

A guerra à droga tem perfil específico, estigmatizando as pontas mais vulneráveis. No caso desta pesquisa, há adolescentes que foram apreendidos portando um “big-big” (papelote de maconha) ou dois, conforme averiguação dos procedimentos.

O traficante funciona como o bode expiatório que é “imolado”. É uma categoria fantasmática, do jornalismo, da psicologia, não tem face, é desumanizado, porque disponibiliza substâncias psicoativas. Trata-se efetivamente do inimigo no Direito Penal que Zaffaroni (2011) identificou historicamente como instrumento de legislação da existência do sistema punitivo.

A perspectiva da crença demonológica correlaciona-se, mesmo com os fundamentos da punição do usuário. A correspondência pode ser vista – usuário / demônio-bruxa, marca demoníaca (*pactum diabolicum*) / estigma do viciado (forma de se vestir, grupos com quem convive, tatuagens...), acusado e vítima são as mesmas pessoas / modelo inquisitorial (BATISTA, 1990, p. 66).

Os adolescentes associados ao *status* de traficante perdem a condição de sujeito de direitos, pois, com esse estigma e essa rotulação, esse grupo é o que mais sofre com a repressão e as violências advindas pelo proibicionismo de drogas.

Dando prosseguimento às etapas da lavratura do flagrante, as peças são elaboradas pelo escrivão de polícia e, de acordo com o caso concreto, **são realizados os encaminhamentos. No caso de drogas apreendidas, primeiro são encaminhadas para o Instituto de Criminalística, para constatação e, no retorno, ficam na DEPAI.**

Vale destacar que esse procedimento não é ágil, apenas a turma do plantão seguinte irá até o Instituto de Criminalística pegar os resultados dos exames. Durante esse período, o adolescente já é encaminhado para UNIAI¹⁴, onde aguardará a audiência com o Ministério Público, que deve ocorrer em até vinte e quatro horas (art. 175, ECA).

14 Estabelecimento de confinamento para aguardar a primeira audiência, na qual se decidirá se o adolescente responderá ao procedimento em liberdade ou em internação provisória.

Observe que o adolescente já é encaminhado como custodiado pelo Estado, sem que haja o laudo de constatação provisório da droga; o que, por si só, já basta, conforme entendimento pacificado no STJ, para assegurar a materialidade mínima necessária para a prisão provisória (STJ, HC 361.750/TO, 2016).

De pronto, já é possível identificar uma ilegalidade, mas que sequer é discutida no âmbito da justiça juvenil; como se o devido processo legal não existisse.

O cenário é ainda mais autoritário. Durante a etnografia na DEPAI, foi recorrente ver a ausência de evidências mínimas de materialidade e autoria que justificasse o flagrante; as quais, na grande maioria das vezes, resumiam-se a depoimentos de policiais.

Ele (adolescente) vinha na calçada em nossa direção e quando viu a viatura, entrou em outra rua. Alcançamos ele, na abordagem ele estava com um Big, ali é local de tráfico, claro que é traficante, aí começamos a perguntar onde estava enterrada a droga e ele disse. Se souber fazer pressão eles dizem. (PoliciaI Militar, Diário de Campo, 18.02.19).

Essa sacola não é minha, só é meu o Big, eu não sei de quem é, perguntaram onde eu enterrei a droga, eu não enterrei nada (Adolescente – Diário de Campo, 18.02.19).

Além disso, é extremamente raro os delegados ouvirem o adolescente, no sentido de apurar a veracidade dos fatos diante da narrativa da polícia militar que apreendeu o adolescente.

Tem que ouvir o adolescente e apurar se realmente a droga encontrada pertencia a ele, pois o que é colocado no papel é como se fosse a dosimetria do delegado para o judiciário, indicando se tratar de um traficante ou não. (Caesar, escrivão de polícia – Diário de Campo, 18.02.19)

Sobre o tema, Salo de Carvalho (2015) dispõe que “os depoimentos servem para condenar e, na maior parte dos processos, são os únicos testemunhos, o que acaba gerando uma espécie de neutralização de toda essa violência cotidiana que exercita”.

Campos (2015) cita pesquisa realizada por Raupp (2005) sob a vigência da lei 6.368/76, quando observou que a decisão dos juízes é pautada no trabalho da polícia. “Pode-se dizer que todos os processos de tráfico analisados no presente trabalho têm algo em comum. Em todos a discussão centrou-se entorno do trabalho da polícia: se a prova colhida pela polícia, basicamente os testemunhos dos policiais responsáveis pela diligência que resultou no processo, é confiável, merecendo ser acolhida ou não”.

Na verdade, foi muito comum vermos policiais imputando o ato infracional análogo ao de tráfico de drogas aos adolescentes e esses questionando a veracidade dos fatos:

Ele vinha do ponto de tráfico que fica na João de Barros¹⁵ com as duas pedras de crack e três bigs de maconha (Cabo da Polícia Militar, Diário de Campo, 04.02.2019). Eu tava saindo de casa para comprar um refrigerante para almoçar quando (ele fala o nome do cabo) me derrubou e caiu meu dinheiro no chão, eu não tava comprando nada, eu tava na porta de casa, eu fumo, mas não vendo (repete por diversas vezes o nome do policial e diz que ele é covarde), eu não vendo! Essa droga não é minha (Adolescente apreendido pelo ato infracional de tráfico de drogas. (Diário de Campo, 04.02.2019)

Como se vê, violações ao primado da Doutrina da Proteção Integral são mais contundentes quando se trata de tráfico de entorpecentes; dado o proibicionismo que orienta a política criminal, tanto que o critério utilizado para atribuir a traficância está ligado à demonologia das drogas, como exemplifica um dos delegados entrevistados:

15 Bairro popular localizado no centro do Recife.

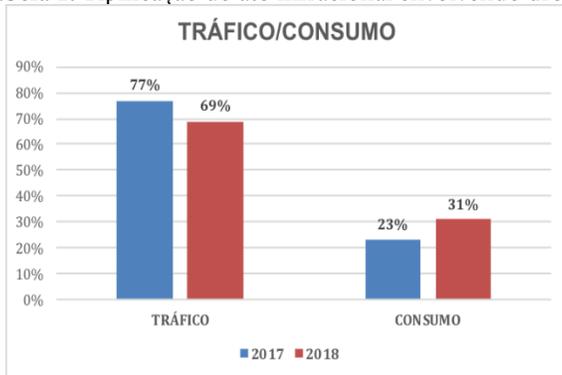
A mensuração para aplicar o 28 ou 33 está principalmente no local em que fora apreendido o adolescente, a quantidade de droga e a vida pregressa; estando alinhados esses três fatores, temos o indício, pois trabalhamos com indício e materialidade. (Diário de Campo, 20.03.19)

Isto é, o recorte de classe existe e corrobora para incriminar o adolescente, atribuindo a este o *status* de traficante.

Trata-se, porém, de uma não-regra. Os espaços de ambiguidade são tão grandes que é evidente perceber como a espécie de imputação será definida pelas metas regras que compõem os quadros mentais dos agentes do sistema punitivo, ou seja, pela pré-compreensão e pela representação que os intérpretes-atores (policial, promotor ou juiz) têm sobre quem é o traficante e quem é o usuário de drogas. (CARVALHO, 2015)

Percebe-se que as lacunas existentes na lei estão sendo utilizadas no controle da juventude pobre, as tabelas abaixo refletem que para a grande maioria dos adolescentes apreendidos com droga foi aplicado o artigo 33 da lei 11.343/2006.

Tabela 1: Tipificação do ato infracional envolvendo drogas



Fonte: BOC e AFFAI – do 1º semestre de 2017 e 2º semestre de 2018.
Elaboração da própria autora.

Percebe-se que a discricionariiedade das autoridades em eleger o que seria tráfico e consumo acaba por gerar um excesso de poder punitivo. As interpretações, em sua grande maioria, consistem em enquadrar o adolescente como traficante, mesmo que estejam portando pequenas quantidades de entorpecentes.

Campos (2015) identificou que com o passar dos anos após a entrada da nova lei de drogas as chances de alguém ser enquadrado como traficante e não como usuário aumentaram em aproximadamente quatro vezes mais (3,95).

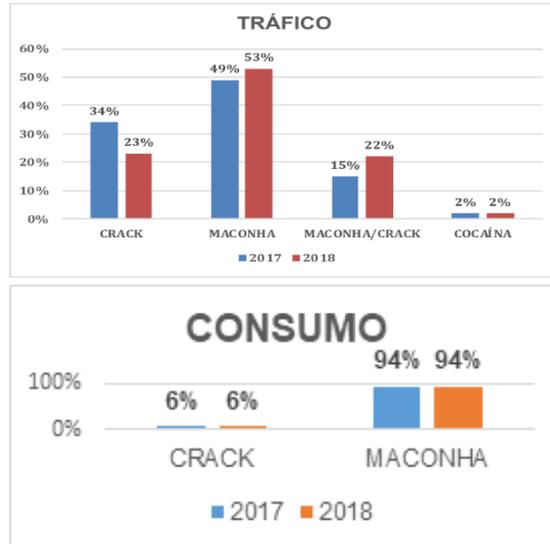
Para os delegados da DEPAI, a resposta mais comum para a definição entre usuário e traficante é “o caso concreto é que irá nos dizer”. No entanto, o que foi percebido empiricamente é que ao jovem que chega à DEPAI apreendido com droga geralmente é imputado o artigo 33 da lei de drogas.

Campos (2015), ao tratar sobre a quantidade de drogas apreendidas com indivíduos incriminados, identificou que estes portavam pequenas quantidades; das 799 pessoas incriminadas por tráfico e uso, 405 portavam até 7 gramas de droga, dados semelhantes aos encontrados em nossa pesquisa.

A evidência de que não se trata de traficantes com históricos pode ser vislumbrada nos dados a seguir, pois a maconha é a droga mais apreendida com adolescentes e em quantidades pequenas, seja com relação ao tráfico ou ao consumo de drogas.

Nesse contexto, é salutar mencionar que a descriminalização pode não trazer a diminuição no número de adolescentes envolvidos com drogas; no entanto, certamente a violência do sistema proibicionista pode, sim, ser reduzida. No que tange à criminalização, Vera Malaguti (2012, p.159) afirma: “Quando se fala em descriminalização do consumo, ninguém ousa ultrapassar o limite. Negocia-se a descriminalização com o aumento de penas para o tráfico, aprofundando a lógica perversa do duplo estereótipo médico ou criminal, segundo a classe social”.

Tabela 2: Tipificação do ato infracional como tráfico de drogas e o tipo de droga apreendida



Fonte: BOC e AFFAI – do 1º semestre de 2017 e 2º semestre de 2018. Elaboração da própria autora.

Corroborando com esse dado, levantamento feito pelo Instituto Sou da Paz mostra que metade das prisões por tráfico de maconha no estado de São Paulo entre 2015 e 2017 foi por até 40 gramas da substância, equivalente a dois bigs. Ainda nesse sentido, a pesquisa reflete que mais da metade das ocorrências tirando poucas gramas de circulação, que não impactam a venda, não impactam o consumo e sequestram recursos da polícia que poderiam estar sendo usados de outra forma (2018).

Assim, a guerra contra as drogas é o mote central de uma política criminal tanto para os adultos como para os jovens, cujo resultado inexorável é a morte precoce, seja pela lógica do mercado da droga ilícita, seja pela ausência do Estado nas práticas sociais, seja pela presença deste Estado, no discurso de “exorcização” do demônio. De todo jeito há morte, parafraseando Zaffaroni.

Afinal, é aí que o imaginário social, solapado pelo medo do traficante demoníaco, alimentado pela mídia, funciona – este inimigo é o jovem negro e pobre. Mas que no âmbito da infância e juventude deve ser socioeducado pelo “pai bondoso”, fantasiado na figura do juiz, que não medirá esforços para corrigi-lo. O que, nas palavras de Agostinho Ramalho Neto (1994), não é nada mais nada menos do que: “Quem me salva da bondade dos bons?”.

É relevante pontuar, inclusive, que há uma espécie de acordo entre a polícia e o MP, de que, no caso de entorpecentes, os adolescentes não sejam liberados pelo delegado, ficando a cargo do MP tal decisão.

Em certo caso, o cabo da PM imputou ao adolescente o ato infracional análogo ao de tráfico de drogas, alegando ter encontrado com este um big de maconha e mais uma sacola contendo vários bigs da droga. Porém, durante a ouvida do adolescente, o delegado entendeu que realmente a sacola não estava na posse do mesmo e liberou-o mediante despacho direcionado ao MP, explicando a causa da liberação do adolescente.

O acordo entre delegacia e polícia e a necessidade de despacho que justifique a liberação são práticas absolutamente destituídas de legalidade e que se opõem ao primado constitucional da não culpabilidade e da presunção de inocência, em que, instaurada a ação penal, é indispensável suporte probatório mínimo, sobretudo nesse tipo de delito que não envolve nenhum tipo de violência ou grave ameaça.

Primeiro porque a privação da liberdade não é automática, quando derivada desse tipo de delito – tráfico de entorpecente – sendo indispensável suporte mínimo que justifique a apreensão imediata. Não por acaso o ECA, no art. 174, coloca as balizas para a autoridade policial definir a apreensão ou a liberação: “gravidade do ato infracional e sua repercussão social”.

Sem adentrar no mérito de que se trata de conceito vago e implica uma série de riscos, fato é que, para o adulto, o decreto de prisão preventiva precisa fundamentar-se nos termos no art. 312 e demonstrar os elementos justificadores da prisão cautelar¹⁶. Assim, como exigir menos para a apreensão

16 A decisão paradigmática da matéria: EMENTA Habeas corpus. Homicídio qualificado (art. 121, § 2º, II e IV, CP). Prisão preventiva. Garantia da ordem pública. Ausência

cautelar do adolescente, como parece apresentar o “acordo” entre polícia e MP

de motivação idônea. Questão não analisada pelo Superior Tribunal de Justiça. Supressão de instância. Impossibilidade de exame desse fundamento diretamente pelo Supremo Tribunal Federal. Garantia da instrução criminal. Decisão de pronúncia já proferida. Desnecessidade, em princípio, da medida cautelar. Precedentes. Possibilidade de nova inquirição das testemunhas, na fase do *judicium causae*, durante a instrução em plenário (art. 473, CPP). Subsistência, em tese, do fundamento em questão. Hipótese em que a prisão cautelar se lastreou no temor genérico das testemunhas em prestar depoimento. Invocação ainda da mera possibilidade de ofensa a sua integridade física e psicológica. Inexistência de individualização da conduta dos pacientes quanto ao *periculum libertatis*. Ausência de demonstração do vínculo entre uma conduta imputável aos réus e a situação de perigo para a genuinidade da prova. Hipótese de mera conjectura. Inexistência de base empírica idônea. Concessão, em parte, da ordem de habeas corpus para tornar insubsistente a prisão preventiva dos pacientes para a garantia da instrução criminal, e, mantida a prisão cautelar dos pacientes, determinar ao Superior Tribunal de Justiça que prossiga no julgamento do RHC n. 70.355/PE e examine o fundamento remanescente da garantia da ordem pública invocado para a manutenção da custódia cautelar do paciente. 1. Os pacientes, denunciados por infração ao art. 121, § 2º, II e IV, do CP, tiveram suas prisões preventivas decretadas para a garantia da ordem pública e da instrução criminal, as quais foram mantidas pela decisão de pronúncia. 2. Ocorre que o julgado ora hostilizado se limitou a analisar o decreto de prisão preventiva sob o prisma da garantia da instrução criminal. 3. Como o fundamento da garantia da ordem pública não foi examinado pela instância antecedente, sua apreciação, de forma originária, pelo Supremo Tribunal Federal, configuraria supressão de instância, o que é inadmissível, uma vez que esta Suprema Corte não pode, em exame *per saltum*, apreciar questão não analisada, em definitivo, pelo Superior Tribunal de Justiça. Precedentes. 4. No tocante à prisão preventiva para a garantia da instrução criminal, há que se ressaltar, preliminarmente, que a instrução do *judicium acusationis* se encerrou, tanto que foi proferida decisão de pronúncia, razão por que, em princípio, não se poderia mais interferir no ânimo de depor de quem já foi ouvido como testemunha. 5. Com efeito, decretada a prisão preventiva ou qualquer outra medida cautelar por necessidade da instrução, encerrada essa, desaparece o substrato fático que autoriza sua manutenção, razão pela qual, por esse único fundamento, a medida adotada não mais poderia subsistir. Precedentes. 6. No procedimento escalonado do júri, todavia, as testemunhas, na fase do *judicium causae*, poderão ser novamente inquiridas na instrução em plenário (art. 473 CPP), razão por que, em tese, subsistiria o interesse na prisão preventiva para a garantia da higidez da instrução. 7. O requisito do *periculum libertatis* exige a demonstração do perigo, atual ou futuro, decorrente da liberdade dos imputados. 8. Para que o decreto de custódia cautelar seja idôneo, é necessário que o ato judicial construtivo da liberdade traga, fundamentadamente, elementos concretos aptos a justificar tal medida. Precedentes. 9. É imprescindível apontar-se uma conduta dos réus que permita imputar-lhes a responsabilidade pela situação de perigo à genuinidade da prova. 10. Na espécie, a prisão cautelar se lastreia no temor genérico das testemunhas em depor, sem individualizar uma conduta sequer imputável aos pacientes. 11. É natural e compreensível que testemunhas de crimes violentos sintam medo em prestar depoimento, mas não basta indicar a existência desse temor: é preciso demonstrar que o acusado esteja a intimidar, por si ou por interpostas pessoas, as testemunhas. 12. A invocação da “possibilidade de ofensa à integridade física e psicológica das testemunhas” constitui

para não liberar, quando se trata desse delito?

Segundo porque a segregação cautelar demanda suporte probatório mínimo do fato, em termos de autoria e materialidade. É assim, inclusive, a pacificada orientação jurisprudencial do sistema de adultos¹⁷. Desse modo, novamente, como exigir menos do sistema juvenil?

Agora, em terceiro plano: como o MP pode suplantar uma possibilidade da autoridade policial? Que existe exatamente para fins de evitar a estigmatização que qualquer procedimento judicial implica. O princípio da diversificação é um primado na justiça juvenil, devido à condição peculiar de desenvolvimento; de modo que, quanto menos instituição, melhor! (ZIMIRING, 2019)

Enfim, há uma nítida intervenção do sistema adulto, eminentemente punitivo, em seara juvenil – tal como aponta Álvaro Pires (2006). Além disso, diversas indagações têm surgido, pós aprovação do Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA; pois no âmbito do parlamento, de natureza conservadora e punitiva, “convivem os discursos sobre a capacidade de discernimento dos jovens e sobre a leniência do modelo de intervenção adotado pelo ECA, con-

mera suposição do juízo de primeiro grau, sem base em elementos fáticos concretos, o que não se admite. Precedentes. 13. Afastado um dos fundamentos da prisão preventiva (garantia da instrução criminal), cumprirá ao Superior Tribunal de Justiça, ao qual o tema foi anteriormente submetido, examinar o fundamento remanescente (garantia da ordem pública), a fim de que não se configure indevida supressão de instância. 14. Concessão, em parte, da ordem de habeas corpus para tornar insubsistente a prisão preventiva dos pacientes para a garantia da instrução criminal e, mantida a prisão cautelar, determinar ao Superior Tribunal de Justiça que prossiga no julgamento do RHC n. 70.355/PE e examine o fundamento remanescente da garantia da ordem pública invocado para a manutenção da custódia preventiva dos pacientes. (HC 137066, Relator(a): DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, julgado em 21/02/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-047 DIVULG 10-03-2017 PUBLIC 13-03-2017)

17 “Que a decisão esteja pautada em motivação concreta de fatos novos ou contemporâneos, bem como demonstrado o lastro probatório que se ajuste às hipóteses excepcionais da norma em abstrato e revelem a imprescindibilidade da medida, vedadas considerações genéricas e vazias sobre a gravidade do crime (HC n. 321.201/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, Quinta Turma, julgado em 6/8/2015, DJe 25/8/2015; HC n. 296.543/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Sexta Turma, julgado em 02/10/2014, DJe 13/10/2014)”. (RHC 114.577/RS, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 15/10/2019, DJe 22/10/2019.)

siderado demasiado brando por parte daqueles que defendiam sua alteração” (CIFALI, 2019, p. 164).

Além disso, a criação do ECA, em 1990, deveria romper com todo aquele cenário, com a proposta principal da Proteção Integral de crianças e adolescentes sem distinção de classe social, gênero e raça, alinhado à Constituição Federal e normas Internacionais, a afim de que estes fossem reconhecidos como sujeitos de direitos.

Nesse sentido, garantias penais e processuais são constitucionalizadas para qualquer cidadão, dentre eles, o adolescente em conflito com a lei. Isto é, não se trata mais de proteção (assistencialismo autoritário) por parte do Estado aos que eram considerados em situação irregular – menores. Trata-se agora de responsabilização estatal especializada, pois dirigida a cidadãos que não possuem completa capacidade de compreensão e autodeterminação. Por consequência, a observância desde a legalidade até a fundamentação da decisão judicial que imputa a responsabilidade infracional deve ser balizada por termos constitucionais.

Ocorre que a há um menorismo que teima em permanecer na prática da justiça juvenil, como um ranço ainda não superado, refletido, dentre outros pontos, no fato de Estatuto ser ambíguo com relação ao modelo anterior (ALMEIDA, 2018). Nesse sentido, gera-se

A crise de interpretação se configura então como releitura subjetiva discricional e corporativista das disposições garantistas do ECA e da Convenção Internacional dos Direitos da Criança. Dito de outra forma, a crise de interpretação se configura no uso em chave de tutela de uma lei como o ECA claramente baseada na responsabilidade (MÉNDEZ, 2006, p. 20-21).

A redução da idade penal é o exemplo significativo desse enfoque. Os trabalhos de Cappi e Budó (2018) apontam que prevalece o discurso da punição¹⁸ nos debates parlamentares da redução da maioridade penal em 1993

18 Entendido esse como adolescentes perigosos, responsáveis pela criminalidade urbana e, portanto, da insegurança, demandando-se do Estado, por sua vez, maior punição.

e 2010 e demonstram como a mídia e o parlamento mantêm relação imbricada sobre aquela temática (BUDÓ, 2013). Em geral, apresenta Cappi (2017), o adolescente é tido como perigoso, responsável pela insegurança social, cuja intervenção retributiva e dissuasiva deve substituir o texto constitucional de responsabilização especializada.

Além disso, as polícias, além de inseridas nas complexidades sociais, submetem-se a um modelo ambíguo do sistema processual, o que as leva a transacionar com representações hierarquizadas do pensamento social, produzindo e reproduzindo verdades (expectativas sociais) (KANT DE LIMA, 1997). Essas ambiguidades – sistema do inquérito policial inquisitivo (ausência de controle devido processo legal), função de vigilância e manutenção da ordem pública (que a impele a agir com suspeição sistemática, com base no comportamento virtual do indivíduo e discricionariedade) – levam a instituição a uma postura inferiorizada ante o Judiciário – de modo que precisam fazer valer as representações sociais que recaem sobre ela (KANT DE LIMA, 1999).

Entrementes, a conjuntura policial é formatada a partir de uma lógica em que o órgão não é construído como fim de administrar ou pacificar os conflitos, mas de extingui-los, punindo os sujeitos neles envolvidos. Reduzida – quase nula –, a capacidade de mediação e conciliação ocorre devido ao seu poder de negociação não ser legitimado frente às demais instâncias pertencentes ao controle social, tendo em vista seu caráter repressivo.

Ao final, o que se pode observar é uma instituição com um visível potencial destruidor de ordem, tentando, sem sucesso, garanti-la a todo custo, assim como o próprio sistema de justiça criminal que lhe sustenta, sendo cada vez mais legitimada pela população para agir desse modo. Assim, diante desse cenário teórico acerca da cultura policial, é preciso verificar como acontece a prática dos agentes institucionais quando da apreensão em flagrante de adolescentes em conflito com lei, visando a identificar se há (des)respeito às diretrizes do ECA, que apresenta os adolescentes como sujeitos de direitos, dotados de garantias penais e processuais.

Porém, o texto do ECA estabeleceu limites jurídicos para a intervenção do Estado na vida e na liberdade dos sujeitos (COSTA, 2013. p. 54 –

55), dada a condição peculiar de desenvolvimento, o que justifica uma justiça especializada (ZIMIRING, 2019). Assim, a Constituição garante a legalidade no art. 5º, XXXIX, reproduzida no art. 103 e 122 do ECA; de modo que a incriminação deve ser revestida de procedimentos, cujas garantias condicionem a atividade do juiz, até porque as garantias processuais são artefatos do cidadão, e não instrumento de persecução estatal (PRADO, 2005). O sistema de garantias visa estabelecer normas procedimentais mínimas, marcos objetivos, que devem ser observados desde a interpretação das normas até a regulamentação das atividades institucionais, em qualquer âmbito de atividade do Sistema de Justiça Juvenil.

CONCLUSÃO

A presente pesquisa teve como objetivo responder ao seguinte questionamento: em que medida as garantias constitucionais, no que tange à questão da prova, são asseguradas ao adolescente em conflito com a lei por parte da polícia, na apreensão em flagrante de ato infracional de tráfico de entorpecentes na cidade do Recife?

O entendimento de que o Estatuto da Criança e do Adolescente é ambíguo em relação ao modelo anterior, reforçando a necessidade de uma correta interpretação, foi percebido durante toda pesquisa.

Percebeu-se que o discurso de responsabilização de crianças e adolescentes, vinculado à assistência, ao abandono, à proteção e ao controle é uma crença que permeia a polícia, que se coloca na obrigação de realizar a justiça que o Poder Judiciário não fará.

Outrossim, o discurso eufemístico de guerra às drogas continua prevalecendo para fundamentação do controle social de adolescentes pretos e moradores da periferia e que, em sede de delegacia, o rito da apuração de ato infracional não é realizado como preceitua o Estatuto da Criança e do Adolescente. Todo o procedimento é eivado de erros e informalidades que acabam por gerar violações de direitos desses sujeitos.

Restou evidenciado que o discurso eufemístico de proteção ainda se faz presente, em acordos informais entre delegados e Ministério Público, cujo o verdadeiro intuito é a punição de adolescentes, prevalecendo uma lógica de defesa social que é compartilhada pela Doutrina da Proteção Integral.

Versando especificamente no que se refere às provas, em nenhum dos casos observados durante a etnografia foram respeitados os critérios estabelecidos pelo Estatuto da Criança e do Adolescente. A polícia civil age com modo próprio, driblando garantias legais, cuja consequência é o desprezo à condição peculiar de desenvolvimento.

Nesse sentido, é necessário persistir na luta pela efetivação das garantias e direitos dos adolescentes, pois as polícias militar e civil seguem não observando a legislação vigente, mantendo-se na filosofia superada do Código de Menores.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Bruna Gise. **A racionalidade prática do isolamento institucional**: um estudo da execução da medida de internação em São Paulo. Tese (Doutorado). Universidade de São Paulo. Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas. Programa de Pós-graduação em Sociologia. São Paulo, 2016.

BATISTA, Nilo. **Punidos e mal pagos**. Violência, justiça, segurança pública e direitos humanos no Brasil de hoje. Rio de Janeiro: Editora Revan, 1990.

BATISTA, Vera Malaguti. História sem fim. In: PASSETTI, Edson (org.) **Curso Livre de Abolicionismo Penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2004, jan. 2012.

BRASIL. **Levantamento Nacional do Atendimento Socioeducativo ao Adolescente em Conflito com a Lei – SINASE**. Secretaria Nacional de Promoção dos Direitos da Criança e do Adolescente da Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República. Brasília: 2018.

_____. **Lei n. 12.594** de 18 de janeiro de 2012. Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo SINASE.

_____. **Estatuto da Criança e do Adolescente**: lei n. 8.069 de 13 de julho de 1990.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 137066**, Relator(a): DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, julgado em 21/02/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-047 DIVULG 10-03-2017 PUBLIC 13-03-2017.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **RHC 114.577/RS**, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Quinta Turma, julgado em 15/10/2019, DJe 22/10/2019.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **HC 361.750/TO**, Rel. p/ acórdão Ministro ROGÉRIO SCHIETTI CRUZ, Sexta Turma, DJe 15/9/2016.

BRETAS, M.L. Observações sobre a falência dos modelos policiais. **Tempo Social**, v. 9, n. 1, maio 1997.

BUDÓ, Marília de Nardin. **Mídias e discursos do poder**: a legitimação discursiva do encarceramento de adolescentes pobres no Brasil. Tese (doutorado). Programa de Pós-graduação em Direito. Universidade Federal do Paraná, 2013.

BUDÓ, Marília de Nardin; CAPPI, Riccardo. **Punir os jovens?** A centralidade do castigo nos discursos midiáticos e parlamentares sobre o ato infracional. Belo Horizonte, MG: Letramento, 2018.

CAMPOS, M. S. **Pela Metade**: as principais implicações da nova lei de drogas no sistema de justiça criminal em São Paulo. 2015, 313. Tese (Doutorado em Sociologia). Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da USP. São Paulo, 2015.

CAPPI, Riccardo. **A maioria penal nos discursos parlamentares**: motivos do controle e figuras do perigo. Belo Horizonte: Letramento, 2017.

CARVALHO, Salo. O encarceramento seletivo da juventude negra brasileira: a decisiva contribuição do poder judiciário. **Rev. Fac. Direito UFMG**, Belo Horizonte, n. 67, pp. 623-652, jul./dez. 2015.

CIFALI, Ana Claudia. **As Disputas pela Definição da Justiça Juvenil no Brasil**: atores, representações sociais e racionalidades. 2019, 231. Tese (Doutorado em Ciências Criminais). Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2019.

CORNELIUS, Eduardo Gutierrez. O Controle Jurídico-Penal de Adolescentes: o exemplo da internação provisória na jurisprudência do STJ e do TJRS em casos de tráfico de drogas. **Revista de Estudos Empíricos em Direito**. v. 1, n. 2, jul. 2014, p. 100-121.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Observações sobre os sistemas processuais**: Escritos do Prof. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, v. 1. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória. 2018.

_____. Introdução aos princípios do Direito Processual Penal brasileiro. *In: Separata ITEC*, ano 1, n. 4 – jan./fev./mar. 2000.

CNJ-Conselho Nacional de Justiça. **Panorama Nacional**: A Execução das Medidas Socioeducativas de Internação, 2012.

KANT DE LIMA, R.; MISSE, M.; MIRANDA, A. P. Violência, criminalidade, segurança pública e justiça criminal no Brasil: uma bibliografia. **Revista Brasileira de Informação Bibliográfica em Ciências Sociais**, São Paulo, n. 50, 2000.

LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal e Sua Conformidade Constitucional**. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MACHADO, É. B. L. A. **Medida socioeducativa de internação**: do discurso (eufemista) à prática judicial (perversa) e à execução (mortificadora): um estudo do *continuum* punitivo sobre adolescentes do sexo feminino em conflito

com a lei na cidade do Recife, PE. 2014, 422 f, Tese (Doutorado em Direito). Recife: UFPE, 2014.

MARQUES NETO, A. Ramalho. O Poder Judiciário na Perspectiva da Sociedade Democrática: o juiz cidadão. *In: Revista ANAMATRA*. São Paulo, n. 21, 1994.

MÉNDEZ, Emilio García. Evolución histórica del derecho de la infancia: ¿por que una historia de los derechos de la infancia? *In: ILANUD; ABMP; SEDH; UNFPA (orgs.)*. **Justiça Adolescente e Ato Infracional**: socioeducação e responsabilização. São Paulo: ILANUD, 2006.

_____. **Infância e cidadania na América Latina**. São Paulo: Hucitec/ Instituto Ayrton Senna, 1998.

ONU. Organização das Nações Unidas. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Adotada e proclamada pela Resolução n. 217 A (III) da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1948. Assinada pelo Brasil na mesma data.

PERNAMBUCO. Governo do Estado. Estratégia de Desenvolvimento e carteira de projetos públicos. Pernambuco 2035. Disponível em: <<http://online.fliphtml5.com/fjjc/tstm/#p=107>>. Acesso em: 15. jun.2019.

PINHEIRO, Paulo Sérgio. Polícia e crise política: o caso das polícias militares. *In: PAOLI, M. C.; BENEVIDES, M. V.; PINHEIRO, P. S.; DA MATTA, R. A* **violência brasileira**. São Paulo: Ed. Brasiliense, 1982.

PIRES, A. Responsabilizar ou punir? a justiça juvenil em perigo. *In: SLAKMON, C.; MACHADO, M. R.; BOTTINI, P. C. (orgs.)*, **Novas direções na governança da justiça e da segurança**. Brasília: Ministério da Justiça, 2006.

PONCIONI, Paula. A “feijoada”: negociação e violência nas práticas policiais de mediação de conflitos. **Praia vermelha**: Estudos de Política e Teoria Social. Rio de Janeiro. POLÍTICAS SOCIAIS & SEGURANÇA PÚBLICA: Universidade

Federal do Rio de Janeiro. Programa de Pós-graduação em Serviço Social, n. 14 e 15, primeiro e segundo semestre, 2006.

PORTO, Maria Stela Grossi. Polícia e violência: representações sociais de elites policiais do Distrito Federal. **São Paulo em perspectiva**, 18(1), São Paulo, 2004.

PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório**. A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais. 3 ed. São Paulo: Lumen Juris, 2005.

RAUPP, Mariana M. **O Seletto Mundo da Justiça**: análise de processos penais de tráfico de drogas. Dissertação (Mestrado em Sociologia). Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2005.

SALAS, Jaime Couso. Princípio educativo e (re) socialização no direito penal juvenil. **Rev. Bras. Adolescência e Conflitualidade**, (8): 12-15, 2013.

SPOSATO, Karina. Batista. **Direito Penal de Adolescentes**: Elementos para uma teoria garantista. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

TAVARES, Juarez. **Teoria do Injusto Penal**. 3 ed., Belo horizonte: Del Rey, 2003.

TORRES, Anamaria Campos. **Prova no Processo Penal**. Justiça como fundamento Axiológico. Belo Horizonte: Del Rey, 1992.

ZAFFARONI, E. R. **O inimigo no Direito Penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

ZIMIRING, Franklin. Busca por compreender as origens e os fundamentos da Justiça Juvenil Global. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 158, São Paulo: Revista dos Tribunais, agosto, 2019.

CAPÍTULO VIII

A IDEIA DE LIBERDADE A PARTIR DO PENSAMENTO DE RONALD DWORKIN DO DIREITO COMO INTEGRIDADE E A ANÁLISE SOBRE O TEMA 1079 DE REPERCUSSÃO GERAL NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

DOI: <http://dx.doi.org/10.18616/dirhum14>

Jean Carlos Dias
Hugo José de Oliveira Agrassar

VOLTAR AO SUMÁRIO

INTRODUÇÃO

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal enfrenta por diversas vezes temas difíceis que necessitam de sopesamento de princípios para alcançar soluções justas. Valores políticos se entrelaçam num complexo jogo de equilíbrio.

A liberdade é um desses valores políticos que entra em confronto quando a questão judicial envolve o conflito entre liberdade individual e outros valores políticos como a segurança coletiva.

É nesse sentido que o presente texto demonstrará que a concepção de direito como integridade defendida por Dworkin equilibra a relação entre esses valores políticos, principalmente no que concerne ao tema liberdade.

O presente estudo terá como objetivo, portanto, apresentar ideias centrais da concepção Dworkiniana de direito como integridade, como aquela que melhor justifica a coerção estatal principalmente nos chamados “casos difíceis”, ou seja, aqueles onde inexistem padrões normativos ou políticos anteriores. Posteriormente, será feita uma análise, a partir da ideia de liberdade adotada por Dworkin relacionando-a com o tema 1079 de repercussão geral do STF (Constitucionalidade do art. 165-A do Código de Trânsito Brasileiro, incluído pela lei n. 13.281/2016, o qual estabelece como infração autônoma de trânsito a recusa de condutor de veículo a ser submetido a teste que permita certificar a influência de álcool) nos autos do Recurso Extraordinário n. 1.224.374/RS.

Para tanto, o presente trabalho será dividido da seguinte forma: no desenvolvimento serão apresentados o modelo interpretativo de Dworkin, o conceito de direito para Dworkin e sua concepção como integridade; em seguida será feita uma análise da noção de liberdade em Dworkin; por fim será apresentada uma análise do tema 1079 de repercussão geral do Supremo Tribunal Federal (Recurso Extraordinário n. 1.224.374/RS).

A relevância do presente trabalho está no fato de estar se enfrentando um chamado caso difícil no pensamento dworkiniano, pois envolve discussão sobre direitos e garantias individuais relativos à liberdade de ir e vir,

à presunção de inocência, à não autoincriminação, à individualização da pena, aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, referente à recusa do condutor em realizar teste de alcoolemia, como o do bafômetro ou etilômetro, que se contrapõem aos direitos à vida, à saúde e ao princípio de segurança no trânsito que rege o Código de Trânsito Brasileiro.

A CONCEPÇÃO DE DIREITO COMO INTEGRIDADE EM RONALD DWORKIN

Dworkin apresenta o direito não apenas como um sistema de normas, como entendem os positivistas, mas, nas palavras de Macedo Júnior (2014, p. 210), como “prática interpretativa porque o seu significado enquanto prática social normativa é dependente das condições de verdade das práticas argumentativas que o constituem”, sintetizando, já na parte final de sua obra (2007, p. 492) o conceito de direito:

É uma atitude interpretativa e autorreflexiva, dirigida à política no mais amplo sentido. É uma atitude contestadora que torna todo o cidadão responsável por imaginar quais são os compromissos públicos de uma sociedade com os princípios, e o que tais compromissos exigem em cada circunstância. O caráter contestador do direito é confirmado, assim como é reconhecido o papel criativo das decisões privadas, pela retrospectiva da natureza judiciosa das decisões tomadas pelos tribunais e também pelo pressuposto regulador de que, ainda que os juízes devam ter a última palavra, sua palavra não será a melhor por essa razão. A atitude do direito é construtiva: sua finalidade, no espírito interpretativo, é colocar o princípio acima da prática para mostrar o melhor caminho para um futuro melhor, mantendo a boa-fé com relação ao passado. É, por último, uma atitude fraterna, uma expressão de como somos unidos pela comunidade apesar de divididos por nossos projetos, interesses e convicções.

Com base no conceito acima, Dworkin apresenta a noção da prática interpretativa do Direito comparando-a ao exercício literário em construção e desenvolvendo a ideia de um romance em cadeia” (*chain novel*), na medida em que se exige do juiz, como um romancista na corrente, uma interpretação jurídica de caráter construtivo que dê sequência à história da prática social do Direito”, conforme muito bem se manifestou Viana (2015, p. 60).

Os juízes em sua atividade interpretativa do direito, ao mesmo tempo em que ficam vinculados à parte do romance produzida pelos autores responsáveis pelas etapas anteriores acabam por interpretar aquilo que já foi feito, dando continuidade, agora com novos elementos, ao romance numa espécie de processo criativo, o que pode ser entendido a partir de Christie (1987, p. 173):

Dworkin then proceeds, along grounds he has made familiar in recent years, to analogize the development of the law to the writing of a chain novel. Each succeeding author is obliged to search for the interpretation of the text supplied to him that best fits that text.¹

O juiz no processo interpretativo tem o dever de compreender aquilo que já tiver sido feito nas etapas anteriores e dar sequência à história, e não inventar uma decisão nova sem vínculo com aquilo que já fora decidido. Dworkin (2007, p. 277) assim afirma:

Deve adotar um ponto de vista sobre o romance que vai se formando aos poucos, alguma teoria que lhe permita trabalhar elementos como personagens, trama, gênero, tema e objetivo, para decidir o que considerar como continuidade e não como novo começo.

1 Dworkin então prossegue, por motivos que ele tornou familiar nos últimos anos, para fazer uma analogia ao desenvolvimento da lei com a redação de um romance em cadeia. Cada autor sucessor é obrigado a procurar a interpretação do texto fornecido a ele que melhor se encaixa nesse texto. (tradução livre).

Comparando o ato de interpretar com a arte, Dworkin afirma que o artista não pode criar nada sem interpretar enquanto cria; como pretende criar arte, deve pelo menos possuir uma teoria tácita do por que aquilo que produz é arte, por que é uma obra de arte melhor graças a este e não àquele golpe do pincel, da pena ou do cinzel. O crítico, por sua vez, cria quando interpreta, pois, embora seja limitado pelo fato da obra, definido nas partes mais formais e acadêmicas de sua teoria da arte, seu senso artístico mais prático está comprometido com a responsabilidade de decidir qual maneira de ver, ler ou compreender aquela obra a mostra como arte melhor, estando aí a diferença entre o artista que interpreta quando cria e o crítico que cria quando interpreta.

Dworkin quer usar a interpretação literária para o método central da análise jurídica, exemplificando da seguinte maneira: imagine que um grupo de escritores jogue um dado, sendo que os de menor número escreverão os primeiros capítulos e assim sucessivamente, mantendo o encadeamento do romance a partir do primeiro escritor. Desta feita, os romancistas posteriores são menos livres que os primeiros. O primeiro deles vai criar e os demais vão ao mesmo tempo criar e interpretar, pois precisam ler tudo o que foi escrito antes para estabelecer, no sentido interpretativista, o que é o romance criado até então. Talvez seja uma incumbência impossível; talvez o projeto esteja fadado a produzir um romance ruim ou até nenhum romance, pois, para a melhor teoria da arte, exige um criador único ou, se mais de um, que cada qual tenha algum controle sobre o todo.

Decidir casos controversos no direito é mais ou menos, segundo Dworkin, como esse estranho exercício literário, pois cada juiz é um romancista na corrente que deve ler tudo o que outros juízes escreveram no passado, não apenas para descobrir o que disseram, ou seu estado de espírito quando o disseram, mas para chegar a uma opinião sobre o que esses juízes fizeram coletivamente, da maneira como cada um dos romancistas formou uma opinião sobre o romance coletivo escrito até então.

Ao decidir o novo caso, cada juiz deve se considerar parceiro de um complexo empreendimento em cadeia, do qual essas inúmeras decisões, estruturas, convenções e práticas são a história; é seu trabalho continuar essa história

no futuro por meio do que ele faz agora, devendo interpretar o que aconteceu antes, porque tem a responsabilidade de levar adiante a incumbência que tem em mãos e não partir em alguma nova direção. Nesse sentido, o juiz precisa decidir, através da melhor leitura da corrente, no caso do choque entre direitos.

O direito, nesse aspecto, é um empreendimento político, cuja finalidade geral é coordenar o esforço social e individual ou resolver disputas sociais e individuais, ou assegurar a justiça entre os cidadãos e entre eles e seu governo ou alguma combinação dessas alternativas. Assim, uma interpretação de qualquer ramo do Direito deve demonstrar seu valor, em termos políticos, o melhor princípio ou política a que serve.

O juiz, portanto, no enredo deste romance em cadeia, não possui liberdade criativa ampla, mas compromissos em duas dimensões: dimensão da adequação e dimensão de ajuste à melhor leitura possível da obra em desenvolvimento.

O dever do juiz é interpretar a história jurídica que encontra, não inventar uma história melhor, desenvolvendo uma abordagem particular da interpretação jurídica, formando e aperfeiçoando uma teoria política sensível a essas questões de que dependerá a interpretação em casos específicos.

A opinião de um juiz sobre a melhor interpretação será, portanto, a consequência de convicções que outros juízes não precisam compartilhar, observando-se que, por exemplo, se sua visão for econômica, verá nas decisões passadas sobre determinado tema alguma estratégia para reduzir os custos econômicos de um modo geral. Outros repugnarão essa função do Direito, mas não descobrirão nenhuma estratégia assim na história, mas, apenas, talvez uma tentativa de reforçar a moral convencional referente à falta e à responsabilidade.

As interpretações dos casos, quanto à primeira dimensão que é a dimensão da adequação, devem ser capazes de explicar o texto de forma substancial, ajustando-se a todos os elementos integrantes do texto, não podendo ser criativa a ponto de ignorar os elementos centrais daquilo que já fora escrito por outros autores. Dworkin (2007, p. 277) afirma que a interpretação “será malsucedida se deixar sem explicação algum importante aspecto estrutural do texto,

uma trama secundária tratada como se tivesse grande importância dramática, ou uma metáfora dominante recorrente”, ideia confirmada por Snowden (1991):

When one argues the truth of a proposition of law, the argument presumes that the story of the proposition *fits* the existential facts of the history of political coercion (the dimension, axis, or measure of fit) and that the proposition does *honor* to history by putting it in the best light possible, all things considered (the dimension, axis, or measure of honor). Put in terms of legal practice, one must ask, “does the proposition fit the constitution, statutes, and cases, and does the proposition honor the political values of justice, fairness, and due process? Integrity is the motivating force for the location of the focal point.² (p. 52-53)

Quanto à segunda dimensão, chamada de dimensão de ajuste à melhor leitura possível da obra em desenvolvimento, diz respeito à possibilidade da existência de mais de uma hipótese de interpretação ao conjunto do texto, devendo o juiz atuar como coautor do romance em cadeia e decidir “qual dessas leituras possíveis se ajusta melhor à obra em desenvolvimento, depois de considerados todos os aspectos em questão” (DWORKIN, 2007, p. 277).

Com base nas duas dimensões, deve o juiz decifrar a melhor interpretação da estrutura política e da doutrina da sua comunidade, identificando, em seguida, quais interpretações são adequadas a esse conjunto de princípios, sendo que, somente se houver mais de uma interpretação possível, deve maximizar esse conjunto coerente de princípios. Assim observa Dworkin (1998):

2 Quando alguém argumenta a verdade de uma proposição de lei, o argumento pressupõe que a história da proposição se encaixa nos fatos existenciais da história da coerção política (a dimensão, eixo ou medida de adequação) e que a proposição honra a história colocando-o da melhor maneira possível, considerando todas as coisas (a dimensão, o eixo ou a medida de honra). Colocada em termos de prática jurídica, é preciso perguntar: “a proposição se encaixa na constituição, estatutos e casos, e a proposição honra os valores políticos da justiça, imparcialidade e devido processo? Integridade é a força motivadora para a localização de o ponto focal. (tradução livre).

In Dworkin's model, there are three stages to the practice of constructive interpretation. First, in the "preinterpretive" stage, "the rules and standards [are] taken to provide the tentative content of the practice identified." Second, in the "interpretive" stage, "the interpreter settles on some general justification for the main elements of the practice identified at the preinterpretive stage. Third, in the "postinterpretive" stage, "[the judge] adjusts his sense of what the practice 'really' requires so as better to serve the justification he accepts at the interpretive stage." In other words, at the preinterpretive stage the judge identifies the "paradigms" of the relevant legal practice; at the interpretive stage the judge decides which scheme of principles best fits current legal practice and the judge's conception of political morality; and at the postinterpretive stage the judge must add to or subtract from the current conception of legal practice given the demands made by the morally best scheme of principles.³ (p. 1091-1092)

O raciocínio jurídico para uma interpretação adequada faz uso da ideia de coerência normativa, que é mais complexa que a coerência narrativa, introduzindo novos fundamentos para afirmações de subjetivismo interpretativo. Nesse sentido, a dimensão da moralidade política supõe que, se duas justificativas oferecem uma adequação igualmente boa aos dados jurídicos, uma delas, não obstante, oferece uma justificativa melhor que a outra se for

3 No modelo de Dworkin, existem três estágios para a prática da interpretação construtiva. Primeiro, no estágio "pré-interpretativo", "as regras e os padrões [são] adotados para fornecer o conteúdo experimental da prática identificada". Segundo, no estágio "interpretativo", o intérprete estabelece algumas justificativas gerais para os principais elementos da prática identificados no estágio pré-interpretativo. Terceiro, no estágio "pós-interpretativo" "[o juiz] ajusta seu senso do que a prática 'realmente' exige para melhor servir a justificativa que ele aceita no estágio interpretativo. "Em outras palavras, no estágio pré-interpretativo, o juiz identifica os" paradigmas "da prática jurídica relevante; no estágio interpretativo, o juiz decide qual o esquema de princípios se encaixa melhor na prática jurídica atual e na concepção de moralidade política do juiz; e, no estágio pós-interpretativo, o juiz deve adicionar ou subtrair da concepção atual de prática jurídica, dadas as exigências do melhor esquema de princípios moralmente. (tradução livre).

superior enquanto teoria política ou moral, isto é, se apreende melhor os direitos que as pessoas realmente têm.

A questão, portanto, de se existem casos sem nenhuma resposta certa (casos ditos difíceis) em um determinado sistema jurídico e se tais casos são raros ou numerosos não é uma questão empírica comum, devendo os juristas tratarem a interpretação jurídica como uma atividade *sui generis*, estudarem a interpretação como uma atividade geral, como modo de conhecimento, atendendo para outros contextos dessa atividade. Nesse sentido, Dworkin afirma que seria bom os juristas estudarem a interpretação literária e outras formas de interpretação artística.

Quanto às concepções do direito, Dworkin (2007, p. 117-118) afirma que consistiriam no aprimoramento da interpretação inicial e consensual (conceito de direito), tendo como função o oferecimento de respostas às perguntas colocadas pelo conceito, oferecendo três concepções antagônicas de direito (convencionalismo, pragmatismo e direito como integridade), que se diferenciarão justamente na descrição da prática jurídica utilizada na etapa pós-interpretativa e sobre quais entendimentos serão extraídos para solucionar os casos difíceis (DIAS [org.], 2015, p. 316).

O convencionalismo é a concepção de que o direito é descoberto através de textos e decisões convencionalmente aceitos, o que traz segurança jurídica aos destinatários do direito, mas seria incapaz de solucionar os chamados casos difíceis, em que inexistente decisão política que explicitamente os regulamente, falhando o convencionalismo justamente na continuidade do romance em cadeia analogicamente tomado por Dworkin para explicar o direito.

Já o pragmatismo, seria uma concepção cética do direito, na qual os juízes não estariam comprometidos a qualquer decisão política do passado, tomando suas decisões que lhes pareçam as melhores para o futuro, permitindo-lhe que os juízes desenvolvam livremente o direito, podendo alterá-lo quando, ao seu critério, entenderem que os benefícios da mudança superem os malefícios da redução da previsibilidade (DIAS LOPES [org.], p. 351).

A última concepção é a do direito como integridade, reconhecida por Dworkin como a que melhor se ajusta a uma comunidade política,

funcionando como princípio aglutinador das outras virtudes da organização política, ao mesmo tempo que sinalizaria o caminho a ser seguido no futuro rumo a uma comunidade de princípios a partir de valores reconhecidos no passado, o que é descrito por CROWE (2007, p. 169-170):

Dworkin treats integrity as a distinctive political value. He initially divides this concept into two parallel notions, corresponding to two different types of legal decision making: integrity in legislation and integrity in adjudication. Integrity in legislation requires the legislature to make the law coherent, bearing in mind a set of overarching values. Integrity in adjudication requires judges to treat the law 'as expressing and respecting a set of coherent principles.' On this view, legal deliberation contains both backward- and forward-looking elements; legal practice is seen as 'an unfolding political narrative. [...] Dworkin's argument for the value of integrity in adjudication takes a similar form. In the first place, it is an argument about the best explanation for judicial practice. For Dworkin, judicial interpretation of legal materials is structured by the notion of intention. The use of intention in legal interpretation, in turn, involves appealing to a set of general goals or principles in order to lend a coherent background context to particular legal rules. This interpretive theory of adjudication is then integrated into an overarching account of legal institutions as reflecting a particular notion of the legal community. It is at this more abstract level that the discrete principles of integrity in legislation and integrity in adjudication yield an overarching notion of law as integrity.⁴

4 Dworkin trata a integridade como um valor político distinto. Inicialmente, ele divide esse conceito em duas noções paralelas, correspondendo a dois tipos diferentes de tomada de decisão legal: integridade na legislação e integridade na adjudicação. A integridade da legislação exige que o legislador torne a lei coerente, tendo em mente um conjunto de valores abrangentes. A integridade na adjudicação exige que os juízes tratem a lei 'expressando e respeitando um conjunto de princípios coerentes'. Nessa visão, a deliberação legal contém elementos retrospectivos e prospectivos; a prática jurídica é vista como 'uma narrativa política em desenvolvimento. [...] O argumento de Dworkin para o valor da integridade na adjudicação assumir uma forma semelhante. Em primeiro lugar, é uma discussão sobre a melhor explicação para a prática judicial.

Assim, nota-se que a noção da integridade do direito, na visão de Dworkin, é a única que pode possibilitar ao juiz uma fuga da discricionariedade forte no julgamento de casos difíceis, de forma a encontrar, na própria interpretação da prática jurídica, bases principiológicas suficientes para o seu julgamento, conforme Dias (2015, p. 354-355):

Assim, qualquer juiz pode encontrar-se diante de um caso difícil e a depender de interpretações que deem ao caso, diferentes decisões podem ser tomadas por cada um deles. A sentença e as conclusões, entretanto, sempre deverão advir de uma interpretação de acordo com os fatos anteriores e justificá-los até onde isso seja possível. Sendo assim, a integridade exige que os juízes tratem o Direito como sendo estruturado por princípios de justiça, equidade e o devido processo legal, a fim de que sejam aplicados aos novos casos que surgirem, de forma que a situação seja sempre equitativa e justa.

Descritas as três concepções de direito de Dworkin, com destaque a do direito como integridade, a partir da ideia de romance em cadeia, como aquela que melhor se adequa a uma comunidade de princípios, iremos, nos tópicos seguintes analisar a noção de liberdade, nos termos da concepção adotada por Dworkin, verificando a constitucionalidade do art. 165-A do CTB através do tema 1079 de repercussão geral do STF (recurso extraordinário 1.224.374/RS), observando-se a advertência de Sadowski (2001, p. 1108-1109):

However, often in law it is not just the interpretation of the same cases that is at issue, but it is the very question of which cases and which issues are at issue. Thus, there are

Para Dworkin, a interpretação judicial de materiais legais é estruturada pela noção de intenção. O uso da intenção na interpretação legal, por sua vez, envolve apelar para um conjunto de objetivos ou princípios gerais, a fim de dar um contexto coerente a regras legais específicas. Essa teoria interpretativa da adjudicação é então integrada a um relato abrangente das instituições jurídicas, refletindo uma noção específica da comunidade jurídica. É nesse nível mais abstrato que os princípios discretos de integridade na legislação e de integridade na adjudicação produzem uma noção abrangente de lei como integridade. (tradução livre).

two main areas at stake: 1) identifying the “appropriate” precedent; and 2) interpreting the precedent or appropriate legal tradition. Unlike Dworkin’s chain novel, judicial decisions are not neatly collected and organized within an intact single cover, and thus it is not always obvious which earlier “chapters” are relevant. Often in law, it is not clear what the issue is; in fact, what judges and readers perceive as the issue itself is an act of interpretation, which depends on the various assumptions that different readers bring to the same problem and legal text. Even judges responding to the same set of briefs do not always agree on what the issues are.⁵

Dentro da noção de integridade é que se inserem os conceitos e valores políticos que norteiam as decisões a serem tomadas pelos juízes baseadas em princípios, conforme afirma Dworkin (2019, p. 133):

A integridade no direito tem várias dimensões. Em primeiro lugar, insiste em que a decisão judicial seja determinada por princípios, não por acordos, estratégias, ou acomodações políticas. [...] Em segundo lugar, a integridade se aplica verticalmente: se um juiz afirma que um determinado direito à liberdade é fundamental, deve demonstrar que sua afirmação é coerente com todos os precedentes e com as principais estruturas do nosso arranjo constitucional. Em terceiro lugar, a integridade se aplica horizontalmente: um juiz que aplica um princípio deve dar plena importância a esse princípio nos outros pleitos que decide ou endossa.

5 No entanto, muitas vezes na lei não é apenas a interpretação dos mesmos casos que está em questão, mas é a própria questão de quais casos e quais problemas estão em questão. Assim, há duas áreas principais em jogo: 1) identificar o precedente “apropriado”; e 2) interpretar a tradição legal precedente ou apropriada. Diferentemente do romance em cadeia de Dworkin, as decisões judiciais não são ordenadamente coletadas e organizadas em uma única capa intacta e, portanto, nem sempre é óbvio que “capítulos” anteriores são relevantes. Frequentemente na lei, não está claro qual é o problema; de fato, o que juízes e leitores percebem como a questão em si é um ato de interpretação, que depende das várias suposições que diferentes leitores trazem para o mesmo problema e texto legal. Mesmo os juízes que respondem ao mesmo conjunto de resumos nem sempre concordam sobre quais são os problemas. (tradução livre).

A liberdade é um desses conceitos que em alguns casos judiciais deve manter-se íntegra a justificar interpretações em casos ditos difíceis. No tópico seguinte será analisada a noção de liberdade em Dworkin.

A NOÇÃO DE LIBERDADE EM RONALD DWORKIN

Dentre os bens jurídicos disponíveis aos seres humanos tem-se a liberdade. Na verdade, a liberdade, mais que um simples bem jurídico, é um conceito político que sempre norteou as relações entre a sociedade e o estado, isto é, a sociedade, nos primórdios da criação do estado, abriu mão de parte de sua liberdade em prol da convivência pacífica entre seus pares.

Contudo, as relações humanas no decorrer do tempo tornaram-se mais complexas e com elas os valores políticos passaram a ser interpretados e aplicados de várias formas, interpretação esta que pode ser conservadora ou liberal, conforme Dworkin (2019, p.3):

Os juízes cujas convicções políticas são conservadoras naturalmente interpretam os princípios constitucionais abstratos de maneira conservadora, como fizeram nos primeiros anos deste século, quando supunham, erroneamente, que certos direitos reais e contratuais são fundamentais para a liberdade. Os juízes cujas convicções são mais liberais tendem naturalmente a interpretar os mesmos princípios de maneira liberal.

A liberdade enquanto valor político passou a ser tarefa difícil seja para os positivistas seja para os não positivistas, seja para conservadores seja para liberais.

Para Dworkin o tema liberdade tem reflexos diretos que decorrem de sua teoria dos princípios e da sua concepção de direito como integridade como visto alhures, objetivando sanar conflitos entre liberdade que afeta um indivíduo e as liberdades que afetam os cidadãos em conjunto.

Nunes (2015, p. 194) afirma que a linha distintiva entre essas duas noções de liberdade é tênue:

Tal confusão poderia conduzir de forma equivocada a uma teoria da liberdade calcada no estabelecimento distintivo entre as decisões que afetam um indivíduo e as que afetam os demais cidadãos, impondo entre essa distinção uma linha tênue, arbitrária e ilógica. Tal linha distintiva poderia conduzir a uma anarquia social e a um estado de ilegalidade generalizante, transformando em violência o exercício cidadão e em arbitrariedade a jurisdição. É que a liberdade absoluta conduz à corrupção absoluta.

Outro ponto relevante na ideia de liberdade no pensamento de Dworkin diz respeito a diferenciação entre licença e independência.

Para Dworkin, liberdade como licença vem a ser aquela que não diferencia as formas comportamentais, podendo ser limitada pela lei quando contrastada com valores como a igualdade e a segurança. Já liberdade como independência vem a ser aquela que faz tal diferença, atribuindo valor mais forte à liberdade, além de não negar, seja de forma absoluta seja de forma relativa, valores como igualdade e segurança em um determinado caso concreto.

A análise de Dworkin sobre a liberdade ganha enorme relevo através de sua concepção mais abrangente do sistema jurídico (regras, princípios e política) dentro de um cenário favorável a partir de padrões morais e de outras áreas da ciência social. Nunes (2015, p.197) reforça essa ideia quando assim se manifesta:

Com efeito, a reflexão sobre os principais temas da ciência jurídica, da liberdade e, inclusive, da desobediência civil, permite um olhar sistemático e sustentadamente mais abrangente que o campo da reflexão positivista no qual tudo precisa estar regrado, normatizado, para compor o sistema jurídico com propriedade.

Dworkin ao pensar a diferença entre regras e princípios expôs a relevância dos princípios para a devida interpretação de valores políticos como a liberdade, esclarecendo que o modo de aplicação de regras é no modo tudo ou nada, e dos princípios é no modo mais ou menos com base na ideia de ponderação que significa a prevalência de um princípio sobre o outro em um determinado caso concreto, por ter mais ou menos peso em uma determinada situação. Para aplicar um princípio é necessário, além de saber se ele incide ou não naquela situação, verificar se ele tem mais peso naquele caso determinado.

Por diversas vezes as discussões que envolvem o tema liberdade recaem em antinomias que se configuram quando duas normas entram em conflito uma com a outra. Nesse sentido, para Dworkin, se houver conflito entre duas regras, então uma delas terá que ser excluída do ordenamento jurídico ou tornar-se-á a exceção da outra.

Já a antinomia entre princípios é solucionada através da noção de prioridade, determinando-se qual deles tem mais peso e qual prevalecerá no caso concreto, mas ele não exclui o outro princípio do ordenamento jurídico, e o outro princípio não será exceção daquele. Ambos os princípios continuam a se aplicar sobre aquele caso concreto, contudo um prevalecerá sobre o outro naquele conflito determinado.

Em resumo, no caso de antinomias de regras uma exclui a outra, ou então há uma exceção. Já no caso dos princípios há uma prevalência de um princípio sobre o outro, há uma prioridade no caso concreto, e não uma exclusão.

Macedo Júnior (2014, p. 508) resume de forma precisa tal diferença entre regras e princípios:

- (i) as regras operam como um tudo-nada. A regra aplica-se ou não; ao decidir, o juiz examina primeiro o contexto factual, depois o alcance da regra. Os princípios, porém, não operam desse modo “sim ou não”. Os princípios têm uma dimensão de peso. Podem aplicar-se em maior ou menor grau. (ii) as regras nunca podem entrar em conflito; se isso acontecer, uma regra será errada ou inválida. Os princípios podem entrar em conflito e de fato o

fazem; eles apontam para considerações diferentes, e a relação entre princípios conflitantes vai depender das circunstâncias do caso específico. Dworkin, por exemplo, reconhecera as máximas equitativas como princípios de direito que podem entrar em conflito. A avaliação dos princípios é tarefa que compete à habilidade jurídica, na utilização que der ao efeito sobre o sistema subjacente e o caso em questão.

Com base na distinção acima descrita entre regras e princípios, nota-se que os princípios são o campo mais propício para o desenvolvimento da ideia de liberdade, delimitando-se o campo normativo para a restrição da liberdade em um determinado caso concreto com base na ponderação sem que se perca de vista a noção básica do conceito de liberdade.

Outro ponto relevante na ideia de liberdade no pensamento de Dworkin diz respeito à solução dada aos chamados casos difíceis. A ideia de liberdade invariavelmente fará parte de alguns desses casos difíceis.

Dworkin diz que os casos difíceis são os que as regras não conseguem estabelecer de maneira determinada um resultado, ou seja, quando as normas não são suficientes para determinar um resultado num determinado caso concreto o juiz terá a discricionariedade para decidir, discricionariedade essa que não poderia ser suprimida, e o juiz poderia escolher qualquer uma das alternativas, e todas estariam válidas, o que configura o decisionismo. Desta feita, para Dworkin a discricionariedade e o decisionismo são uma consequência da limitação do direito a regras.

Assim, nota-se que a vagueza da norma, também chamada de textura aberta, é um traço que se faz presente nos casos difíceis, em virtude de haver mais de uma interpretação possível o que permite, e até exige, do juiz o uso da discricionariedade na escolha da decisão que entenda mais apropriada para o caso concreto. Dworkin, nesse ponto, critica a dificuldade lógica dos positivistas na análise do tema liberdade, conforme atesta Nunes (2015):

A análise do tema liberdade, diante dos postulados positivistas, sugere algumas dificuldades lógicas. No caso do

sistema jurídico composto exclusivamente por normas jurídicas em que tais normas estariam dispostas hierarquicamente, sugerindo um sistema hermeticamente fechado e isolado pela pureza metodológica de Kelsen, intui-se um modelo incompreensivelmente autoritário e reducionista em que somente haveria liberdade relativa dentro do sistema ou, ainda, uma liberdade normatizada cujo teor da norma, reforçado pela ideia de coação como elemento identificador de uma liberdade sequer digna desse nome. [...] Trata-se do não reconhecimento das liberdades quer como atributo, essência, princípio, regra, na construção, exposição e justificação do direito. (p. 204)

Com a crítica reforçada pela doutrina supracitada, nota-se que a liberdade para Dworkin é um conceito indissociável do direito, inalienável dos seres humanos, intrínseco a sua própria condição de ser humano e essencial para manutenção da harmonia na vida em sociedade. A liberdade quando injustificadamente ameaçada põe em risco a vida social, violando garantias, direitos e deveres. A restrição da liberdade em alguns casos é consensual entre sociedade e estado, justamente para se manter a harmonia social à luz das próprias razões que justificam a vida em sociedade.

Dessa forma, a discussão essencial em torno do tema liberdade se dá na relação entre a imposição de limites à liberdade pelo direito e o exercício dessa mesma liberdade, devendo tal relação ser baseada no consenso, observando-se que, para Dworkin, tal consenso não deve ser apenas moral, visto que é necessário que se reconheça a importância de alguns princípios que nortearão a restrição da liberdade equilibrada com a necessidade de tolerância da máxima liberdade individual, devendo tal equilíbrio ser coerente com a integridade da vida em sociedade.

As razões limitadoras das liberdades devem ser guiadas por princípios morais gerais de prudência e moderação, que se justificam pela necessidade de se reconhecer que a liberdade absoluta conduz a um modo de corrupção absoluto o que é ressaltado por Dworkin (2010a):

Se uma pessoa for muito limitada pelas restrições jurídicas e sociais, isto será, pelo menos, uma forte evidência de que ela se encontra em uma situação politicamente inferior a algum grupo que usa seu poder sobre ela para impor essas restrições. (p. 404)

Na diferenciação entre liberdade como licença e liberdade como independência, conforme conceituadas acima, Dworkin entende que os cidadãos devem ser educados para aceitar as restrições às suas liberdades enquanto licença para fins de respeitar os interesses dos outros, ressaltando a importância da liberdade enquanto independência como condição para uma sociedade justa.

Para os liberais, a intervenção do estado nas liberdades individuais deve ser mínima, mas para Dworkin o sentido forte da liberdade permite que a lei crie restrições às liberdades individuais básicas em prol do interesse geral e do bem-estar da coletividade, já que tal sentido não pode competir com o direito à igualdade (ideia de que os estados devem tratar seus cidadãos com igual consideração e igual respeito), ressaltando-se que a diferença entre os casos concretos não tem a ver com o grau de liberdade, mas sim com as especificidades da liberdade em cada caso que o direito abarca.

Nesse aspecto, a limitação à liberdade deve se basear na concepção de igualdade, conforme afirma Nunes (2015):

Com isto, Dworkin sustenta que os mais bem conhecidos direitos a diferentes liberdades são exigidos pela concepção fundamental de igualdade. Um governo que respeita a concepção liberal de igualdade somente poderia restringir a liberdade, adequadamente, com base em determinados tipos muito limitados de justificação. (p. 213)

Dworkin (2019) faz uma comparação entre liberdades que representam a luta contra uma cultura da conformidade para fins de

reforçar o seu valor político, ressaltando a importância do equilíbrio entre os tipos de liberdade:

A educação pública liberal, a liberdade de expressão, de consciência e de religião e a liberdade acadêmica fazem parte do apoio que nossa sociedade dá a uma cultura da independência e constituem bastiões que ela erige para defender-se contra uma cultura da conformidade. A liberdade acadêmica representa aí um papel especial, pois as instituições educacionais são elementos essenciais dessa empreitada. (p. 403)

Analisada a ideia de liberdade enquanto valor político no pensamento de Dworkin, passaremos a investigar a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em relação a esse tema.

ANÁLISE DO TEMA 1079 DE REPERCUSSÃO GERAL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL À LUZ DA CONCEPÇÃO DO DIREITO COMO INTEGRIDADE NA NOÇÃO DE RONALD DWORKIN E SUA RELAÇÃO COM A LIBERDADE ENQUANTO VALOR POLÍTICO

O tema 1079 de repercussão geral do Supremo Tribunal Federal de relatoria do ministro Luiz Fux trata do conflito entre liberdade individual e outros valores políticos como segurança coletiva, em um chamado caso difícil, dentro das relações de trânsito em vias terrestres.

Esse tema pode ser considerado um caso difícil na visão dworkiniana, pois envolve discussão sobre direitos e garantias individuais relativos à liberdade de ir e vir, à presunção de inocência, à não autoincriminação, à individualização da pena, aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, referente à recusa do condutor em realizar teste de alcoolemia, como o

do bafômetro ou etilômetro, que se contrapõem aos direitos à vida, à saúde e ao princípio de segurança no trânsito que rege o Código de Trânsito Brasileiro.

O Código de Trânsito Brasileiro, instituído pela lei n. 9.503/1997, iniciou sua vigência em 23 de setembro de 1997, com o objetivo de regular em todo o território nacional as relações jurídicas de trânsito em vias terrestres em condições seguras, como um direito de todos e dever dos órgãos e entidades componentes do Sistema Nacional de Trânsito, a estes cabendo, no âmbito das respectivas competências, adotar as medidas destinadas a assegurar esse direito (art. 1º, §2º, do Código de Trânsito Brasileiro).

No decorrer dos anos, várias leis atualizaram o Código de Trânsito Brasileiro com o objetivo de torná-lo mais eficaz na busca da segurança enquanto direito de todos e, em 4 de maio de 2016, através da lei n. 13.281/2016, foi incluído em seu texto o art. 165-A com a seguinte redação:

Art. 165-A. Recusar-se a ser submetido a teste, exame clínico, perícia ou outro procedimento que permita certificar influência de álcool ou outra substância psicoativa, na forma estabelecida pelo art. 277:

Infração – gravíssima;

Penalidade – multa (dez vezes) e suspensão do direito de dirigir por 12 (doze) meses;

Medida administrativa – recolhimento do documento de habilitação e retenção do veículo, observado o disposto no § 4º do art. 270.

Parágrafo único. Aplica-se em dobro a multa prevista no caput em caso de reincidência no período de até 12 (doze) meses.

Tempos depois da sua inclusão no Código de Trânsito Brasileiro, o art. 165-A passou a sofrer diversas demandas judiciais questionando sua constitucionalidade, como no caso dos autos principais que deram origem ao recurso extraordinário de n. 1.224.374-RS, em que a Segunda Turma Recursal da Fazenda Pública dos Juizados Especiais Cíveis do Estado do Rio Grande do Sul havia anulado o auto de infração de trânsito lavrado contra um condutor

que se recusou a fazer o teste do bafômetro, sob o argumento de que, como não havia sido constatado formalmente que ele conduzia veículo sob sinais externos de uso de álcool ou de substância psicoativa, não havia que se falar em infração de trânsito.

De acordo com a interpretação dada pela referida Turma Recursal, a regra prevista no artigo 165-A do CTB foi a de que só seria possível autuar o condutor que se recusasse a realizar os testes caso apresentasse sinais externos de influência de álcool, com todas as características de embriaguez devidamente descritas e na presença de testemunha idônea, esclarecendo que a autuação do condutor que não apresentasse ameaça à segurança no trânsito pela mera recusa em realizar os testes oferecidos pelos agentes de trânsito configuraria arbitrariedade a ensejar a inconstitucionalidade do art. 165-A do Código de Trânsito Brasileiro, dada a alegada violação aos princípios da liberdade (direito de ir e vir), da presunção de inocência, da não autoincriminação e da individualização da pena.

No âmbito do Tribunal de justiça do Rio Grande do Sul, essa controvertida questão foi uniformizada em 27/08/2019 quando as Turmas Recursais Reunidas julgaram o incidente de uniformização de jurisprudência de n. 71008311128, concluindo que as infrações por recusa ao bafômetro são válidas, sendo irrelevante a ausência de sinais de embriaguez.

Contudo, o acórdão da colenda Segunda Turma Recursal que afastou a aplicabilidade do referido art. 165-A do CTB foi questionado, em 2 de agosto de 2019, antes mesmo da Uniformização de jurisprudência acima descrita, pelo Detran-RS em sede do recurso extraordinário sob o argumento de que a constitucionalidade do artigo 165-A do CTB não poderia ser afastada com fundamento no direito individual de liberdade quando confrontado com o direito fundamental da coletividade à vida e à segurança do trânsito, sustentando, ainda, que a imposição da penalidade administrativa de suspensão do direito de dirigir a uma pessoa que se recusar a realizar o teste do bafômetro, impedindo a fiscalização de trânsito de constatar se ingeriu álcool, seria razoável e proporcional.

Ainda segundo o recorrente Detran-RS, como a infração teria natureza administrativa, não seria cabível a alegação de ofensa ao princípio da não autoincriminação nem a outros direitos e garantias individuais relacionados ao Direito Penal e ao direito processual penal, alegando, ainda, que, como se trataria de infração autônoma, não seria exigido do agente fiscalizador a comprovação de sinais de embriaguez, bastando a recusa do condutor.

O recurso extraordinário foi recebido no STF e em manifestação no Plenário Virtual, o relator, ministro Luiz Fux, ressaltou que a controvérsia constitucional ultrapassaria os interesses das partes, por sua relevância do ponto de vista econômico, político, social e jurídico, esclarecendo que a discussão sobre a constitucionalidade do artigo 165-A do CTB teria potencial impacto em outros casos, em virtude da atuação dos órgãos de fiscalização integrados ao Sistema Nacional de Trânsito, embora seja conhecida a preocupação do legislador em dar tratamento mais austero aos condutores que, sob a influência de álcool ou de outra substância psicoativa, exponham a perigo os direitos à vida, à saúde e à segurança no trânsito à coletividade. O ministro relator salientou, ainda, a relevância da questão, sobretudo em razão da argumentação de violação aos direitos e garantias individuais relativos à liberdade de ir e vir, à presunção de inocência, à não autoincriminação, à individualização da pena e aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, oportunidade em que foi reconhecida a repercussão geral com o número 1079 do tema junto ao STF.

Tomando por base às noções de direito como integridade, bem como a ideia de liberdade, ambas a partir do pensamento de Ronald Dworkin, o STJ ao julgar os recursos especiais de n. 1.720.060/RJ e de n. 1.758.579/RS foi no mesmo sentido do incidente de uniformização de jurisprudência de n. 71008312076 do TJRS reconhecendo a validade do art. 165-A do Código de Trânsito Brasileiro.

Desta feita, está nas mãos do Supremo Tribunal Federal (STF) a decisão final sobre a constitucionalidade da regra do art. 165-A do Código de Trânsito Brasileiro (CTB) que classifica como infração de trânsito a recusa do condutor de veículo a se submeter ao teste do “bafômetro” (etilômetro) com o objetivo de certificar a influência de álcool, ou seja, está nas mãos da Suprema

Corte brasileira decidir o que tem mais peso: a liberdade individual em não ser obrigado a se submeter ao teste de alcoolemia ou a segurança da coletividade enquanto princípio norteador do Código de Trânsito Brasileiro.

Portanto, se o Supremo Tribunal Federal seguir a noção de Dworkin do direito como integridade, baseado na liberdade enquanto valor político que deve ser interpretado em prol do interesse da coletividade, deverá pronunciarse pela constitucionalidade do art. 165-A do Código de Trânsito Brasileiro, nos moldes como já foi decidido pelas Turmas Recursais Reunidas do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul e pelo Superior Tribunal de Justiça quando se debruçaram sobre o tema, já que a liberdade individual deve ser mitigada quando posta em conflito com valores políticos como a segurança da coletividade, por exemplo, como premissa de um resultado justo e como essência da democracia, conforme preceitua Dworkin (2019, p. 24):

A premissa majoritária é uma tese a respeito dos resultados justos de um processo político: insiste em que os procedimentos políticos sejam projetados de tal modo que, pelo menos nos assuntos importantes, a decisão a que se chega seja a decisão favorecida pela maioria dos cidadãos ou por muitos entre eles, ou seja, pelo menos a decisão que eles favoreceriam se dispusessem de informações adequadas e de tempo suficiente para refletir. Esse objetivo parece perfeitamente razoável, e muita gente, talvez sem refletir o bastante, tomou-o como expressão da própria essência da democracia.

CONCLUSÃO

O presente artigo teve como finalidade apresentar o conceito dworkiniano do direito como processo interpretativo da prática judicial em evolução formado não apenas de regras decorrentes de escolha política, como também de princípios extraídos da própria prática judicial.

Para tanto, fora apresentada a concepção dworkiniana do direito como integridade, afastando-se do convencionalismo e pragmatismo, como

aquela mais adequada à identificação dos princípios que podem ser extraídos de determinada prática judicial que justificam a existência de direitos e deveres dos membros da comunidade e justificarão também, ao lado das decisões políticas, a coerção estatal.

Apresentadas as ideias básicas da concepção do direito como integridade, foi feita a análise da liberdade a partir do pensamento de Dworkin enquanto valor político passível de proteção do direito.

Em seguida, fora feita a análise do tema 1079 de repercussão geral do Supremo Tribunal Federal à luz da concepção do direito como integridade na noção de Dworkin e sua relação com a liberdade enquanto valor político, relacionando-o com julgados das Turmas Recursais Reunidas do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul e do Superior Tribunal de Justiça.

Verificou-se que se trata de um chamado caso difícil, pois envolve discussão sobre direitos e garantias individuais relativos à liberdade de ir e vir, à presunção de inocência, à não autoincriminação, à individualização da pena, aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, referente a recusa do condutor em realizar teste de alcoolemia, como o do bafômetro ou etilômetro, que se contrapõem aos direitos à vida, à saúde e ao princípio de segurança no trânsito que rege o Código de Trânsito Brasileiro.

E sendo um caso difícil, a solução dworkiniana é a ponderação dos princípios em jogo, devendo ter prevalência o princípio, no presente caso, da segurança no trânsito que norteia a lei n. 9.503/1997.

Assim, respondendo ao problema proposto e buscando uma solução para o caso difícil ora apresentado, concluiu-se que, se o Supremo Tribunal Federal seguir a noção de Dworkin do direito como integridade, baseado na liberdade enquanto valor político que deve ser interpretado em prol do interesse da coletividade, e ponderando os princípios da liberdade de ir e vir, da presunção de inocência, da não autoincriminação, da individualização da pena, os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade com o princípio da segurança no trânsito, deverá pronunciar-se pela constitucionalidade do art. 165-A do Código de Trânsito Brasileiro, conforme já decidido pelas Turmas Recursais Reunidas do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul e pelo

Superior Tribunal de Justiça, visto que a liberdade individual, e os princípios que a ela se vinculam, deve ser mitigada quando posta em conflito com valores políticos como a segurança da coletividade no trânsito.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Lei n. 9.503, de 23 de setembro de 1997. Institui o Código de Trânsito Brasileiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19503.htm>. Acesso em: 16 maio 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial**: 1.720.060/RJ. Relatora: Ministra Regina Helena Costa. DJ 06.12.2018. STJ. 2018. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?termo=1720060&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&chkordem=DESC&chkMorto=MORTO>>. Acesso em 16 maio 2020.

BRASIL. Superior Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário**: 1.224.374/RS. Relator: Ministro Luiz Fux. DJ: 04.03.2020. STF. 2020. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5742361>>. Acesso em: 15 de maio de 2020.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Incidente de Uniformização de Jurisprudência**: 71008311128. Relator: José Ricardo Coutinho Silva. DJ: 27.08.2019. TJRS. 2019. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/site_php/consulta/download/exibe_documento.php?numero_processo=71008311128&ano=2019&codigo=1487032>. Acesso em: 16 de maio de 2020.

CHRISTIE, George. **Dworkin's empire**. Duke Law Journal. 7th ed., p. 157-190. Chicago: HeinOnline, 1987.

CROWE, Jonathan. Dworkin on the Value of Integrity. **Deakin Law Review**, v. 12, n. 1, p. 167-180. HeinOnline, 2007.

DIAS, Jean Carlos. **O pensamento jurídico contemporâneo**. 1. ed. Rio de Janeiro: Método, 2015.

DIAS, Jean Carlos. Refutações às críticas a teses da resposta certa a partir da abordagem sistemática do pensamento dworkiniano. **Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí, v. 22, n. 2, p. 700-722, mai./ago. 2017.

DIAS, Jean Carlos. **Teorias Contemporâneas do Direito e da Justiça**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2019.

DWORKIN, Ronald. **A justiça de toga**. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

_____. **Levando os direitos a sério**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

_____. **O direito da liberdade: a leitura moral da constituição norte-americana**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2019.

_____. **O império do direito**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. **Uma questão de princípio**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

GUEST, Stephen. **Ronald Dworkin**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

HUSAK, Douglas. Ronald Dworkin and the Right to Liberty. **Ethics**. v. 90. p. 121-130. Disponível em: <<https://www.journals.uchicago.edu/doi/10.1086/292139>>. Acesso em: 17 jul. 2020.

MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. **Do xadrez à cortesia**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MORRINSON, Wayne. **Filosofia do direito: dos gregos ao pós-modernismo**. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

NUNES, Fabrício do Prado. A liberdade em Ronald Dworkin. *In*: DIAS, Jean Carlos (org.). **Pensamento Jurídico Contemporâneo**. São Paulo: Método. 2015.

SADOWSKI, Marianne. Language Is Not Life: The Chain Enterprise, Interpretive Communities, and the Dworkin/Fish Debate. **Connecticut Law Review**, Connecticut, v. 33, n. 3, 2001, p. 1099-1140. HeinOnline.

SNOWDEN, John Rockwell. The Justification Story: Law as Integrity and Deviationist Doctrine. **Journal of Law and Religion**, v. 9, 1. ed., p. 49-88, 1991. HeinOnline.

VIANA, Lorena Mesquita Silva. **A dignidade da pessoa humana e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**: uma abordagem crítica à luz da teoria do direito como integridade de Ronald Dworkin. Tese (Mestrado em Direito, Políticas Públicas e Desenvolvimento Regional) – Programa de pós-graduação *stricto sensu* em Direito, Centro Universitário do Estado do Pará, Belém, 2015.

WINSTON, Kenneth. **Principles and Touchstones: The Dilemma of Dworkin's Liberalism**. *Polity*. v. 19. p. 42-55. Disponível em: <<https://www.journals.uchicago.edu/doi/10.2307/3234858>>. Acesso em: 17 jul. 2020.

SOBRE OS ORGANIZADORES E OS AUTORES

ORGANIZADORES

ANTONIO CARLOS WOLKMER

Formado em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos-UNISINOS (1977). Especialista em Metodologia do Ensino Superior pela UNISINOS (1980). Mestre em Ciência Política pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul-UFRGS (1983) e Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina-UFSC (1992). Professor Emérito da Faculdade de Direito da UFSC. Professor titular aposentado no Curso de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina-UFSC e docente permanente no Programa de Pós-graduação em Direito e Sociedade do UNILASALLERS. Coordenador e professor do Mestrado em Direito da UNESCO. Consultor *ad hoc* do CNPq da CAPES, como pesquisador nível 1-A. Coordenador do Programa de Pós-graduação em Direito da UFSC entre 2007-2011. Membro do Comitê Assessor para a área do Direito do Comitê de Assessoramento de Antropologia, Arqueologia, Ciência Política, Direito, Relações Internacionais e Sociologia-CA-CS, do CNPq (2009-2012). Membro do Comitê Científico do Institut International d'Études et de Recherches sur les Biens Communs (Paris/Nápoli) e do Grupo de Trabajo CLACSO: "Pensamiento Jurídico Crítico", 2016-2018 (Buenos Aires/Equador). Sócio da Sociedad Argentina de Sociología Jurídica-SASJU. Membro da International Political Science Association (IPSA, Canadá), bem como do Instituto Internacional de Derecho y Sociedad-IIDS (Lima, Peru) e do Research Committee on Sociology of Law-RCSL. Membro da Associação Brasileira de Filosofia e Sociologia do Direito-ABRAFI, do Instituto Brasileiro de História do Direito (IBHD), da Rede para o Constitucionalismo Democrático Latino-Americano e Associado Honorário

VOLTAR AO SUMÁRIO

do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito-CONPEDI. Membro vitalício da Academia Catarinense de Letras Jurídicas-ACALEJ (Cadeira n. 10). Coordenador do NEPE/UFSC (Núcleo de Estudos e Práticas Emancipatórias); e do NUPEC/UNESC-SC (Núcleo de Pesquisa em Direitos Humanos e Cidadania). Prêmio Pesquisador Destaque do Direito nos 50 anos Comemorativos da UFSC, em 2010. Professor colaborador permanente do programa de Mestrado e Doutorado em Direitos Humanos e Interculturalidade da Universidad Pablo de Olavide (Sevilha, Espanha), do Mestrado em Direitos Humanos da Universidad A. San Luis Potosí (Mexico) e do Doutorado em Direito – Modalidade Especial – da Universidad de Buenos Aires (Argentina) e do Curso de Antropologia Jurídica e Direitos Indígenas da Universidad de Chile, e do Doutorado em Direito da Universidad Libre-Bogotá, Colômbia. Professor convidado em diversas universidades e programas de pós-graduação no exterior: Espanha, Itália, México, Peru, Colômbia, Argentina, Chile, Equador, Venezuela, Costa Rica e Porto Rico. *E-mail: acwolkmer@gmail.com.*

REGINALDO DE SOUZA VIEIRA

possui graduação em Direito pela Universidade do Sul de Santa Catarina (1995) e mestrado em Direito pelo PPGD da Universidade Federal de Santa Catarina (2002). É Doutor em Direito pelo PPGD da Universidade Federal de Santa Catarina (2013) . Atualmente é professor titular da Universidade do Extremo Sul Catarinense, atuando no curso de Direito. Professor, pesquisador e Coordenador Adjunto do Programa de Pós-Graduação em Direito (PPGD/UNESC). Professor permanente e pesquisador do Programa de Pós-Graduação em Desenvolvimento Socioeconômico (PPGDS/UNESC). É coordenador do Núcleo de Estudos em Estado, Política e Direito (NUPED/UNESC) e do Laboratório de Direito Sanitário e Saúde Coletiva (LADSSC/UNESC). Foi Assessor Acadêmico de Extensão da Pró-Reitoria de Pós-Graduação, Pesquisa e Extensão da Unesc (2013/2017). Editor Associado da Revista de Extensão da Unesc. Membro do Conselho Editorial da EdiUnesc. Membro titular da Rede de Pesquisa em Republicanismo, Cidadania e

Jurisdição (UFSC, UNESCO, UCS e UNOCHAPECÓ). Membro titular da rede Ibero-americana de Direito Sanitário. Membro da Rede de Pesquisa Egrupe (UNISC, FMP, UNESCO). Membro titular e Coordenador da Rede Brasileira de Pesquisa Jurídica em Direitos Humanos (UNESCO, UNIRITTER, UNIJUÍ, UFMS, PUC-CAMPINAS, UNIT, UNICAP, CESUPA, UFPA). Membro da The International Society of Public Law. Membro da Associação Brasileira de Pesquisadores em Sociologia do Direito. Membro associado do Conpedi (Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito. Advogado vinculado a seccional de Santa Catarina. Foi membro da comissão de Educação Jurídica da OAB/SC. *Email: prof.reginaldovieira@gmail.com.*

AUTORES/AS

ALEJANDRO ROSILLO MARTÍNEZ

Possui doutorado em Estudios Avanzados en Derechos Humanos pela Universidad Carlos III de Madrid (2011). Atualmente, é pesquisador da Universidad Autonoma de San Luis Potosi. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Teoria do Direito. *E-mail: arosillo@gmail.com*

ANA PAULA COSTA

Mestra em Direito pelo Mestrado em Direito da Universidade do Extremo Sul Catarinense-UNESC. Foi pesquisadora financiada pela Fundação de Amparo à Pesquisa e Inovação do Estado de Santa Catarina (FAPESC). *E-mail: anapaulacostazilio@gmail.com.*

ANDRÉ VIANA CUSTÓDIO

Mestre e Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina-UFSC, com estágio pós-doutoral em Direito pela Universidade de Sevilha-Espanha, coordenador-adjunto e professor do Programa de Mestrado

e Doutorado em Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul-UNISC, coordenador do Grupo de Estudos em Direitos Humanos de Crianças, Adolescentes e Jovens (GRUPECA/UNISC) e pesquisador do Grupo de Pesquisa Políticas Públicas de Inclusão Social (UNISC). *E-mail: andreviana.sc@gmail.com.*

ANIZIO PIRES GAVIÃO FILHO

Doutor em Direito. Professor titular do Programa de Pós-graduação em direito – Mestrado Acadêmico – da Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul-FMP/RS. *E-mail: piresgaviao@hotmail.com.*

ANTONIO CARLOS WOLKMER

Formado em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos-UNISINOS (1977). Especialista em Metodologia do Ensino Superior pela UNISINOS (1980). Mestre em Ciência Política pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul-UFRGS (1983) e Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina-UFSC (1992). Professor Emérito da Faculdade de Direito da UFSC. Professor titular aposentado no Curso de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina-UFSC e docente permanente no Programa de Pós-graduação em Direito e Sociedade do UNILASALLE-RS. Coordenador e professor do Mestrado em Direito da UNESCO. Consultor *ad hoc* do CNPq da CAPES, como pesquisador nível 1-A. Coordenador do Programa de Pós-graduação em Direito da UFSC entre 2007-2011. Membro do Comitê Assessor para a área do Direito do Comitê de Assessoramento de Antropologia, Arqueologia, Ciência Política, Direito, Relações Internacionais e Sociologia-CA-CS, do CNPq (2009-2012). Membro do Comitê Científico do Institut International d'Études et de Recherches sur les Biens Communs (Paris/Nápoli) e do Grupo de Trabajo CLACSO: “Pensamiento Jurídico Crítico”, 2016-2018 (Buenos Aires/Equador). Sócio da Sociedad Argentina de Sociología Jurídica-SASJU. Membro da International Political Science Association (IPSA, Canadá), bem como do Instituto Internacional de Derecho

y Sociedad-IIDS (Lima, Peru) e do Research Committee on Sociology of Law-RCSL. Membro da Associação Brasileira de Filosofia e Sociologia do Direito-ABRAFI, do Instituto Brasileiro de História do Direito (IBHD), da Rede para o Constitucionalismo Democrático Latino-Americano e Associado Honorário do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito-CONPEDI. Membro vitalício da Academia Catarinense de Letras Jurídicas-ACALEJ (Cadeira n. 10). Coordenador do NEPE/UFSC (Núcleo de Estudos e Práticas Emancipatórias); e do NUPEC/UNESC-SC (Núcleo de Pesquisa em Direitos Humanos e Cidadania). Prêmio Pesquisador Destaque do Direito nos 50 anos Comemorativos da UFSC, em 2010. Professor colaborador permanente do programa de Mestrado e Doutorado em Direitos Humanos e Interculturalidade da Universidad Pablo de Olavide (Sevilha, Espanha), do Mestrado em Direitos Humanos da Universidad A. San Luis Potosí (Mexico) e do Doutorado em Direito – Modalidade Especial – da Universidad de Buenos Aires (Argentina) e do Curso de Antropologia Jurídica e Direitos Indígenas da Universidad de Chile, e do Doutorado em Direito da Universidad Libre - Bogotá, Colômbia. Professor convidado em diversas universidades e programas de pós-graduação no exterior: Espanha, Itália, México, Peru, Colômbia, Argentina, Chile, Equador, Venezuela, Costa Rica e Porto Rico. *E-mail: acwolkmer@gmail.com*

CLÓVIS EDUARDO MALINVERNI DA SILVEIRA

Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina-UFSC. Mestre em Direito pela UFSC. Estágio pós-doutoral na Pace University/NY, Elisabeth Haub School of Law. Pesquisador e professor-adjunto na Universidade de Caxias do Sul, atuando no Bacharelado, Mestrado e Doutorado em Direito. *E-mail: cemsilveira@ucs.br.*

DIVA JÚLIA SAFE

Doutora em Cidadania e Direitos Humanos pela Universitat de Barcelona. Professora do Programa de Pós-graduação em Direito e Políticas Públicas da UFG. *E-mail: divajulia@ufg.br*

ÉRICA BABINI MACHADO

Doutora em Direito pela UFPE. Professora da graduação e da Programa de Pós-graduação da Universidade Católica de Pernambuco – PPGD/UNICAP. *E-mail: erica.babini@unicap.br.*

GABRIELA MAIA REBOUÇAS

Professora na graduação e no Programa de Pós-graduação em Direitos Humanos UNIT/SE e no Programa de Pós-graduação em Sociedade, Tecnologias e Políticas Públicas UNIT/AL. Pesquisadora do Instituto de Tecnologia e Pesquisa – ITP. Doutora em Direito pela UFPE, com estágio pós-doutoral (CAPES) pelo CES-Coimbra 2015/2016. *E-mail: gabriela_maia@unit.br.*

HIGOR NEVES DE FREITAS

Mestrando em Direito com Bolsa Prosuc/CAPES Modalidade I pela Universidade de Santa Cruz do Sul-UNISC, graduado em Direito pela Universidade da Região da Campanha (URCAMP), integrante do Grupo de Estudos em Direitos Humanos de Crianças e Adolescentes (GRUPECA/UNISC), do Grupo de Pesquisa Políticas Públicas de Inclusão Social (UNISC), do Projeto de Pesquisa sobre Violência Intrafamiliar contra Crianças e Adolescentes e Políticas Públicas (URCAMP) e do Projeto de Extensão sobre Trabalho Infantil e Políticas Públicas para o seu enfrentamento no município de Bagé-RS (URCAMP). O presente trabalho foi realizado com apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES) - Código de Financiamento 001. *E-mail: freitashigor_@hotmail.com.*

HUGO JOSÉ DE OLIVEIRA AGRASSAR

Graduado em Direito pela Universidade da Amazônia. Especialista em Direito Público pela Universidade do Sul de Santa Catarina. Mestrando

em Direito, Políticas Públicas e Desenvolvimento Regional pelo Centro Universitário do Pará-CESUPA. Membro do Grupo de Pesquisa Consumo e Cidadania. Analista judiciário (área judiciária) do Tribunal Regional Federal da 1ª Região. *E-mail: hugoagrassar@gmail.com.*

JEAN CARLOS DIAS

Doutor em Direitos Fundamentais e Relações Sociais pela Universidade Federal do Pará (2006). Mestre em Instituições Jurídico-Políticas pela Universidade Federal do Pará (2002). Pós-graduado em Direito Civil e Processo Civil pela Unesa-Rio de Janeiro (2000). Graduado em Direito pela Universidade Federal do Pará (1993). Atualmente, é advogado, sócio sênior da Bastos & Dias S/S, escritório especializado em Direito Empresarial, em Belém-PA, fundado em 1993. Professor de Teoria do Direito, Direito Processual Civil, Teoria Geral do Processo e Direito Econômico nos cursos de graduação e pós-graduação do Centro Universitário do Pará-CESUPA, onde coordena o Programa de Pós-graduação em Direito. Professor convidado da Escola Superior da Magistratura do Estado do Pará, do Centro de Formação do Ministério Público do Estado do Pará, da Escola Superior da Advocacia, da Escola Judiciária do Tribunal de Justiça do Amapá, da Escola Judiciária do Tribunal Regional do Trabalho da 8ª Região. É membro do Instituto dos Advogados do Pará, da Associação Norte-Nordeste de Professores de Processo, do Instituto Brasileiro da Política e Direito da Informática, da Fundação Brasileira de Direito Econômico. Integra diversos Conselhos Editoriais de revistas jurídicas. Tem participado de bancas de concursos públicos. Tem participado como conferencista e professor em diversos cursos de pós-graduação, seminários e encontros jurídicos em vários Estados brasileiros. Ex-diretor-geral da Escola Superior da Advocacia do Estado do Pará vinculada à Ordem dos Advogados do Brasil. É autor de vários livros e artigos publicados nacionalmente. *E-mail: jean@bastosedias.com.*

JOÃO TELMO DE OLIVEIRA FILHO

Advogado, mestre e doutor em planejamento urbano, com estágio pós-doutoral em Direito pela Universidade de Coimbra, Portugal, professor da Universidade Federal de Santa Maria. *E-mail: joaotelmofilho@gmail.com.*

JULIANA LIRA NOVAES

Mestranda no Programa de Pós-graduação em Direitos Humanos da Universidade Tiradentes. Pós-graduada em Direito do Trabalho e Previdenciário pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais-PUC. Graduada em Direito pela Universidade Tiradentes. Advogada. *E-mail: juliana.lira@souunit.com.br.*

JULIANA PAGANINI

Mestre em Desenvolvimento Socioeconômico pelo Programa de Pós-graduação em Desenvolvimento Socioeconômico da UNESCO, bacharel em Direito pela UNESCO, pesquisadora do Núcleo de Estudos em Estado, Política e Direito (NUPED/UNESC). *E-mail: julianaapaganini@hotmail.com.*

JULIANO SARTOR PEREIRA

Mestrando em Direito pelo Programa de Pós-graduação em Direito (PPGD/UNESC), com bolsa Prosuc/CAPES, na linha de pesquisa em Direito, Sociedade e Estado. Bacharel em Direito pela Universidade do Extremo Sul Catarinense-UNESC, pesquisador do Núcleo de Estudos em Estado, Política e Direito (NUPED/UNESC). *E-mail: julianosartor01@gmail.com.*

MARIA SIMONE GONZAGA DE OLIVEIRA

Mestra em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco-UNICAP. Graduada em Direito pelo Centro Universitário do Vale do Ipojuca.

MBA em Gestão Pública pelo Centro Universitário do Vale do Ipojuca. Graduada em Ciências Contábeis também pelo Centro Universitário do Vale do Ipojuca. Advogada. *E-mail: simone.gonzaga@outlook.com.br.*

MARINA BARBOSA GRANDO

Arquiteta Urbanista, especialista em Direito Imobiliário. *E-mail: arqmarinabgrando@gmail.com.*

RAMIRO AVILA SANTAMARÍA

Doutor em Sociologia Jurídica pela Universidad del País Vasco. Mestre em Direito pela Columbia University (New York). Mestre em Sociologia Jurídica pela Universidad del País Vasco-Instituto Internacional de Sociología Jurídica (Oñati). Advogado e licenciado em Ciências Jurídicas pela Pontificia Universidad Católica del Ecuador-PUCE. Professor titular da Área de Direito da Universidad Andina Simón Bolívar-Sede Ecuador, dirige a área de Direito e coordena o Mestrado Internacional de Pesquisa em Direito. É autor e editor de várias publicações, incluindo: *El neoconstitucionalismo andino* (Quito 2016), *La (in)justicia penal en la democracia constitucional de derechos* (Quito 2013), *Neoconstitucionalismo transformador* (Quito 2011), *Derechos y garantías. Ensayos críticos* (Quito 2010). *E-mail: ramiro.avila@uasb.edu.ec, ravila67@gmail.com.*

REGINALDO DE SOUZA VIEIRA

Possui graduação em Direito pela Universidade do Sul de Santa Catarina (1995) e mestrado em Direito pelo PPGD da Universidade Federal de Santa Catarina (2002). É Doutor em Direito pelo PPGD da Universidade Federal de Santa Catarina (2013). Atualmente é professor titular da Universidade do Extremo Sul Catarinense, atuando no curso de Direito. Professor, pesquisador e Coordenador Adjunto do Programa de Pós-Graduação em Direito (PPGD/UNESC). Professor permanente e pesquisador do Programa de

Pós-Graduação em Desenvolvimento Socioeconômico (PPGDS/UNESC). É coordenador do Núcleo de Estudos em Estado, Política e Direito (NUPED/UNESC) e do Laboratório de Direito Sanitário e Saúde Coletiva (LADSSC/UNESC). Foi Assessor Acadêmico de Extensão da Pró-Reitoria de Pós-Graduação, Pesquisa e Extensão da Unesc (2013/2017). Editor Associado da Revista de Extensão da Unesc. Membro do Conselho Editorial da EdiUnesc. Membro titular da Rede de Pesquisa em Republicanismo, Cidadania e Jurisdição (UFSC, UNESC, UCS e UNOCHAPECÓ). Membro titular da rede Ibero-americana de Direito Sanitário. Membro da Rede de Pesquisa Egrupe (UNISC, FMP, UNESC). Membro titular e Coordenador da Rede Brasileira de Pesquisa Jurídica em Direitos Humanos (UNESC, UNIRITTER, UNI-JUÍ, UFMS, PUC-CAMPINAS, UNIT, UNICAP, CESUPA, UFPA). Membro da The International Society of Public Law. Membro da Associação Brasileira de Pesquisadores em Sociologia do Direito. Membro associado do Conpedi (Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito. Advogado vinculado a seccional de Santa Catarina. Foi membro da comissão de Educação Jurídica da OAB/SC. *Email: prof.reginaldovieira@gmail.com.*

RICARDO ARAUJO DIB TAXI

Graduado em Direito pelo Centro Universitário do Pará. Mestre em Direitos Humanos pela UFPA (período sanduíche na Unisinos-2010). Doutor em Direitos Humanos pela UFPA (período sanduíche como *visiting researcher* na Birkbeck College – University of London). Professor do Curso de Direito e do Programa de Pós-graduação em Direito da UFPA. *E-mail: ricardoadt@gmail.com*

RICARDO SPINDOLA DINIZ

Mestre em Direito pela Universidade de Brasília-UnB. Doutor em Direito pela Universidade de São Paulo-USP e pesquisador-assistente da Universidade de Luxemburgo. *E-mail: ricardomsdiniz@gmail.com.*

SAULO PINTO COELHO

Vice-diretor da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Goiás, coordenador do Programa de Pós-graduação em Direito e Políticas Públicas da UFG. *E-mail: saulocoelho@ufg.br.*

VERÔNICA TEIXEIRA MARQUES

Professora do Programa de Pós-graduação em Sociedade, Tecnologias e Políticas Públicas e da Graduação em Direito do Centro Universitário Tiradentes-UNIT/AL; Professora do Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Tiradentes-UNIT/SE; Pesquisadora do Instituto de Tecnologia e Pesquisa-ITP. Doutora em Ciências Sociais pela Universidade Federal da Bahia-UFBA. *E-mail: veronica.marques@hotmail.com.*



PPGD

PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO
EM DIREITO • UNESC



fapesc

Fundação de Amparo à
Pesquisa e Inovação do
Estado de Santa Catarina