

Organizadora

Adriana Fasolo Pilati Scheleder



A CRISE DA DEMOCRACIA E OS DIREITOS HUMANOS NA AMÉRICA LATINA

Autores

Adriana Fasolo Pilati Scheleder
Aleteia Hummes Thaines
Aline Moura da Silva Boanova
Anamarya Martins
Armando Albuquerque de Oliveira
Clovis Demarchi
Cristiny Mroczkoski Rocha
Débora Vogel da Silveira Dutra
Eduardo Tedesco Castamann
Germana Parente Neiva Belchior
Henrique Martins Teles
Jaqueline Moretti Quintero
Laélia Eugênia Corrêa Aragão
Laura Covatti dos Santos
Letícia da Silva Nigris
Marcelino da Silva Meleu
Marcio Renan Hamel
Maria Aparecida Lucca Caovilla
Marijane Vieira Lisboa
Marya Eduarda Camargo Moura
Patricia Grazziotin Noschang
Raimundo Oliveira Filho
Rubens Beçak
Victor Döhl Simes



2018

ISBN:978-85-7696-229-8

Organizadora
Adriana Fasolo Pilati Scheleder

A CRISE DA DEMOCRACIA E OS DIREITOS HUMANOS NA AMÉRICA LATINA

AUTORES

Adriana Fasolo Pilati Scheleder
Aleteia Hummes Thaines
Aline Moura da Silva Boanova
Anamarya Martins
Armando Albuquerque de Oliveira
Clovis Demarchi
Cristiny Mroczkoski Rocha
Débora Vogel da Silveira Dutra
Eduardo Tedesco Castamann
Germana Parente Neiva Belchior
Henrique Martins Teles
Jaqueline Moretti Quintero

Laélia Eugênia Corrêa Aragão
Laura Covatti dos Santos
Letícia da Silva Nigris
Marcelino da Silva Meleu
Marcio Renan Hamel
Maria Aparecida Lucca Caovilla
Marijane Vieira Lisboa
Marya Eduarda Camargo Moura
Patricia Grazziotin Noschang
Raimundo Oliveira Filho
Rubens Beçak
Victor Döhl Simes



..
2018

ISBN: 978-85-7696-229-8

Reitor

Valdir Cechinel Filho

**Vice-Reitor de Graduação e Desenvolvimento
Institucional**

Carlos Alberto Tomelin

Vice-Reitor de Extensão e Assuntos Comunitários

José Carlos Machado

Vice-Reitor de Pesquisa, Pós-Graduação e Inovação

Rogério Corrêa

Organizadora

Adriana Fasolo Pilati Scheleder

Autores

Adriana Fasolo Pilati Scheleder
Aleteia Hummes Thaines
Aline Moura da Silva Boanova
Anamarya Martins
Armando Albuquerque de Oliveira
Clovis Demarchi
Cristiny Mroczkoski Rocha
Débora Vogel da Silveira Dutra
Eduardo Tedesco Castamann
Germana Parente Neiva Belchior
Henrique Martins Teles
Jaqueline Moretti Quintero
Laélia Eugênia Corrêa Aragão
Laura Covatti dos Santos
Letícia da Silva Nigris
Marcelino da Silva Meleu
Marcio Renan Hamel
Maria Aparecida Lucca Caovilla
Marijane Vieira Lisboa
Marya Eduarda Camargo Moura
Patricia Grazziotin Noschang
Raimundo Oliveira Filho
Rubens Beçak
Victor Döhl Simes

FICHA CATALOGRÁFICA

Diagramação

Alexandre Zarske de Mello

Capa

Alexandre Zarske de Mello

Comitê Editorial E-books/PPCJ**Presidente**

Dr. Alexandre Morais da Rosa

Diretor Executivo

Alexandre Zarske de Mello

Membros

Dr. Bruno Smolarek (UNIPAR)
Dra. Flávia Noversa Loureiro (UMINHO/PORTUGAL)
Dr. Daniele Porena (UNIPG/ITÁLIA)
Dr. Pedro Jose Femenia Lopez (UA/ESPANHA)
Dr. Javier Gonzaga Valencia Hernandez
(UCALDAS/COLÔMBIA)
Dr. Clovis Demarchi (UNIVALI)
Dr. José Everton da Silva (UNIVALI)
Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UNIVALI)
Dr. Márcio Ricardo Staffen (IMED)
Dr. Sérgio Ricardo F. de Aquino (IMED)

Projeto de Fomento

E-book produzido com Projeto de Pesquisa com
fomento por meio da FAPERGS
(Edital nº 01/2017 – ARD - Referente Outorga nº
17/2551 – 0000785-9)



C868 A crise da democracia e os direitos humanos na América Latina [recurso eletrônico] / Adriana Fasolo Pilati Scheleder (Org); autores Aleteia Hummes Thaines [et al.] - Dados eletrônicos. - Itajaí: Ed. da Univali, Passo Fundo: Ed. da UPF, Porto Alegre: Fapergs, 2018.

Livro eletrônico.

Modo de acesso: World Wide Web: <<http://www.univali.br/ppcj/ebook>>

Incluem referências.

ISBN 978-85-7696-229-8 (e-book)

1. Democracia – América Latina. 2. Políticas Públicas. 3. Acesso à justiça. I. Scheleder, Adriana Fasolo Pilati. II. Thaines, Aleteia Hummes. III. Título.

CDU: 321.7



SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO	3
Dra. Adriana Fasolo Pilati Scheleder	3
Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho	3
A CRISE DA DEMOCRACIA NA AMERICA: O ACESSO À JUSTIÇA ATRAVÉS DA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS	4
Adriana Fasolo Pilati Scheleder.....	4
Cristiny Mroczkoski Rocha	4
A DEMOCRACIA NA AMERICA LATINA: UMA LEITURA POR MEIO DA DEMOCRACIA PARTICIPATIVA	26
Adriana Fasolo Pilati Scheleder.....	26
Raimundo Oliveira Filho.....	26
O INDÍGENA NO PROCESSO JUDICIAL BRASILEIRO: PROBLEMA LINGUÍSTICO E EXCLUSÃO IDENTITÁRIA.....	42
Adriana Fasolo Pilati Scheleder.....	42
Cristiny Mroczkoski Rocha	42
A CRISE DA DEMOCRACIA NA AMÉRICA LATINA	61
Marijane Vieira Lisboa.....	61
DINÂMICA DO PODER E PARADOXO DEMOCRÁTICO: EMANCIPAÇÃO POR MEIO DOS MOVIMENTOS SOCIAIS.....	71
Aline Moura da Silva Boanova	71
BREVES APONTAMENTOS SOBRE O ESTADO DE DIREITO E SUAS NUANCES CONTEMPORÂNEAS PARA O ALCANCE DA JUSTIÇA	84
Eduardo Tedesco Castamann.....	84
A CRISE MIGRATÓRIA: POLÍTICAS EXTREMISTAS X DIREITOS HUMANOS	93
Letícia da Silva Nigris.....	93
Mediação no Brasil: um meio alternativo de resolver conflitos e combater a crise democrática no Poder Judiciário.....	112
Laura Covatti dos Santos.....	112
FRAGILIDADES DAS DEMOCRACIAS LATINO-AMERICANAS E CARIBENHAS: UMA ANÁLISE EMPÍRICA (2006 E 2017)	128
Armando Albuquerque de Oliveira	128
Caio Victor Nunes Marques	128
O USO DA TERRA E SUAS MUDANÇAS: um olhar sobre a colonização e a sustentabilidade ambiental	146
Laélia Eugênia Corrêa Aragão	146

Henrique Martins Teles.....	146
Germana Parente Neiva Belchior.....	146
A IMPORTÂNCIA DOS MOVIMENTOS SOCIAIS NO ROMPIMENTO DO MODELO NEOLIBERAL DA BOLÍVIA E NA INSIPIÊNCIA DO PROCESSO DE ELABORAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO DE 2009 POR MEIO DA LUTA PELA ASSEMBLEIA CONSTITUINTE	161
Victor Döhl Simes.....	161
Maria Aparecida Lucca Caovilla	161
PLANEJAMENTO FAMILIAR E O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA LIBERDADE	176
Anamarya Martins.....	176
Débora Vogel da Silveira Dutra	176
A EDUCAÇÃO DE CRIANÇAS E ADOLESCENTE E A “LEI DA PALMADA”	187
Débora Vogel da Silveira Dutra	187
Marya Eduarda Camargo Moura	187
O RECONHECIMENTO DOS DIREITOS INDÍGENAS NUMA SOCIEDADE MULTICULTURAL: UMA ANÁLISE DO SISTEMA DE JUSTIÇA DA BOLÍVIA.....	196
Aleteia Hummes Thaines	196
Marcelino da Silva Meleu.....	196
OS SISTEMAS DE PROTEÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS E O BRASIL: DA PARTICIPAÇÃO NO SISTEMA GLOBAL AO (DES) CUMPRIMENTO ESFERA REGIONAL.....	215
Patricia Grazziotin Noschang	215
A DEMOCRACIA E A REALIDADE POLÍTICA BRASILEIRA ATUAL: análise da importância da otimização democrática por ocasião do aniversário de 30 anos da CF/88.....	236
Rubens Beçak	236
DIREITOS HUMANOS E PÓS-COLONIALISMO: o problema da justificação moral de normas e valores	248
Marcio Renan Hamel.....	248
NACIONALISMO, CIDADANIA, DIREITOS HUMANOS E MIGRAÇÃO	264
Clovis Demarchi.....	264
Jaqueline Moretti Quintero	264

APRESENTAÇÃO

Os estudos aqui apresentados foram elaborados por professores do Brasil para integrar este livro produzido especialmente para o projeto “A crise da democracia na América Latina e a desjudicialização de procedimentos através da implementação de políticas públicas como forma de acesso à justiça”, financiado pela Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado do Rio Grande do Sul (Fapergs), em parceria com o grupo de pesquisa Jurisdição Constitucional e Democracia, a Universidade de Passo Fundo (UPF) e com a colaboração da Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI). A obra foi realizada sob a organização da Professora Doutora Adriana Fasolo Pilati Scheleder, pesquisadora responsável pelo projeto.

O presente projeto de pesquisa trata da atual crise da democracia na América Latina, pautada sobre temas de representatividade, buscando possibilidades de superação da crise por meio da desjudicialização de procedimentos através da implementação de políticas públicas. Esta relevante temática será abordada em dois tópicos: a democracia e os direitos humanos pela sua interdependência e lutas concomitantes na construção histórica da cidadania no continente latino-americano.

Assim, a concretização dos direitos fundamentais a partir de políticas públicas passa, inicialmente, pela análise da compatibilidade entre tais políticas e o sistema constitucional de proteção aos direitos fundamentais e, nesse contexto, pode-se depreender que as políticas públicas definidas legislativamente, num espaço de democracia participativa, devem otimizar os mandamentos constitucionais fundamentais, favorecendo a sua aplicabilidade imediata e impondo aos poderes públicos a impossibilidade de retrocesso social em termos daquilo que já foi alcançado e o dever de progresso para alcançar novas possibilidades de concretização.

Buscou-se, portanto, estudar a crise da democracia na América Latina e a possibilidade de superação por meio da desjudicialização de procedimentos através da implementação de políticas públicas, dando ênfase, neste primeiro volume, à crise da democracia e os Direitos Humanos na América Latina.

Dra. Adriana Fasolo Pilati Scheleder

Docente do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGDireito/UPF

Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho

Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGDireito/UPF

A CRISE DA DEMOCRACIA NA AMERICA: O ACESSO À JUSTIÇA ATRAVÉS DA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS

Adriana Fasolo Pilati Scheleder¹

Cristiny Mroczkoski Rocha²

INTRODUÇÃO

A atual crise da democracia, em alguns países, origina-se na acentuada incapacidade do sistema político, ancorado da figura do Estado-Nação, de representar os cidadãos na prática efetiva da governança global. O processo de consolidação da democracia política, embora fortalecido por algumas Constituições, como a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, denota particular fragilidade por conta de altos níveis de desigualdade, bem como distanciamento entre a sociedade e o governo, por conta do sistema representativo.

Boaventura, como se tratará adiante, afirma que a democracia está em transformação e cita como uma solução a união entre a revolução e a democracia. O sociólogo diz que a separação entre a revolução e a democracia aconteceu em janeiro de 1918, quando a Assembleia Constituinte russa foi dissolvida como forma de ajudar Lênin chegar ao poder. A decisão criou a cisão entre revolução e democracia, que nunca mais se juntaram.

Outrossim, além de da importância de se historiar o movimento de acesso à justiça no Brasil, como base para iniciar a discussão sobre a crise democrática, se investigará ainda se as políticas públicas se apresentam efetivamente como forma de se alcançar o acesso à justiça aos cidadãos.

¹ Docente Titular da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo - UPF (1999), Doutora em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC (2015), Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - PUC/RS (2003) e Especialista em Direito Civil e Processo Civil pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS (1999). É advogada e professora de graduação e do PPGDireito da Universidade de Passo Fundo (1999), com ênfase nas linhas Jurisdição Constitucional, Democracia e Direitos Humanos, Sistemas de Justiça e Direito Imobiliário. E-mail: apilati@upf.br

² Mestra em Direito Público na UNISINOS. Especialista em Direito do Estado pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS) e em Direito Processual Civil pela Verbo Jurídico. Professora da Universidade São Francisco de Assis (UNIFIN), nas disciplinas de Teoria Geral do Processo, Direito Processual Civil III (Processo de Execução) e Direito Processual Civil IV (Tutelas Provisórias e Procedimentos Especiais). Professora nos cursos preparatórios para concursos públicos do CETEC e Andresan Concursos. Foi professora no Instituto de Desenvolvimento Cultural (IDC), nos Cursos Preparatórios ao Exame de Ordem e no curso de Pós-Graduação em Direito Processual Civil. Também atuou como pesquisadora no Grupo de Pesquisa vinculado ao CNPq "O processo civil contemporâneo: do Estado Liberal ao Estado Democrático de Direito". Advogada. Contato: cristiny.advogada@gmail.com

O método adotado na pesquisa é de análise de fontes (constituições, leis, normas, projetos de lei e projetos de emendas constitucionais) e de pesquisa bibliográfica, histórica, considerando o método dedutivo e empírico, buscando realizar uma análise doutrinária. Destaca-se, que não há univocidade nas abordagens adotadas. A preocupação, nesse primeiro momento, foi de se historiar as tendências ideológico-doutrinárias históricas. Assim, as reflexões que seguem são sugestões para um encaminhamento de aprofundar, através de um novo artigo, as investigações que se fazem necessárias.

1. O MOVIMENTO DE ACESSO À JUSTIÇA NO BRASIL

O advento da Constituição Federal de 1988 marcou o constitucionalism³ no ordenamento jurídico brasileiro e modificou a forma de examinar o sistema jurídico, uma vez que todos os seus subsistemas passaram a ser analisados e interpretados conforme as disposições constitucionais (PORTO, 2009, p. 28-30). Com efeito, como é cediço, as normas constitucionais fundamentam a compreensão de todas as regras e princípios infraconstitucionais no intuito de conceder unidade ao ordenamento jurídico no Estado Democrático de Direito.

A compreensão do sistema processual civil, a toda evidência, também se subordina às normatizações determinadas na Carta Magna, especialmente às garantias e aos princípios fundamentais de caráter processual. O processo civil, entendido como um ramo autônomo no sistema jurídico, independente em relação aos preceitos constitucionais não pode ser concebido. Ao contrário, o modelo constitucional de processo requer a submissão da norma

³ O surgimento do *Estado Constitucional Democrático*, nas palavras de Francisco José de Oliveira Neto, iniciou “a partir de uma série de transformações que ocorrem no pensamento jurídico e político ocidental, em especial, a partir do final da 2ª Guerra Mundial. E, sem dúvida alguma, a mais importante delas deu-se com a descoberta de um novo espaço a Constituições que, de documentos que apenas indicavam as estruturas do Estado e sua relação com a sociedade, passaram a ser documentos que apontavam para a proteção contra a barbárie. Redefine-se a concepção de democracia, que deixa de ser apenas a vontade da maioria para ser também o respeito aos direitos da minoria, reforça-se a ideia de supremacia e estabelece-se a rigidez constitucional, tudo com o objetivo de impedir o retorno do ‘apagão humanitário’ que ocorreu no Século XX. Dois foram os espaços onde esse reflexo pôde ser percebido: de um lado, na teoria do direito, onde o impacto do constitucionalismo contemporâneo no positivismo jurídico levou alguns a indagar se ele, o positivismo jurídico, ainda daria conta de explicar o Direito. De outro, na teoria do Estado, operando-se o surgimento do Estado Democrático e Constitucional de Direito. De um modo geral, pode ser dito que a transição brasileira do modelo do Estado Legislativo de Direito para o Estado Constitucional de Direito é claramente percebida pelo simples exame dos textos constitucionais outorgados ou promulgados a partir da Independência, em 1822”. No entanto, o autor destaca a Constituição de 1988 para as demais, pois marcou um movimento decisivo para sepultar o Estado Legislativo de Direito, fórmula política que se mostrou insuficiente para impedir as barbáries ocorridas durante a Segunda Guerra Mundial: “são transformações profundas e complexas, as quais envolveram toda a estrutura teórica do que se pensou em relação ao Estado, a começar pela reformulação do conceito de democracia até então utilizado”. (*Estrita legalidade e atividade jurisdicional*. Itajaí: Univali, 2012. Disponível em: <<http://www.univali.br/ppcj/ebook>>. Acesso em: 23 mar. 2015).

processual aos ditames da Constituição, objetivando a concreta efetivação dos direitos.

De acordo com Torres, a Constituição Federal encerra preceitos processuais tanto de conteúdo processual-constitucional, caracterizado pela natureza instrumental, como de conteúdo constitucional-processual, “*criador de direito material*, ou melhor, conteúdo responsável pela atribuição, em favor de todo e qualquer jurisdicionado, de direitos substanciais para *serem gozados no e em razão do processo* [Grifo do autor]” (2011, p. 50). Segundo o doutrinador, tais direitos fundamentais de natureza processual “vinculam tanto o Estado-Juiz (na prestação da tutela jurisdicional), como o Estado-Legislador (na construção do texto normativo), revelando a *matriz constitucional processual*, ordem vinculadora de toda e qualquer ramificação do direito processual [Grifo do autor]”. (TORRES, 2011, p. 50).

A expressão “acesso à justiça”⁴ tem um significado e uma ideia que variam no tempo. O instituto sofreu influências de natureza política, religiosa, sociológica, filosófica e histórica, traduzindo a evolução da luta do indivíduo pela afirmação de seus direitos fundamentais. Inicialmente, como norma escrita, tal garantia foi prevista no Código de Hamurabi, no Período Antigo, ao menos teoricamente: “assegurava proteção às viúvas e aos órfãos e, ainda, incentivava o homem oprimido a procurar a instância judicial – o soberano – para que este resolvesse a questão”. (CARNEIRO, 2011, p.13).

No auge da democracia grega, todos os cidadãos poderiam acionar a justiça e o acesso era amplo e quase irrestrito. Porém, vale lembrar, o número de cidadãos era muito menor em relação à totalidade das pessoas. Atenas foi também, o berço da assistência judiciária aos pobres. Lá, anualmente, eram nomeados dez advogados para prestar assistência jurídica às pessoas consideradas carentes (CARNEIRO, 2011, p.13).

No Período Medieval, dos séculos IV e V até o começo do pensamento moderno, já nos séculos XV e XVI, predominou o cristianismo, que trouxe forte concepção religiosa ao direito, fazendo nascer a concepção de que o homem justo fosse julgado pela sua fé. Nesse período, a influência da religião e do pensamento religioso sobre a filosofia e o direito foi marcante. “Os ordálios ou juízos de Deus (provas de água, de fogo, duelos) constituíam a fonte primária de julgamento. [...] Talvez isto não significasse acesso à justiça, [...] mas certamente significava acesso a um julgamento tido como justo pelo grupo social” (CARNEIRO, 2011, p.13).

⁴ Para uma abordagem mais profunda e detalhada dos movimentos de acesso à justiça, fundamentos políticos e constitucionais, ver ABREU, Pedro Manoel. **Acesso à justiça e juizados especiais**: o desafio histórico da consolidação de uma justiça cidadã no Brasil. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

O princípio do acesso à justiça, também designado como princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário ou do direito de ação, tem assento no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, que assim dispõe: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (BRASIL, 1988).

O fato originário da inclusão da norma como direito fundamental foi a vedação da autotutela por parte do Estado, tendo em vista a dificuldade de alcance da justiça quando a solução dos conflitos se realizava pelos próprios litigantes. Sendo assim, “quando o Estado retirou do particular o direito de fazer justiça privada, e com as próprias mãos, deu-lhe, em troca, o direito-poder de movimentar um dos órgãos do Estado para resolver seus conflitos” (PORTANOVA, 2008, p. 4).

A temática do acesso à ordem jurídica justa constitui, desse modo, a “visão metodológica do processualista que realmente considera a perspectiva constitucional. Em rigor, na Constituição Federal de 1988 constam dispositivos que expressamente garantem o almejado acesso à justiça”. Esses dispositivos, segundo Miranda de Oliveira, fazem parte de um conjunto de normas que tem como espinha dorsal a Declaração de Direitos (2011, p. 219-231). Essa garantia permitiu que todos passassem a ter direito de buscar a defesa dos seus direitos individuais.

Na interpretação de Cappelletti e Garth, “o acesso à justiça pode [...] ser encarado como requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar, os direitos de todos” (1988, p. 12).

No mesmo sentido afirmam Porto e Ustárroz: “A norma constitucional que assegura a apreciação de lesão ou ameaça a direito (art. 5º, XXXV) é a base do direito processual brasileiro, merecendo aplicação imediata e consideração em toda e qualquer discussão judicial” (PORTO, 2009, p. 41).

Contudo, o direito de acesso à justiça, como direito humano fundamental, não pode ser limitado à simples possibilidade de petição ao Poder Judiciário. Significa, além disso, direito a uma resposta, dentro de um prazo razoável, julgamento por um juiz ou tribunal imparcial e respeito ao devido processo legal e às demais garantias processuais. Essa concepção de acesso à justiça, conforme lição de Rodrigues (1994, p. 237-276), engloba todos os aspectos levantados e é nesse sentido amplo que o termo é utilizado neste trabalho.

O movimento por acesso à justiça, portanto, significou a busca pela de caminhos para

superar os obstáculos que tornam a obtenção da prestação jurisdicional inacessível para tanta gente. Esses obstáculos, leciona Miranda de Oliveira, são três: “o primeiro é de cunho econômico, o segundo, de natureza organizacional e o terceiro, de caráter processual” (2011, p. 219-231).

De outra lição retira-se que a busca de soluções práticas para esses problemas compreende três ondas renovatórias: a) assistência jurídica (GRINOVER, 2014, p. 31-41) aos menos favorecidos economicamente; b) representação dos interesses coletivos e difusos; e c) acesso à representação em juízo, dentro de uma concepção mais ampla de acesso à justiça, com o aperfeiçoamento dos mecanismos sociais (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 12).

Com efeito, o princípio garante o acesso ao Poder Judiciário àquele que entender que o seu direito foi lesado ou está ameaçado, proporcionando tutela preventiva ou reparatória não só para direito individual, mas também para direito difuso ou coletivo (NERY JUNIOR, 2010, p. 175). Com essa garantia, o legislador assegura, “de forma ampla e genérica, o acesso ao meio estatal destinado a proporcionar a tutela jurisdicional a quem dela necessitar” (BEDAQUE, 2009, p. 64). Assegura-se, portanto, a faculdade de o indivíduo acionar o Poder Judiciário, retirando-o de sua inércia, sempre que reputar que seu direito precisa de proteção ou necessita ser reparado.

Neste ponto, é importante destacar a lição Bedaque, enfatizando que o acesso à justiça contempla o alcance a uma ordem jurídica justa:

O direito constitucional de ação assume o importante papel no sistema, de garantia de acesso à ordem jurídica justa. Mas garantia substancial não só ao mecanismo constitucionalmente assegurado, mas também à eliminação dos óbices econômicos, culturais, sociais e técnicos à efetividade do resultado dessa atividade estatal. Somente com essa configuração o direito de acesso ao Poder Judiciário, previsto no art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, não será mais uma daquelas figuras de retórica, meramente formais e vazias de conteúdo (2009, p. 78).

O acesso à justiça, a toda evidência, não se resume ao acesso ao processo. Dessa perspectiva decorrem normas constituidoras de direitos e garantias fundamentais não só do inciso citado, mas de outros, como as normas que garantem indenização pela violação à intimidade, à vida privada, à honra e imagem das pessoas, à necessidade de pressupostos de flagrante delito e de ordem judicial para prisão ou violação do lar e às garantias do devido processo legal e da legítima defesa.

No plano metodológico, ensina Abreu, o acesso à justiça considera a perspectiva constitucional pois trabalha a teoria do processo a partir da ideia de democracia social. “Por isso mesmo, afigura-se como o rótulo da teoria processual preocupada com a questão da justiça

social, afirmada pela Democracia Social”. A jurisdição e o tema do acesso à justiça, nesta direção, devem ser focados na perspectiva do Estado Democrático de Direito, quer dizer. “A jurisdição, visando à realização dos fins do Estado; o acesso à justiça objetivando a superação das desigualdades; o processo, com uma participação paritária de armas, possibilitando a participação do cidadão na gestão do bem comum” (2004, p. 38).

Rodrigues assevera que o Estado Contemporâneo se caracteriza por três princípios básicos. Primeiramente, pelo compromisso concreto com a sua função social. Nesta perspectiva, a justiça social é compreendida como parâmetro hodierno da expressão “bem comum”, incluindo o “acesso aos bens materiais e imateriais necessários à plena realização da pessoa humana”. O segundo princípio, do caráter intervencionista democrático, aparece como necessário à consecução do seu objetivo maior. Por fim, o princípio da “estruturação através de uma ordem jurídica legítima, que respeite a liberdade (pluralismo) e garanta efetivamente a participação” (1994, p. 21).

Em sentido amplo, “o efetivo acesso à justiça comporta uma série de fundamentos que transcendem o campo estrito do direito processual” (ABREU, 2004, p. 15): um direito material legítimo, voltado para a realização da justiça social; uma administração estatal imbuída da solução dos problemas sociais e da plena realização do direito; instrumentos processuais que possibilitem a efetividade do direito material; garantias processuais constitucionais e plenitude da atividade jurisdicional; e um Judiciário axiologicamente em sintonia com a sociedade na qual está inserido, estruturado de forma adequada para atender às demandas que se lhe apresentam (RODRIGUES, 1994, p. 26).

Nesse sentido, o princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário informa que não basta garantir o acesso formal à justiça. Ele deve, além disso, e principalmente, assegurar aos litigantes o direito a uma decisão adequada e justa, dotada de efetividade, a fim de que o direito material almejado se concretize.

Com o respeito ao princípio do acesso à justiça se assegura que, “além do direito ao *processo justo*, todos têm o direito de obter do Poder Judiciário a *tutela jurisdicional adequada*. Não é suficiente o direito à tutela jurisdicional. É preciso que essa tutela seja *adequada*, sem o que estaria vazio de sentido o princípio [Grifo do autor]” coletivo (NERY JUNIOR, 2010, p. 175).

Ao dissertar sobre a diferenciação entre “direitos naturais”, “direitos fundamentais”, “direitos do homem” e “direitos do cidadão”, Bezerra leciona que quando se pensa em justiça não se está apenas querendo observar o aspecto formal da justiça nem o seu caráter processual.

O acesso à justiça é um direito natural, um valor inerente ao homem por sua própria natureza. Para o autor, a sede de justiça que angustia o ser humano tem raízes fincadas na teoria do direito natural.

Como direito, o acesso à justiça é, sem dúvida, um direito natural. Como direito formal do indivíduo de propor ou contestar uma ação. Nesse sentido é um direito fundamental. [...] O acesso pode, portanto, ser encarado como requisito fundamental – o mais básico dos direitos do homem – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretende garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos (2001, p. 114).

Assim, no sentido de direito fundamental disposto na Constituição Federal e na legislação infraconstitucional, o processo deve ser manipulado de modo a propiciar às partes o acesso à justiça formal e material. O acesso à justiça formal não corresponde a uma igualdade efetiva, mas apenas formal. O acesso à justiça deve realmente alcançar a todos isonomicamente (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 12).

A igualdade de oportunidades, associada ao princípio da diferença, é um modo justo de arrostar a arbitrariedade da natureza e as instituições que aceitam esta teoria tornam-se justas (RAWLS, 1981, p. 97).

No sistema do *laissez-faire*, a justiça, como outros bens, só podia ser obtida por aqueles que pudessem enfrentar os seus custos; para aqueles que não pudessem fazê-lo, restava-lhes a sorte (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 09).

Justiça é, pois, um sentimento jurídico interior que se projeta para o exterior. A justiça interior não passa de justiça subjetiva; a justiça exterior é a justiça objetiva. A primeira é um ideal universal, sem o qual a vida não teria finalidade. Por ser um ideal a que se aspira é inatingível e de certa forma alcançado por meio da justiça objetiva. Na realidade prática, justiça é o meta-valor do direito de qualquer sociedade. Por isso, a justiça social é o bem ou valor supremo almejado pelo direito, significando um “estar” a serviço do bem comum (HESPANHA, 1986, p. 154 *et seq*).

A problemática do acesso à justiça não pode ser estudada nos acanhados limites do acesso aos órgãos judiciais. O acesso à justiça não se identifica com a mera admissão ao processo ou possibilidade de ingresso em juízo (DINAMARCO, 1998, p. 33); não se trata, apenas, de facilitação, mas sim que deva ser qualificado, possibilitando que o indivíduo se defenda adequadamente.

De fato, o direito ao acesso efetivo à justiça tem sido progressivamente reconhecido como de importância capital entre os novos direitos individuais e sociais, uma vez que a

titularidade de direitos é destituída de sentido se não há mecanismos adequados para a sua efetiva reivindicação. Essa garantia não é apenas um direito social fundamental, mas também o ponto central da moderna processualística, cujo estudo pressupõe um alargamento e um aprofundamento dos objetivos e métodos da moderna ciência jurídica (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 10 *et seq.*).

A garantia de acesso aos tribunais e conseqüentemente direito ao processo não são suficientes para assegurar o acesso à justiça em sua amplitude. Na verdade, delinea-se como inafastável a absoluta regularidade de direito ao processo, com a verificação efetiva de todas as garantias resguardadas ao consumidor da justiça, dentro de um tempo justo para a consecução do escopo que lhe é reservado (CRUZ E TUCCI, 1999, p. 9).

Grinover, corroborando essas assertivas, destaca que o acesso à justiça não se limita ao mero acesso aos tribunais, pois não se trata apenas de possibilitar o acesso à justiça enquanto instituição estatal, mas viabilizar o acesso à ordem jurídica justa. O acesso à justiça, segunda a autora, compreende vários elementos, entre eles:

[...] o direito à informação; o direito à adequação entre a ordem jurídica e a realidade socioeconômica do país; o direito ao acesso a uma justiça adequadamente organizada e formada por juízes inseridos na realidade social e comprometidos com o objetivo da ordem jurídica justa; o direito à pré-ordenação dos instrumentos processuais capazes de promover a objetiva tutela dos direitos; o direito à remoção dos obstáculos que se antepõem ao acesso efetivo à justiça com tais características (GRINOVER, 1996, p. 115).

Bezerra (2001, p. 188), ao discorrer sobre o acesso à justiça com esteio em uma visão sociológica, assinala que o processo tem, sobretudo, função política no Estado social. Por essa razão, deve ser organizado, entendido e aplicado como instrumento de garantia constitucional, de modo que todos tenham pleno acesso à tutela jurisdicional, como uma das vias que há de se manifestar sempre como atributo de uma tutela justa. Bem por isso, o fenômeno do acesso à justiça deve ser compreendido em sua totalidade. O uso equivocado do sentido de acesso à justiça como via judicial é fruto de preconceito fortemente arraigado. O acesso à justiça não pode simplesmente ser alcançado por meio do acesso a uma ação, sem que seja assegurado ao jurisdicionado um procedimento adequado, de acordo com os ditames constitucionais, ou seja, conforme as garantias necessárias para que, por exemplo, as partes possam defender-se e produzir provas para influenciar o livre convencimento do juiz.

Quando o acesso à justiça é negado a determinados segmentos da sociedade – obviamente aos mais pobres –, a comunidade cria meios específicos de solução de seus conflitos e satisfação de seus direitos. Essa prática reiterada cria um direito não oficial, paralelo, como

acontece com as relações estabelecidas no interior das favelas (BEZERRA, 2001, p. 105).

Além de ser um direito supraconstitucional, o acesso à justiça não se concretiza somente com a dispensa de custas (assistência judiciária) e assistência advocatícia (assistência jurídica), como se verifica na maioria dos juízos. Para que o acesso à justiça não seja meramente formal, o que implica uma perspectiva leiga, deve ir ao encontro dos direitos já consagrados nas leis e, em especial, na Constituição Federal.

A garantia ao acesso à justiça é o mais básico dos direitos humanos; é requisito fundamental de um sistema jurídico moderno e igualitário, que pretenda efetivamente garantir e não apenas proclamar os direitos de todos. Outrossim, em uma perspectiva técnico-jurídica⁵, o acesso à justiça, em seu sentido formal, deve oferecer a mais ampla admissão de pessoas e causas ao processo (universalidade da jurisdição), garantir-lhes a obediência ao devido processo legal e à legítima defesa, assim como possibilitar intensa participação na formação do convencimento do juiz que julga a causa (CAPPELLETTI; GARTH, 2008, p. 12).

Para uma sociedade alcançar efetividade do processo e cumprimento de sua missão social de eliminar conflitos e fazer justiça, é preciso, de um lado, tomar consciência dos escopos motivadores de todo o sistema, como: a) a admissão ao processo (ingresso em juízo), eliminando-se as dificuldades econômicas que impeçam ou desanimem as pessoas; b) o “modo de ser” do processo (observação do devido processo legal); c) a justiça das decisões (critérios justos de apreciação de provas, enquadramento dos fatos em normas jurídicas); e d) a utilidade das decisões (dando a quem tem direito tudo e precisamente aquilo que tem direito de obter) (CINTRA; DINAMARCO, 1998).

Assim, o processo e a garantia de seus predicados aparecem como instrumento de atuação da justiça, sendo o devido processo legal o meio de efetivação do acesso à justiça, ambos alçados ao nível de direito fundamental. Entretanto, com tal afirmação não se quer apenas vislumbrar o aspecto formal do acesso à justiça, que, como visto linhas atrás, também significa a garantia dos direitos fundamentais. E é nesse sentido que o direito processual deve ser concebido. A tutela do processo se efetiva pelo reconhecimento do princípio da supremacia da Constituição Federal sobre as normas processuais e, além disso, realiza-se pelo império das previsões constitucionais, cuja maior função é a proteção das garantias individuais. Dessa forma,

⁵ Para Paulo César Santos Bezerra, o acesso à justiça pode ser analisado em diversos aspectos, em várias perspectivas: “De fato, o estudo do acesso à justiça terá conotações diferenciadas, conforme seja feito por um leigo, um jurista dogmático, um sociólogo, um filósofo ou um político.”. (**Acesso à justiça**: um problema ético-social no plano da realização do direito, p. 124).

a ordem constitucional, além de ser uma garantia, é o limite do exercício processual; seus princípios constitucionais asseguram um sistema coerente e homogêneo, determinando a própria atuação do Estado.

Em rigor, o sistema processual deve estar continuamente ligado e ser entendido a partir dos valores constitucionais, pois o processo não pode ser concebido como mero instrumento técnico. Assim, o conceito moderno de processo envolve obrigatoriamente a efetivação do acesso à justiça.

A efetividade dos princípios processuais constitucionais contribui para que o processo cumpra a sua função de instrumento a serviço da ordem constitucional e legal, o que traduz, nas palavras de Dinamarco:

A existência de um processo acessível a todos e a todas as suas causas, ágil e simplificado, aberto à participação efetiva dos sujeitos interessados e contando com a atenta vigilância do juiz sobre a instrução e sua interferência até ao ponto em que não atinja a própria liberdade dos litigantes (1998, p. 32).

Não basta a garantia do acesso à justiça, compreendida apenas como ingresso do pleito ao Judiciário, mas, sim, deve ser instrumento qualitativo no sentido de efetivar o direito processual e material para legitimar o exercício da função jurisdicional, atendendo ao devido processo legal, garantia esta que assegura um procedimento adequado e respeito a determinados princípios constitucionais, como o contraditório e a ampla defesa.

O devido processo legal, a propósito, é princípio fundamental do processo civil e serve como instrumento para a efetivação de todos os demais princípios processuais, traduzindo-se em um efetivo acesso à justiça, em seu sentido *lato sensu*, ou um acesso qualitativo à justiça, consoante a expressão adotada neste trabalho.

Devido processo legal é expressão oriunda da inglesa *due process of law*. A *Magna Charta* de João Sem Terra, do ano de 1215, que continha exemplos de institutos originais e eficazes do ponto de vista jurídico, teria sido o primeiro ordenamento a mencionar, de forma implícita, a referida locução, mas somente na esfera do processo penal, em seu aspecto protetivo.

Foi a Constituição Federal americana de 1787 que incorporou o princípio do *due process of law*, embora, antes disso, algumas constituições estaduais daquele país já o tivessem consagrado. A partir daí o direito constitucional do sistema do *common law*, com a Suprema Corte dos Estados Unidos, passou a respeitar e conceder eficácia ao *due process of law* com determinação e firmeza. Em outras palavras, a corte, a partir da promulgação da Constituição de 1787, passou a interpretar a cláusula *due process* na solução dos casos concretos que lhe

eram submetidos (NERY JUNIOR, 2010, p. 2002).

No sistema jurídico brasileiro, a garantia do devido processo legal foi positivada com a Constituição Política de 1988, em seu artigo 5º, inciso LIV, que assim dispõe: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. Vale lembrar que até então nenhuma das constituições anteriores havia previsto expressamente tal princípio. Com a positivação desse princípio na ordem constitucional, passou-se a discutir a sua densificação e a sua significação no contexto jurídico brasileiro e não mais a sua presencialidade normativa.

Assim, em decorrência da natureza dialética e da dinâmica do processo, o Estado cria constitucionalmente o direito de ação, que é também um direito público subjetivo, com vocação para dar ao titular da pretensão jurídica o direito de tutela jurisdicional por meio do processo. Esse direito de ação deve sempre vir acompanhado do devido processo legal, que visa assegurar a liberdade e a igualdade das posições entre as partes no processo.

O devido processo legal é uma expressão significativa do Estado de Direito, impondo ao titular do poder o dever de desenvolver-se sem afetar arbitrariamente os direitos fundamentais do indivíduo, que são tutelados pela cláusula – ‘a liberdade e os seus bens’ –, de modo a contribuir eficazmente para o estabelecimento do Estado Democrático de Direito (LIMA, 1999, p. 291).

A inclusão do devido processo legal no texto constitucional ainda é muito comemorada, pois a explicitude do novo texto elevou a Carta Magna pátria ao nível das mais avançadas do mundo em termos de garantia da tutela jurisdicional. “Aquilo que se deduzia da análise sistemática e indireta dos princípios implícitos é agora proclamado aos quatro ventos por enunciados de meridiana clareza” (THEODORO JÚNIOR, 1991, p. 11 *et seq.*).

Calmon de Passos (2001, p. 59 *et seq.*) enfatiza que o devido processo legal ganhou nova dimensão, revestindo-se de um caráter mais abrangente no sentido de “devido processo constitucional”. Recordando os ensinamentos de Pisami, o autor salienta que, “assim como o direito processual não poderia existir sem o direito material, igualmente o direito material, deve-se acrescentar, não poderia existir sem o direito processual”. Portanto, há uma dependência recíproca entre direito material e direito processual.

O escopo do processo é precisamente assegurar o que foi prometido pelo direito material, sem poder desvirtuar-se para outro objetivo. nem deixar de estar a serviço desse objetivo. Assim,

[...] compreendido o direito como algo não *dado* aos homens pela natureza, mas por eles *produzido*, revelou-se fundamental entender-se o processo de sua produção, que se percebeu ter matrizes políticas, devendo, portanto, para legitimar-se, adequar-se a quanto *estabelecido constitucionalmente para sua produção*, em qualquer dos seus níveis. [...] *Em resumo, não há um direito independente do processo de sua enunciação, o que equivale a dizer-se que o direito pensado e o processo do seu enunciar fazem um.* [Grifo do autor] (PASSOS, 2001, p. 59 et seq.).

O devido processo legal deve ser concebido tanto no aspecto procedimental (perante o Judiciário) como no aspecto substantivo (perante os poderes Executivo e Legislativo). Não é simplesmente uma garantia processual, tendo em vista que contém um aspecto substantivo que instrui qualquer atuação restritiva do Estado nos direitos fundamentais tutelados a fim de evitar intromissões arbitrárias. A positivação do devido processo legal no texto constitucional de 1988 “tem provocado um rompimento no dogmatismo processual, fazendo com que suas regras formais sejam vivificadas pelos preceitos constitucionais” (LIMA, 1999, p. 180). Dessa maneira, obtém-se uma visão unitária do ordenamento jurídico, pela qual se interpreta a norma em conformidade com a Constituição Federal.

Lima afirma que para a concretização do devido processo legal colaboram alguns subprincípios, que “não são corolários, deduções ou consequências do princípio do devido processo legal, mas princípios, que têm um grau de concretização mais elevado”. Por isso, a autora os denomina de “subprincípios”, sem considerá-los subespécies do devido processo legal. “A independência, e não dedutibilidade, destes subprincípios é visível na medida em que podem servir para concretizar, ou realizar, mais de um princípio, além de poderem gozar também de outros subprincípios que o concretizam” (LIMA, 1999, p. 181). Nesse sentido, o devido processo legal “é entendido como o conjunto de garantias constitucionais que, por um lado, asseguram às partes o pleno exercício de suas faculdades e poderes processuais e, por outro, são indispensáveis à total coerência na aplicação do exercício da jurisdição” (GAIO JÚNIOR, 2015, p. 14).

A garantia do devido processo legal torna efetivo o direito não ao processo apenas, mas a um processo em consonância com os ditames constitucionais, ou seja, de acordo com determinadas garantias constitucionais processuais que, de um lado, asseguram às partes o exercício de seus direitos subjetivos e processuais, de outro, são indispensáveis ao exercício da jurisdição. Além de significar igualdade de tratamento entre as partes, em decorrência de um processo judicial com a finalidade de propiciar uma solução justa do processo (aspecto processual), o devido processo legal também vincula o Poder Legislativo em sua primordial tarefa de elaborar leis conforme a Constituição (aspecto substantivo) (LIMA, 1999, p. 234).

Com efeito, o devido processo legal vai além de instrumento de controle de legalidade: seu alcance serve também de “limite constitucional à imposição judicial ou administrativa de ordens ou decisões legislativas ou governamentais, que se afigurem contrárias ao direito”, e de proteção processual-constitucional do jurisdicionado contra eventuais abusos praticados pelo Estado.

Grinover (1985, p. 20), já incentivava determinado comportamento do juiz na condução das ações judiciais, pois assegurar às partes o direito à prova e às atividades instrutórias (*lato sensu*) não é suficiente; não basta que toda a atividade instrutória seja produzida em contraditório, que a autoridade jurisdicional presida a colheita de todas as provas, nem que o livre convencimento do juiz se baseie exclusivamente nas provas produzidas judicialmente. É necessário que o juiz estimule e promova um contraditório efetivo e equilibrado, verificando se a atividade defensiva, no caso concreto, foi adequadamente desempenhada pela utilização de todos os meios necessários para influir sobre o seu convencimento, sob pena de se considerar o réu indefeso e o processo irremediavelmente viciado.

Assim, para a realização do devido processo legal, em seu âmbito substantivo, é essencial atender a dois postulados⁶: da proporcionalidade (de origem germânica) e da razoabilidade (de origem norte-americana)⁷. Ademais, é necessário proteger as garantias constitucionais do indivíduo contra qualquer modalidade de legislação, sem falar no equilíbrio que deve haver entre essas garantias e o exercício do poder estatal.

Castro, sobre o tema, assinala que

o postulado da ‘razoabilidade das leis’ promana forçosamente da aplicação de caráter ‘substantivo’ (*substantive due process*) da cláusula do devido processo legal, a ser empreendida com criatividade e senso de justiça pelos órgãos incumbidos da salvaguarda da supremacia da Constituição (1989, p. 380).

O limite do princípio da proporcionalidade, no entanto, encontra-se no princípio da isonomia. Ambos devem ser aplicados de forma concomitante e harmônica porque a igualdade

⁶ Sobre o assunto, ver ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*.

⁷ Na visão de Maria Rosynete Oliveira Lima, com arrimo em EMILIOU, Nicholas (*The principle of proportionality in european law*. London: Kluwer Law International, 1996. p. 39), a proporcionalidade diz respeito a uma comparação entre duas variáveis: meio e fim, de acordo com padrões de adequação, necessidade e proporcionalidade *strictu sensu*, os quais proporcionam uma avaliação objetiva entre as ferramentas utilizadas e os fins perseguidos pelo ato. Enquanto a proporcionalidade trabalha com componentes objetivos, na razoabilidade as variáveis são subjetivas, englobam todas as circunstâncias do caso. A razoabilidade não tem como requisito uma relação entre dois ou mais elementos, mas representa um padrão de avaliação geral. (*Devido processo legal*, p. 282).

de tratamento deve ser proporcional entre as partes.

Da doutrina de Calmon de Passos, infere-se que para a realização efetiva da garantia do devido processo legal é indispensável a presença de três condições:

a) só é devido processo legal o processo que se desenvolve perante um juiz imparcial e independente; b) não há processo legal devido sem que se assegure o acesso ao judiciário; c) [...] as duas garantias precedentes se mostram insuficientes se não asseguradas às partes o contraditório (1981, p. 86).

Desse modo, no tocante ao devido processo legal, em sua perspectiva procedimental, é essencial que o juiz assegure às partes a efetividade de outros princípios previstos constitucionalmente, como o contraditório e a ampla defesa (art. 5º, inc. LV), o julgamento por um juiz natural (art. 5º, inc. XXXVII e LIII), o segundo grau de jurisdição, a igualdade processual entre as partes (art. 5º, inc. I), a publicidade e a motivação das decisões judiciais (art. 5º, inc. LX e art. 93, inc. IX), a proibição de provas obtidas por meios ilícitos (art. 5º, inc. LVI) e a inviolabilidade do domicílio e do sigilo das comunicações em geral (art. 5º, inc. XI e art. 52, inc. XII).

Em síntese, como conclui Cruz e Tucci, em artigo sobre as dilações indevidas do processo, a garantia constitucional do devido processo legal deve ser uma realidade durante as múltiplas etapas do processo judicial, de sorte que ninguém seja privado de seus direitos (1999, p. 17).

Nesse contexto, pode-se afirmar que o devido processo legal é um instrumento de efetivação da garantia de acesso à justiça, sem o qual não haverá acesso algum, nem será qualitativo, impedindo que se cumpra o Estado Democrático de Direito estabelecido constitucionalmente. É nesse diapasão que o devido processo legal deve ser compreendido.

Montesquieu, ao analisar a justiça e o Poder Judiciário já alertava sobre as delongas da obtenção da prestação jurisdicional. No entanto, apesar de criticar as formalidades da prestação jurisdicional, era seu defensor, afirmando que eram necessárias para garantir a honra, a fortuna, a vida e a liberdade dos cidadãos. Àquela época, mencionava os perigos de julgamentos arbitrários que simplificavam as leis, em especial em governos absolutistas e despóticos (2003, p. 88).

Assim, a necessidade de encontrar vias alternativas capazes de implantar uma justiça barata, célere e informal foi determinante para o surgimento dos juizados especiais cíveis e criminais.

Esses juizados, conforme se aprofundará a seguir, foram criados com o objetivo de

eliminar, ou pelo menos diminuir, alguns dos obstáculos ao efetivo acesso à justiça, modernizando o antigo modelo processual, o qual já não se mostrava eficiente na busca da justiça material (SANTIN *et al*, 2012, p. 12.508-12.538).

No Brasil, conforme a doutrina de Abreu, a experiência dos juizados especiais – com propostas de tutela diferenciada ou de vias alternativas de tutela e modelos de justiça popular, participativa, democrática, e como expressão de justiça coexistencial, pondo em relevo a conciliação e engajando juízes leigos, árbitros e conciliadores – tem servido de contraponto à justiça tradicional, contenciosa, de natureza estritamente jurisdicional, sabidamente saturada, onerosa e tardia (2011, p. 340).

Os juizados especiais, nesse contexto, são um instrumento fundamental de aproximação do Poder Judiciário com a comunidade, um meio de assegurar que os direitos fundamentais previstos na Constituição Federal serão observados. Com a sua implantação, buscou-se granjear para a sociedade brasileira um ordenamento jurídico capaz de proporcionar a todos, por meio da desburocratização da justiça, a busca de seus direitos e isso significa apresentar ao Estado-juiz muitas demandas reprimidas, ou seja, pretensões que dificilmente chegariam ao Poder Judiciário em virtude de sua simplicidade ou do seu baixo valor (SANTIN *et al*, 2012, p. 12.508-12.538).

O Brasil, vale dizer, não foi o único nem o primeiro país a se preocupar com a morosidade e a necessidade de facilitação do acesso ao Judiciário. Outros países também inovaram na busca de instrumentos que atendessem aos anseios do indivíduo lesado em seus direitos, em especial as *small claims courts* americanas.

2. A CRISE DA DEMOCRACIA NO BRASIL E NA AMÉRICA LATINA

Para iniciar o debate sobre a democracia na América Latina, importante destacar três momentos históricos. No passado longínquo, a democracia está ligada ao processo histórico da formação das ideias políticas, decorrentes dos conceitos de liberdade, de igualdade e de fraternidade, que se caracterizam como ideais dos movimentos republicanos, gestados pela revolução francesa e pelo movimento filosófico do iluminismo.

Mais recentemente, por sua vez, a democracia é marcada pela luta de libertação dos caudilhos, dos regimes autoritários e dos regimes militares, fomentada por movimentos sociais e populares, que marcaram a época da formação da sociedade industrial e urbana.

Já na contemporaneidade, a democracia aparece através da restauração dos direitos políticos e civis, usurpados pelos regimes autoritários, bem como de todos os direitos humanos na perspectiva da consolidação da sociedade civil e da construção da cidadania.

No entanto, alguns países, em especial alguns da América Latina, apresentam fortes problemas no que tange ao modelo democrático de representatividade e de governança. Observa-se a não identificação entre população e representação política, enfraquecendo o papel dos partidos políticos.

A recente história política da América Latina revela ainda uma instabilidade político-institucional e que evidencia constantes questionamentos da legitimidade dos governantes como vem acontecendo na Venezuela, no México, na Bolívia e no Equador. Houve, nos últimos 30 anos, importantes avanços na política com o fim dos regimes militares e com a reinstalação dos processos eleitorais. Porém, a política econômica adotada, sob a égide da doutrina neoliberal, deixa determinada parcela da população na exclusão social e baixo da linha de pobreza.

Conforme questiona Boaventura,

nós, durante muito tempo, pensamos e estudamos muitos as transições do capitalismo para o socialismo, do feudalismo para o capitalismo, da ditadura para a democracia. Estaremos nós, neste momento, na transição da democracia para a ditadura? Uma ditadura diferente, diferente das outras que nos precederam, que não envolve militares, que até pode envolver a pluralidade de partidos, mas que de qualquer maneira não é uma democracia, de tão desfigurada (que está)? (2016).

Mas o que é democracia? Para o sociólogo Giddens (2005), o conceito de democracia está ligado a ideia de Estado, sociedade e Governo. Nesse sentido, significa “um sistema político no qual quem governa é o povo”, isto é, um sistema político mais capaz de assegurar a igualdade política, de proteger a liberdade e os direitos, de defender o interesse comum, de satisfazer às necessidades dos cidadãos, de promover o autodesenvolvimento dos cidadãos e que leve em consideração os interesses de todos (Giddens).

Entretanto, a democracia pode se apresentar em diferentes formas, como a democracia participativa (ou democracia direta) em que as “decisões são tomadas em comunidade por aqueles que são afetados por elas”, que tem por base o modelo grego de democracia. Nos Estados modernos este modelo é atingido em pequenas comunidades ou “reuniões municipais”. Contudo, formas plebiscitárias ou referendos podem expressar a opinião do povo a respeito de questões específicas; e a democracia representativa, na qual as decisões são tomadas pelos cidadãos eleitos pelo conjunto da comunidade, seja em nível nacional, regional, estadual ou

local. A forma mais conhecida é a democracia liberal representativa. (PETRY, 2008).

No entanto, a partir da incapacidade do sistema político de alguns países de representar os cidadãos na prática efetiva da governança global, hoje a democracia sofre constante transformação. O processo de consolidação da democracia política, embora fortalecido por algumas Constituições, como a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, apresenta-se enfraquecida devido aos altos níveis de desigualdade, bem como distanciamento entre a sociedade e o governo, por conta do sistema representativo.

Observa-se que modelos democráticos de alguns países, como a Venezuela, Bolívia e Equador, têm tentado responder à crise de representatividade, por meio da ampliação do uso de instrumentos de democracia participativa, no sistema de governo. No entanto, na América Latina, neste início do século XXI, inicia um processo de redemocratização através de movimentos sociais e populares que buscam sua identidade social, cultural e político-ideológica. Como exemplo, Exército Zapatista de Libertação Nacional do México (EZLN), o Movimento de Trabalhadores Rurais Sem Terra do Brasil (MST), o Bolivarianismo na Venezuela, o Movimento ao Socialismo dos povos indígenas da Bolívia (MAS), e o Grito dos Excluídos (iniciado no Brasil e com adesões latino-americanas), entre outros.

A recente história política da América Latina revela ainda uma instabilidade político-institucional e que evidencia constantes questionamentos da legitimidade dos governantes como vem acontecendo na Venezuela, no México, na Bolívia, no Equador e recentemente na Argentina e no Brasil (PETRY, 2008).

Esses recentes episódios – governantes se afastando de seu programa de campanha - demonstram uma frustração de grandes segmentos da população com relação ao atendimento de demandas por parte dos governos. (PETRY, 2008). Para Egundo Ghiozzini, “São problemas de governabilidade bastante graves e tem a ver com uma certa impermeabilidade das elites e das próprias instituições democráticas com relação às expectativas da população” (2005), que resultam no enfraquecimento dos direitos humanos (saúde, educação, entre outros), e ensejando a necessidade de sua maior promoção.

Para Boaventura, esse enfraquecimento democrático resulta da separação entre democracia e revolução. A revolução e o reformismo desapareceram do século XXI. Ainda que parecessem diferentes, segundo o autor, os dois sempre foram os dois lados de uma mesma moeda:

o grande acontecimento e grande equilíbrio das lutas de esquerda foi que contrapusemos totalmente esses dois modelos. De um lado, revolucionários. De outro lado, reformistas. Ainda metemos uns contra os outros. Às vezes, hostilizamos mais uns aos outros do que hostilizamos nossos inimigos. Com muito sectarismo e muito dogmatismo. [...] Quando se tentou fazer uma união, ela fracassou. Essa união foi dolorosamente tentada por Salvador Allende e, obviamente, teve que ser liquidada – foi liquidada! – pelo imperialismo norte-americano, em 1973. O que eu quero dizer é que esses dois modelos se pertenciam e quando perdeu-se um, perdeu-se o outro. Por isso que nós hoje, no princípio do século XXI não temos, nem revolução na agenda política, nem a democracia. E por isso temos essa dupla crise (2016).

Assim, Boaventura conclui que sua proposta é voltar a unir a revolução e a democracia. “É uma exigência muito grande porque nós temos que democratizar a revolução e revolucionar a democracia”, explica ele. O sociólogo diz que a separação entre a revolução e a democracia aconteceu em janeiro de 1918, quando a Assembleia Constituinte russa foi dissolvida como forma de ajudar Lênin chegar ao poder. A decisão criou a cisão entre revolução e democracia, que nunca mais se juntaram. (2016).

Mas, enfim, o que significa democratizar a revolução, como diz Boaventura?

Os fins nunca justificam os meios. Nós usamos muitas vezes meios contrarrevolucionários para fazer avançar a revolução. Não há uma forma só de emancipação social. A luta de classes é também a luta [contra racismo], a luta contra a discriminação sexual, a dominação sempre conjunta entre capitalismo, colonialismo e patriarcado. Foi uma grande ilusão do pensamento crítico pensar que o colonialismo tinha terminado quando as independências vieram. Não. Ele mudou de forma. Vivemos em sociedade coloniais, com imaginários pós-coloniais. Por isso que há racismo, por isso que os jovens afrodescendentes morrem nas cidades do Brasil, como morrem nas cidades dos Estados Unidos, onde grande parte da juventude está encarcerada. É por isso que no vosso país tanta mulher morre. [...] O capitalismo não existe sem colonialismo e patriarcado. O grande problema dos movimentos sociais é que se dividiram e nenhum pensou que era preciso lutar contra os três. Eles atuam sempre em conjunto”. (2016).

Além disso, a democracia é responsável pela concretização dos direitos humanos, pois parte-se da análise da compatibilidade entre tais políticas e o sistema constitucional de proteção aos direitos fundamentais e, nesse contexto, pode-se depreender que as políticas públicas definidas legislativamente, num espaço de democracia participativa, devem otimizar os mandamentos constitucionais fundamentais, favorecendo a sua aplicabilidade imediata e impondo aos poderes públicos a impossibilidade de retrocesso social em termos daquilo que já foi alcançado e o dever de progresso para alcançar novas possibilidades de concretização.

O papel fundamental dos direitos humanos, conforme ressalta Boaventura, concentra-se na busca da dignidade humana. Embora a origem eurocêntrica, cristã, colonialista, racista, individualista e liberalista dos direitos humanos, o autor propõe uma leitura contra-hegemônica deles. Afinal, os direitos humanos, criados por grupos historicamente opressores, podem ser uma ferramenta de emancipação dos grupos historicamente oprimidos. Os direitos coletivos apresentam-se como forma de garantir definitivamente, a todos os grupos sociais, os direitos

individuais, um Estado social, que não viole as garantias civis e políticas, mas que suporte as garantias sociais, econômicas e ambientais. A continuidade dos direitos humanos, mesmo com a descontinuidade de regimes políticos, o direito à verdade, à memória e à justiça de transição. A proteção à dignidade humana sem exclusão de determinados humanos, incondicionalmente; a proteção à dignidade expandida além da espécie humana. O reconhecimento da diferença (novamente ante o eurocentrismo que se pretende fazer universal), valorizando-a, mas não a valorando; a busca por uma humanidade diversa e justa, e não hegemônica. A vitória da humanidade sobre o desenvolvimentismo e o neocolonialismo. (CHAUI, 2013).

Assim, ao Estado, através de seus sistemas políticos, cumpre fins constitucionalmente determinados e deve organizar-se racional e eficazmente para cumpri-los. Daí a sua natureza processual e dinâmica. Seus limites, diretrizes, possibilidades e funções institucionais estão todos vinculados ao fortalecimento dos laços de solidariedade social. Porém, compreendê-lo em sua essência, é compreendê-lo como o móvel das aspirações políticas, sociais, culturais, econômicas e normativas do povo. Ele se concretiza através do novo marco teórico e filosófico do constitucionalismo solidário, alcançando o que passamos a denominar Estado Constitucional Solidarista. A ausência de políticas públicas concretizadoras dos direitos fundamentais importam em omissão inconstitucional sujeita a controle judicial.

Conforme destaca Petry, em decorrência da crise democrática na América Latina, um número significativo de sujeitos perde progressivamente seus atributos de cidadania e de direitos: “não tem trabalho, vive em áreas marginais, sente-se excluído das instituições, não tem acesso à saúde, não está conectado com o progresso das redes de comunicação etc”. (2008). Foi nas populações latino-americanas, pós os regimes ditatoriais e militares, que houve o maior desrespeito dos Direitos Humanos. Parte das populações foram privadas de alimentação, de saúde, de educação e de habitação:

Quase todos os países da América Latina, como região de influência e de controle norte-americanos e essencialmente fornecedora de matérias-primas, governados por ditaduras militares ou por frágeis democracias, desrespeitaram os direitos humanos de modo explícito durante a ‘guerra fria’, em nome da ‘doutrina de segurança nacional’ (PETRY, 2008).

E foi somente a partir da Revolução de maio de 1968 que os movimentos sociais ganharam campo e percebeu-se a necessidade de vencer as ditaduras e de lutar pela redemocratização os países latino-americanos.

No entanto, após 50 anos da Revolução de 68, que resultou, em dúvida, em importantes avanços, reconhecendo-se seus méritos e conquistas pela luta dos direitos humanos, muito

ainda falta a se fazer. Grande margem da população brasileira, por exemplo, vive na linha da pobreza e na exclusão social. Segundo dados do IBGE, 50 milhões de brasileiros vivem nessa situação (IBGE, 2017).

Desse modo, acredita-se a partir dos movimentos sociais é possível se construir uma redemocratização dos sistemas políticos, que sejam baseados numa representatividade participativa e na educação em direitos humanos e que resultem na criação de políticas públicas voltadas a erradicação da pobreza e da exclusão social.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ABREU, Pedro Manoel. **Acesso à justiça e juizados especiais**: o desafio histórico da consolidação de uma justiça cidadã no Brasil. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

ABREU, Pedro Manoel. **O processo jurisdicional como um locus da democracia, pelo viés da participação**. São Paulo: Conceito Editorial, 2011, v. 3. (Coleção Ensaios de Processo Civil).

ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada**: tutelas sumárias e de urgência. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BEZERRA, Paulo César Santos. **Acesso à justiça**: um problema ético-social no plano da realização do direito. São Paulo: Renovar, 2001.

CALMON DE PASSOS, J.J. Instrumentalidade do processo e devido processo legal. **Revista de Processo**, São Paulo, RT. n. 102, ano 26, abr./jun. 2001.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Trad. de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008.

CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. **Acesso à justiça**: juizados especiais cíveis e ação civil pública: uma nova sistematização da teoria geral do processo. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. **O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova Constituição do Brasil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1989, p. 380.

CHAUÍ; MARILENA; SANTOS, Boaventura de Souza. **Direitos Humanos, Democracia e Desenvolvimento**. São Paulo: Cortez, 2013.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 17. ed. São Paulo: RT, 1998.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Garantia do processo sem dilações indevidas**. In: _____ (Org.). **Garantias constitucionais do processo civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

DINAMARCO, Cândido Rangel; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini:

Teoria geral do processo. São Paulo: Malheiros, 1998.

GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira. O processo nos juizados especiais cíveis estaduais, federais e da Fazenda Pública. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2015.

GHIOZZINI, Daniel (2005). **América Latina em ebulição.** Disponível em: <http://www.comciencia.br/reportagens/> Acesso em: 17 de abr. 2018.

GRINOVER, Ada Pellegrini. O acesso à justiça no ano 2000. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). **O processo civil contemporâneo.** Curitiba: Juruá, 1994.

GRINOVER, Ada Pellegrini. O processo constitucional em marcha e as garantias constitucionais do direito de ação. São Paulo: Max Limonad, 1985.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **O processo em evolução.** Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1996.

HESPANHA, Benedito. **Tratado de teoria do processo.** Rio de Janeiro: Forense, 1986, v. 1.

Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Estatísticas da Pobreza - Grupo de Especialistas.** Disponível em: https://ww2.ibge.gov.br/home/estatistica/pesquisas/pesquisa_resultados.php?id_pesquisa=125 Acesso em: 05 abr. 2018.

LIMA, Maria Rosynete Oliveira. **Devido processo legal.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999.

LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto (Org.). **Constituição, democracia, poder judiciário e desenvolvimento:** estudos em homenagem a José de Albuquerque Rocha. Florianópolis: Conceito, 2008.

MIRANDA DE OLIVEIRA, Pedro. Concepções sobre acesso à justiça. In: SOUZA LIMA, Fernando Rister de; MARTINS PORT, Otávio Henrique; LIMA DE OLIVEIRA, Rafael Sérgio. (Coord.). **Poder Judiciário, direitos sociais e racionalidade jurídica.** Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

MONTESQUIEU. **O Espírito das Leis.** Tradução: Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2003.

MOREIRA ALVES, José Carlos. **Direito romano.** 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal.** 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

OLIVEIRA NETO, Francisco José de. **Estrita legalidade e atividade jurisdicional.** Itajaí: Univali, 2012. Disponível em: <<http://www.univali.br/ppcj/ebook>>. Acesso em: 23 mar. 2015.

PASSOS, J.J. Calmon de. Instrumentalidade do processo e devido processo legal. **Revista de Processo.** São Paulo, RT, n. 102, ano 26, abr./jun. 2001.

PASSOS, J.J. Calmon de. O devido processo legal e o duplo grau de jurisdição. São Paulo: Saraiva, 1981.

PETRY, ALMIRO. **A Democracia e os Direitos humanos na América Latina.** Disponível em:

http://www.projeto.unisinos.br/humanismo/al/dem_dirhum.pdf. Acesso em: 17 abr. 2018.

PORTANOVA, Rui. **Princípios do processo civil**. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

PORTO, Sérgio Gilberto. USTÁRROZ, Daniel. **Lições de direitos fundamentais no processo civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Trad. Vamirech Chacon. Brasília: Ed. UnB, 1981.

RECÁSENS SICHES, Luís. **Estudios de filosofia del derecho**. Barcelona: Bosch, 1936.

RODRIGUES, Horácio Wanderlei. **Acesso à justiça no direito processual brasileiro**. São Paulo: Academia, 1994.

RODRIGUES, Horácio Wanderlei. **Acesso à justiça no Estado Contemporâneo**: concepção e principais entraves. In: SALES, Lília Maia de Moraes;

SANTIN, Janaína Rigo et al. Os problemas estruturais atuantes como limitadores dos princípios informadores dos Juizados Especiais Cíveis. Anais. **Encontro Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito**, Uberlândia, 2012. Florianópolis, Fundação Boiteux, 2012.

SANTOS, BOAVENTURA DE SOUZA. **Grandes Debates da Assembleia Legislativa**. Assembleia Legislativa do Rio Grande do Sul. Jun. 2016.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. A garantia do devido processo legal e o exercício do poder de cautela no direito processual civil. **Revista de Processo**. São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 665, mar. 1991.

TORRES, Artur. Constituição, processo e contemporaneidade: o modelo constitucional do processo brasileiro. **Temas Atuais de Processo Civil**. Porto Alegre, ano 1, v. 1, n. 2, 2011, p. 50.

A DEMOCRACIA NA AMERICA LATINA: UMA LEITURA POR MEIO DA DEMOCRACIA PARTICIPATIVA

Adriana Fasolo Pilati Scheleder¹

Raimundo Oliveira Filho²

INTRODUÇÃO

A atual crise da democracia, em alguns países, origina-se na acentuada incapacidade do sistema político, ancorado da figura do Estado-Nação, de representar os cidadãos na prática efetiva da governança global. O processo de consolidação da democracia política, embora fortalecido por algumas Constituições, como a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, denota particular fragilidade por conta de altos níveis de desigualdade, bem como distanciamento entre a sociedade e o governo, por conta do sistema representativo.

Boaventura, como se tratará adiante, afirma que a democracia está em transformação e cita como uma solução a união entre a revolução e a democracia. O sociólogo diz que a separação entre a revolução e a democracia aconteceu em janeiro de 1918, quando a Assembleia Constituinte russa foi dissolvida como forma de ajudar Lênin chegar ao poder. A decisão criou a cisão entre revolução e democracia, que nunca mais se juntaram.

Outrossim, além de da importância de se historiar o movimento de acesso à justiça no Brasil, como base para iniciar a discussão sobre a crise democrática, se investigará ainda se as políticas públicas se apresentam efetivamente como forma de se alcançar o acesso à justiça aos cidadãos.

1 Docente Titular da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo - UPF (1999), Doutora em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC (2015), Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - PUC/RS (2003) e Especialista em Direito Civil e Processo Civil pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS (1999). É advogada e professora de graduação e do PPGDireito da Universidade de Passo Fundo (1999), com ênfase nas linhas Jurisdição Constitucional, Democracia e Direitos Humanos, Sistemas de Justiça e Direito Imobiliário. E-mail: apilati@upf.br

2 Doutorando do Programa de Pós-graduação (Stricto Sensu) de Doutorado Interinstitucional (DINTER) em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI (Promotora) e Faculdade Católica de Rondônia FCR (Receptora). Mestre em Gestão e Desenvolvimento Regional, Universidade de Taubaté-UNITAU, (Turma XIII), Defesa Pública de Dissertação realizada dia 26/10/2011, intitulada; ESTUDO DOS ATOS ILÍCITOS CONTRA AS RELAÇÕES DE CONSUMO NO MUNICÍPIO DE PORTO VELHO - RO. Especialista em Metodologia do Ensino Superior, Fundação Universidade Federal de Rondônia-UNIR. Graduado em Direito, Faculdade de Ciências Humanas, Exatas e Letras de Rondônia-FARO. Coordenador/Professor do Curso de Direito do Centro Universitário São Lucas, desde 10/07/2007, Portaria nº 16/2007. Diretor Geral da Escola Superior de Contas do Tribunal de Contas do Estado de Rondônia, a contar de 2.1.2013. Advogado. Inscrição n. 1384/OAB-RO. raimundoadvogado1384@gmail.com.

O método adotado na pesquisa é de análise de fontes (constituições, leis, normas, projetos de lei e projetos de emendas constitucionais) e de pesquisa bibliográfica, histórica, considerando o método dedutivo e empírico, buscando realizar uma análise doutrinária. Destaca-se, que não há univocidade nas abordagens adotadas. A preocupação, nesse primeiro momento, foi de se historiar as tendências ideológico-doutrinárias históricas. Assim, as reflexões que seguem são sugestões para um encaminhamento de aprofundar, através de um novo artigo, as investigações que se fazem necessárias.

1. A CRISE DA DEMOCRACIA NO BRASIL E NA AMÉRICA LATINA

Para iniciar o debate sobre a democracia na América Latina, importante destacar três momentos históricos. No passado longínquo, a democracia está ligada ao processo histórico da formação das ideias políticas, decorrentes dos conceitos de liberdade, de igualdade e de fraternidade, que se caracterizam como ideais dos movimentos republicanos, gestados pela revolução francesa e pelo movimento filosófico do iluminismo.

Mais recentemente, por sua vez, a democracia é marcada pela luta de libertação dos caudilhos, dos regimes autoritários e dos regimes militares, fomentada por movimentos sociais e populares, que marcaram a época da formação da sociedade industrial e urbana.

Já na contemporaneidade, a democracia aparece através da restauração dos direitos políticos e civis, usurpados pelos regimes autoritários, bem como de todos os direitos humanos na perspectiva da consolidação da sociedade civil e da construção da cidadania.

No entanto, alguns países, em especial alguns da América Latina, apresentam fortes problemas no que tange ao modelo democrático de representatividade e de governança. Observa-se a não identificação entre população e representação política, enfraquecendo o papel dos partidos políticos.

A recente história política da América Latina revela ainda uma instabilidade político-institucional e que evidencia constantes questionamentos da legitimidade dos governantes como vem acontecendo na Venezuela, no México, na Bolívia e no Equador. Houve, nos últimos 30 anos, importantes avanços na política com o fim dos regimes militares e com a reinstalação dos processos eleitorais. Porém, a política econômica adotada, sob a égide da doutrina neoliberal, deixa determinada parcela da população na exclusão social e baixo da linha de pobreza.

Conforme questiona Boaventura,

nós, durante muito tempo, pensamos e estudamos muitos as transições do capitalismo para o socialismo, do feudalismo para o capitalismo, da ditadura para a democracia. Estaremos nós, neste momento, na transição da democracia para a ditadura? Uma ditadura diferente, diferente das outras que nos precederam, que não envolve militares, que até pode envolver a pluralidade de partidos, mas que de qualquer maneira não é uma democracia, de tão desfigurada (que está)? (2016).

Mas o que é democracia? Para o sociólogo Giddens (2005), o conceito de democracia está ligado a ideia de Estado, sociedade e Governo. Nesse sentido, significa “um sistema político no qual quem governa é o povo”, isto é, um sistema político mais capaz de assegurar a igualdade política, de proteger a liberdade e os direitos, de defender o interesse comum, de satisfazer às necessidades dos cidadãos, de promover o autodesenvolvimento dos cidadãos e que leve em consideração os interesses de todos (Giddens).

Entretanto, a democracia pode se apresentar em diferentes formas, como a democracia participativa (ou democracia direta) em que as “decisões são tomadas em comunidade por aqueles que são afetados por elas”, que tem por base o modelo grego de democracia. Nos Estados modernos este modelo é atingido em pequenas comunidades ou “reuniões municipais”. Contudo, formas plebiscitárias ou referendos podem expressar a opinião do povo a respeito de questões específicas; e a democracia representativa, na qual as decisões são tomadas pelos cidadãos eleitos pelo conjunto da comunidade, seja em nível nacional, regional, estadual ou local. A forma mais conhecida é a democracia liberal representativa. (PETRY, 2008).

No entanto, a partir da incapacidade do sistema político de alguns países de representar os cidadãos na prática efetiva da governança global, hoje a democracia sofre constante transformação. O processo de consolidação da democracia política, embora fortalecido por algumas Constituições, como a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, apresenta-se enfraquecida devido aos altos níveis de desigualdade, bem como distanciamento entre a sociedade e o governo, por conta do sistema representativo.

Observa-se que modelos democráticos de alguns países, como a Venezuela, Bolívia e Equador, têm tentado responder à crise de representatividade, por meio da ampliação do uso de instrumentos de democracia participativa, no sistema de governo. No entanto, na América Latina, neste início do século XXI, inicia um processo de redemocratização através de movimentos sociais e populares que buscam sua identidade social, cultural e político-ideológica. Como exemplo, Exército Zapatista de Libertação Nacional do México (EZLN), o Movimento de Trabalhadores Rurais Sem Terra do Brasil (MST), o Bolivarianismo na Venezuela, o Movimento

ao Socialismo dos povos indígenas da Bolívia (MAS), e o Grito dos Excluídos (iniciado no Brasil e com adesões latino-americanas), entre outros.

A recente história política da América Latina revela ainda uma instabilidade político-institucional e que evidencia constantes questionamentos da legitimidade dos governantes como vem acontecendo na Venezuela, no México, na Bolívia, no Equador e recentemente na Argentina e no Brasil (PETRY, 2008).

Esses recentes episódios – governantes se afastando de seu programa de campanha - demonstram uma frustração de grandes segmentos da população com relação ao atendimento de demandas por parte dos governos. (PETRY, 2008). Para Egundo Ghiozzini, “São problemas de governabilidade bastante graves e tem a ver com uma certa impermeabilidade das elites e das próprias instituições democráticas com relação às expectativas da população” (2005), que resultam no enfraquecimento dos direitos humanos (saúde, educação, entre outros), e ensejando a necessidade de sua maior promoção.

Para Boaventura, esse enfraquecimento democrático resulta da separação entre democracia e revolução. A revolução e o reformismo desapareceram do século XXI. Ainda que parecessem diferentes, segundo o autor, os dois sempre foram os dois lados de uma mesma moeda:

o grande acontecimento e grande equilíbrio das lutas de esquerda foi que contrapusemos totalmente esses dois modelos. De um lado, revolucionários. De outro lado, reformistas. Ainda metemos uns contra os outros. Às vezes, hostilizamos mais uns aos outros do que hostilizamos nossos inimigos. Com muito sectarismo e muito dogmatismo. [...] Quando se tentou fazer uma união, ela fracassou. Essa união foi dolorosamente tentada por Salvador Allende e, obviamente, teve que ser liquidada – foi liquidada! – pelo imperialismo norte-americano, em 1973. O que eu quero dizer é que esses dois modelos se pertenciam e quando perdeu-se um, perdeu-se o outro. Por isso que nós hoje, no princípio do século XXI não temos, nem revolução na agenda política, nem a democracia. E por isso temos essa dupla crise (2016).

Assim, Boaventura conclui que sua proposta é voltar a unir a revolução e a democracia. “É uma exigência muito grande porque nós temos que democratizar a revolução e revolucionar a democracia”, explica ele. O sociólogo diz que a separação entre a revolução e a democracia aconteceu em janeiro de 1918, quando a Assembleia Constituinte russa foi dissolvida como forma de ajudar Lênin chegar ao poder. A decisão criou a cisão entre revolução e democracia, que nunca mais se juntaram. (2016).

Mas, enfim, o que significa democratizar a revolução, como diz Boaventura?

Os fins nunca justificam os meios. Nós usamos muitas vezes meios contrarrevolucionários para fazer avançar a revolução. Não há uma forma só de emancipação social. A luta de classes é também a luta [contra racismo], a luta contra a discriminação sexual, a dominação sempre

conjunta entre capitalismo, colonialismo e patriarcado. Foi uma grande ilusão do pensamento crítico pensar que o colonialismo tinha terminado quando as independências vieram. Não. Ele mudou de forma. Vivemos em sociedade coloniais, com imaginários pós-coloniais. Por isso que há racismo, por isso que os jovens afrodescendentes morrem nas cidades do Brasil, como morrem nas cidades dos Estados Unidos, onde grande parte da juventude está encarcerada. É por isso que no vosso país tanta mulher morre. [...] O capitalismo não existe sem colonialismo e patriarcado. O grande problema dos movimentos sociais é que se dividiram e nenhum pensou que era preciso lutar contra os três. Eles atuam sempre em conjunto". (2016).

Além disso, a democracia é responsável pela concretização dos direitos humanos, pois parte-se da análise da compatibilidade entre tais políticas e o sistema constitucional de proteção aos direitos fundamentais e, nesse contexto, pode-se depreender que as políticas públicas definidas legislativamente, num espaço de democracia participativa, devem otimizar os mandamentos constitucionais fundamentais, favorecendo a sua aplicabilidade imediata e impondo aos poderes públicos a impossibilidade de retrocesso social em termos daquilo que já foi alcançado e o dever de progresso para alcançar novas possibilidades de concretização.

O papel fundamental dos direitos humanos, conforme ressalta Boaventura, concentra-se na busca da dignidade humana. Embora a origem eurocêntrica, cristã, colonialista, racista, individualista e liberalista dos direitos humanos, o autor propõe uma leitura contra-hegemônica deles. Afinal, os direitos humanos, criados por grupos historicamente opressores, podem ser uma ferramenta de emancipação dos grupos historicamente oprimidos. Os direitos coletivos apresentam-se como forma de garantir definitivamente, a todos os grupos sociais, os direitos individuais, um Estado social, que não viole as garantias civis e políticas, mas que suporte as garantias sociais, econômicas e ambientais. A continuidade dos direitos humanos, mesmo com a descontinuidade de regimes políticos, o direito à verdade, à memória e à justiça de transição. A proteção à dignidade humana sem exclusão de determinados humanos, incondicionalmente; a proteção à dignidade expandida além da espécie humana. O reconhecimento da diferença (novamente ante o eurocentrismo que se pretende fazer universal), valorizando-a, mas não a valorando; a busca por uma humanidade diversa e justa, e não hegemônica. A vitória da humanidade sobre o desenvolvimentismo e o neocolonialismo. (CHAUI, 2013).

Assim, ao Estado, através de seus sistemas políticos, cumpre fins constitucionalmente determinados e deve organizar-se racional e eficazmente para cumpri-los. Daí a sua natureza processual e dinâmica. Seus limites, diretrizes, possibilidades e funções institucionais estão todos vinculados ao fortalecimento dos laços de solidariedade social. Porém, compreendê-lo em sua essência, é compreendê-lo como o móvel das aspirações políticas, sociais, culturais, econômicas e normativas do povo. Ele se concretiza através do novo marco teórico e filosófico

do constitucionalismo solidário, alcançando o que passamos a denominar Estado Constitucional Solidarista. A ausência de políticas públicas concretizadoras dos direitos fundamentais importam em omissão inconstitucional sujeita a controle judicial.

Conforme destaca Petry, em decorrência da crise democrática na América Latina, um número significativo de sujeitos perde progressivamente seus atributos de cidadania e de direitos: “não tem trabalho, vive em áreas marginais, sente-se excluído das instituições, não tem acesso à saúde, não está conectado com o progresso das redes de comunicação etc”. (2008). Foi nas populações latino-americanas, pós os regimes ditatoriais e militares, que houve o maior desrespeito dos Direitos Humanos. Parte das populações foram privadas de alimentação, de saúde, de educação e de habitação:

Quase todos os países da América Latina, como região de influência e de controle norte-americanos e essencialmente fornecedora de matérias-primas, governados por ditaduras militares ou por frágeis democracias, desrespeitaram os direitos humanos de modo explícito durante a ‘guerra fria’, em nome da ‘doutrina de segurança nacional’ (PETRY, 2008).

E foi somente a partir da Revolução de maio de 1968 que os movimentos sociais ganharam campo e percebeu-se a necessidade de vencer as ditaduras e de lutar pela redemocratização os países latino-americanos.

No entanto, após 50 anos da Revolução de 68, que resultou, em dúvida, em importantes avanços, reconhecendo-se seus méritos e conquistas pela luta dos direitos humanos, muito ainda falta a se fazer. Grande margem da população brasileira, por exemplo, vive na linha da pobreza e na exclusão social. Segundo dados do IBGE, 50 milhões de brasileiros vivem nessa situação (IBGE, 2017).

Desse modo, acredita-se que a partir dos movimentos sociais é possível se construir uma redemocratização dos sistemas políticos, que sejam baseados numa representatividade participativa e na educação em direitos humanos e que resultem na criação de políticas públicas voltadas a erradicação da pobreza e da exclusão social.

3. TIPOS DE DEMOCRACIA

A democracia pode ser classificada em três tipos: a) direta; b) representativa; c) semidireta, mista ou participativa. Embora, ressalte-se, haja outras teorias de classificação da democracia, estas são as mais usuais e de arguição majoritária na literatura das ciências políticas e jurídicas. (FONSECA, 2009).

Segundo Aristóteles (apud MORAES, p. 3 e 4), a Democracia Direta é aquela na qual o povo, reunido diretamente, discute e decide todos os assuntos da vida política (legisla, administra e julga). Um exemplo é a democracia ateniense que se caracterizava em um regime de igualdade tanto quanto de liberdade, e mais de liberdade coletiva do que individual.

A Democracia Representativa ou indireta é a modalidade pela qual, o povo, titular do poder, não o exerce diretamente, o exercício deste se dá por intermédio de representantes desse povo, eleitos para agirem em seu nome, investidos e legitimados na soberania popular. Para o autor na Democracia Semidireta, mista ou participativa, é caracterizada pela existência concomitante dos expedientes procedimentais previstos tanto na democracia representativa quanto na direta, ou seja, possui mecanismos de exercício de poder por representação, bem como, pelo titular deste, o povo.

As duas primeiras modalidades, hodiernamente são insustentáveis. A Democracia Direta resta inviabilizada ante o grande número populacional que se tem nos Estados, considerando-se que nesse modelo, todos devem participar das decisões políticas de cunho legislativo, executivo e judicial.

Enquanto que a Democracia representativa encontrou seu fracasso em seu próprio fundamento, a pura e simples representação do povo, vez que esses indivíduos que deveriam ser representantes do detentor da soberania, após serem investidos no poder, recebendo a legitimação através da outorga de poder, demonstraram-se manipuláveis e/ou defraudados, agindo e decidindo com base em vontades economicamente dirigidas ou particulares, em contraposição à vontade popular dos representados. (BONAVIDES, 2001, p. 51)

Para Blondiaux afirma que:

As democracias contemporâneas buscam um novo espírito, novos fundamentos. As formas clássicas de representação política sobrevivem, mas a sua legitimidade se minuda e sua eficácia declina. O poder das instituições representativas está roído por toda a parte, a sua autoridade descaída e sua capacidade de impor soluções diferenciadas fortemente erodida. (2008, p. 5).

Nesse interim, a democracia participativa é a que tem por ideal ao atingimento da essência desse regime político, o “governo do povo” exercido pelo “povo” na fruição de sua soberania popular, com um envolvimento profundo nas decisões políticas que norteiam a sociedade na qual estão inseridos, esta modalidade democrática prevê institutos da democracia representativa e outros da democracia direta, através dos quais essa atuação do povo é juridicamente viabilizada com a instituição de meios aptos a tal intento. Contemporaneamente, a participação ainda é tímida, o despertar da nação ao seu poder e soberania, com vistas

à profícua realização da essência democrática, é o que se espera.

A democracia participativa representa, portanto, sob o olhar crítico de Paulo Bonavides, que é ao mesmo tempo pessimista em relação ao presente e otimista quanto à possibilidade de reversão do atual desenho institucional brasileiro para as gerações futuras, um ideal “[...] que ultrapassa, de uma parte, a malignidade autocrática do presidencialismo, doutra a instabilidade anárquica do parlamentarismo”. (BONAVIDES, 2008, p. 290). A ampliação da participação popular nas esferas decisórias de poder possui, na lógica proposta ao Direito Constitucional de terceira geração, “[...] dose bastante de autoridade legítima com que pôr termo às crises institucionais que flagelam a república federativa desde sua fundação”. (BONAVIDES, 2008, p. 290).

4. A DEMOCRACIA PARTICIPATIVA COMO FORMA PARA O EXERCÍCIO DA DEMOCRACIA

A democracia participativa se apresenta como uma evolução da democracia originária, aquela grega das reuniões na ágora, mas não deve ser confundida com a democracia direta, tendo em vista que é classificada como semidireta – com vocação e disposição de avançar ao ideal democrático da democracia direta, onde o povo é quem pratica os atos de direção, delineamento normativo e julgamento dentro do Estado ao qual pertencem, embasado na soberania popular – mas, que mantém em sua estrutura as normativas da democracia representativa.

Sell entende que democracia participativa vem a ser:

[...] um conjunto de experiências e mecanismos que tem como finalidade estimular a participação direta dos cidadãos na vida política através de canais de discussão e decisão. A democracia participativa preserva a realidade do Estado (e a Democracia Representativa). Todavia, ela busca superar a dicotomia entre representantes e representados recuperando o velho ideal da democracia grega: a participação ativa e efetiva dos cidadãos na vida pública. (2006, p. 93).

Numa análise comparativa Beçak (2017, p. 32), afirma que o diferencial da democracia participativa, face à modalidade representativa, reside na possibilidade de a população influir, diretamente, quando provocada, a respeito de determinada matéria, valendo-se dos instrumentos possíveis nesse regime de governo participativo.

A ideia de participação dá uma noção mais concreta à democracia representativa, pois a oportunidade de envolvimento na vida política por parte do povo não se restringirá somente ao momento da eleição. Será mantida a participação representativa, inerente ao princípio

representativo eleitoral, através do qual o indivíduo eleito agirá em nome do povo que o elegeu. Enquanto que o princípio participativo se consubstancia na formação dos atos de governo através da participação direta e pessoal dos cidadãos. (SILVA, 2005, p. 141).

Lambertucci comentando a participação social afirma que:

[...] amplia e fortalece a democracia, contribui para a cultura da paz, do diálogo e da coesão social e é a espinha dorsal do desenvolvimento social, da equidade e da justiça. Acreditamos que a democracia participativa revela-se um excelente método para enfrentar e resolver problemas fundamentais da sociedade brasileira. (LAMBERTUCCI, 2009, p. 71).

Tem no âmago de seu surgimento a pretensão de substituir e reparar os danos causados ao Estado através da democracia representativa, pela experimentação do cometimento de arbitrariedades, falhas, erros, pelos representantes eleitos, subjetivamente motivados ou por negligência, considerando isso como resultantes do sistema de representação política, agregando-o a diversos outros fatores éticos, morais e sociais negativos, que se desnudam em obstáculos ao exercício do ideal democrático. (SANTANA, 1995, p. 141).

O povo passa a ter um papel ativo na democracia semidireta – rompendo com o mero papel de legitimador da representatividade inerente ao modelo democrático indireto que o limita à ínfima participação na vida política do Estado por via do sufrágio – com a possibilidade de fazer uso do poder soberano emanado de si, diretamente. Mas quem é o povo? Quem é este que legitima a atuação de indivíduos que são levados à condição de seus representantes nas esferas políticas?

Possui raiz etimológica no latim, com o termo *populum* – palavra utilizada para se referir aos habitantes de determinada região – na concepção sociológica corresponde à congregação de diversos grupos de pessoas que ocupam um território delimitado e que considerados em unidade constituem uma nação. Trata-se, portanto, da totalidade de indivíduos que compõem a comunidade, o Estado.

Não obstante, em sede de consideração jurídico-democrática, povo, corresponde ao grupo indivíduos de determinada nação, aptos aos exercícios de seus direitos políticos em plenitude – denominados cidadãos – embora a acepção conceitual da palavra abranja a todos os indivíduos, a regulação normativa, restringe quem poderá exercer ativamente a soberania popular.

Na visão de Kelsen (2000, p. 36-38), considera o povo como uma conglomeração de indivíduos seria ingenuidade, pois afirma que somente pode ser considerado como uno sob uma perspectiva jurídica, em que há uma unidade normativa ante a submissão de todos ao mesmo

ordenamento jurídico estatal.

Assim, o povo, se consubstancia em um “sistema de atos individuais, determinados pela ordem jurídica do Estado”, e a unidade que se busca é a do povo como objeto de poder. Ressaltando a diferença entre o povo definido pelo conjunto de indivíduos submetidos a uma mesma ordem jurídica e o povo que participa da vida política intervindo na criação das regras jurídicas tornando-se sujeito de poder.

Avançando no raciocínio, constata-se a realidade de que muitos são os detentores dos direitos políticos – sujeitos de poder – entretanto, não são todos esses os que os exercem efetivamente tais direitos, ou seja, aqueles que participam da vida pública e política, formando a vontade comum. Isso desponta na educação e no interesse político da sociedade.

Na visão de Müller, o povo que compreende a totalidade dos eleitores de um determinado estado, é tido como “povo ativo”, enquanto que o povo na concepção de destinatários das prescrições de regulação da vida social – justificadores do ordenamento jurídico instituído – e, de quem se emana o poder – que é exercido pelo Estado por encargo no âmbito de “responsabilidade e atribuição” – é identificado “povo como instância global de atribuição de legitimidade”. (2003, p. 100).

Respondendo ao questionamento “Quem é o Povo?”, Müller afirma:

Não se trata, no tocante à pergunta pela ação, de “massas” das espécies de textos de agitação, não se trata de um proletariado revolucionário escatológico, que é colocado em prontidão; não se trata de um exército paralelo de guerrilheiros. Trata-se de “*todo*” o povo dos generosos documentos constitucionais; da população, de todas as pessoas, inclusiva das (até o momento) sobre integradas e das (até o momento) excluídas: *trata-se do povo enquanto destinatário das prestações estatais* negativas e positivas, que a cultura jurídica respectiva já atingiu. (2003, p. 100).

Essa concepção Kelseniana justifica o porquê de haver indivíduos e cidadãos dentro de uma sociedade, aqueles se revelam no povo submetido a um mesmo ordenamento jurídico, enquanto esses qualificam-se como a parcela de indivíduos dessa sociedade que detém direitos políticos e, por conseguinte se estabelecem sujeitos de poder, aptos a exercerem os atos de participação política formadores da vontade geral.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O advento da Constituição Federal de 1988, como referido, marcou o constitucionalismo no ordenamento jurídico brasileiro e modificou a forma de examinar o sistema jurídico, uma vez que todos os seus subsistemas passaram a ser analisados e interpretados conforme as

disposições constitucionais. Com efeito, como é cediço, as normas constitucionais fundamentam a compreensão de todas as regras e princípios infraconstitucionais no intuito de conceder unidade ao ordenamento jurídico no Estado Democrático de Direito.

O fato originário da inclusão da norma como direito fundamental foi a vedação da autotutela por parte do Estado, tendo em vista a dificuldade de alcance da justiça quando a solução dos conflitos se realizava pelos próprios litigantes. A temática do acesso à ordem jurídica justa constitui, desse modo, o mais básico dos direitos humanos, de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir os direitos de todos e a democracia, em busca da consolidação da sociedade civil e da construção da cidadania.

Nesse contexto, verificou-se, ainda, que a democracia sofreu e sofre constante transformação. O processo de consolidação da democracia política, embora fortalecido por algumas Constituições, como a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, apresenta-se enfraquecida devido aos altos níveis de desigualdade, bem como distanciamento entre a sociedade e o governo, por conta do sistema representativo. Essa instabilidade político-institucional evidencia constantes questionamentos da legitimidade dos governantes.

Além disso, observa-se que a democracia é responsável pela concretização dos direitos humanos, pois parte-se da análise da compatibilidade entre tais políticas e o sistema constitucional de proteção aos direitos fundamentais e, nesse contexto, pode-se depreender que as políticas públicas definidas legislativamente, num espaço de democracia participativa, devem otimizar os mandamentos constitucionais fundamentais, favorecendo a sua aplicabilidade imediata e impondo aos poderes públicos a impossibilidade de retrocesso social em termos daquilo que já foi alcançado e o dever de progresso para alcançar novas possibilidades de concretização.

No entanto, vários países da América Latina, como citado, desrespeitaram os direitos humanos, de modo explícito, principalmente durante a guerra fria. Em decorrência, verifica-se a necessidade de lutar contra a ditaduras na América Latina e suas heranças culturais, arraigando-se na questão da justiça e dos direitos humanos. Consolida-se, assim, os movimentos em prol dos direitos humanos e na luta pela redemocratização dos países latino-americanos populares.

A partir de tal contexto, reconhece-se, portanto, grandes conquistas e avanços na luta pela redemocratização. No entanto, ainda falta muito a ser feito, em especial no que refere-se ao mínimo existencial à exclusão social, o que poderá melhor alcançado através de políticas

publicas em prol do reconhecimento da dignidade humana.

Nesse sentido, o Estado Democrático de Direito, fundado no princípio da soberania popular, impõe a efetiva participação do povo nas decisões políticas, participação que não se exaure na mera formação das instituições representativas. Estas constituem um estágio da evolução do Estado Democrático, mas não o seu completo desenvolvimento. A democracia estritamente representativa não encontra mais legitimidade no Estado contemporâneo, especialmente no Brasil, onde por vezes se verifica a insatisfação dos representados em razão do comportamento dos seus representantes.

A Constituição Federal de 1988, além de reafirmar o modelo democrático representativo concretizado pelo voto, garante aos indivíduos o exercício direto do poder através de diversos institutos, dentre eles a participação popular como pressuposto fático do Estado Democrático de Direito. A participação popular é a efetiva manifestação direta da soberania popular, através desses espaços democráticos, para a efetivação do Estado Democrático de Direito, nos parâmetros estabelecidos pelo modelo da democracia participativa.

No entanto, o povo não pode ficar adstrito a se fazer presente somente nas eleições obrigatórias, mas é necessária uma efetiva participação popular na realização das atividades estatais. É imperioso que seja concretizada a democracia participativa, a fim de fazer valer a soberania popular, extraindo da Constituição todas as vontades do verdadeiro titular do poder — o povo. Em respeito ao princípio democrático, nos termos da Constituição, é imprescindível constituir uma verdadeira democracia participativa, pluralista, que seja a garantia geral da vigência e eficácia dos direitos fundamentais.

Ao modelo de democracia imposto, portanto, faz-se necessário uma interpretação extensiva de seu conceito, repensando suas bases numa política mais geral de integridade, comunidade, igualdade fraternidade e liberdade, como melhor forma de efetiva participação popular do cidadão, fazendo valer a soberania popular de forma sincera, de retirar dos dispositivos da Constituição Federal todas as vontades do verdadeiro titular do poder para que este o exerça na sua plenitude com os mecanismos da democracia direta, caminhando assim para uma verdadeira e efetiva democracia participativa.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ABREU, Pedro Manoel. **Acesso à justiça e juizados especiais**: o desafio histórico da consolidação de uma justiça cidadã no Brasil. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

- ABREU, Pedro Manoel. **O processo jurisdicional como um locus da democracia, pelo viés da participação**. São Paulo: Conceito Editorial, 2011, v. 3. (Coleção Ensaios de Processo Civil).
- ARISTÓTELES, 1999, p. 3-4, apud MORAIS, José. **Alfabetizar para a Democracia**, [s.ed.].
- ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- BEÇAK, Rubens. (2014). **Democracia: hegemonia e aperfeiçoamento**. [Minha Biblioteca]. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502213241/>> Acessado: em 21 jun. 2017.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- BEZERRA, Paulo César Santos. **Acesso à justiça: um problema ético-social no plano da realização do direito**. São Paulo: Renovar, 2001.
- BLONDIAUX, Loïc. **Le nouvel esprit de la démocratie: actualité de la démocratie participative**. France: Seuil, La République des Idées, 2008.
- BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. 12. ed. Brasília: UNB, LGE, 2004.
- BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 10.ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2001.
- BONAVIDES, Paulo. **Teoria constitucional da democracia participativa (por um direito constitucional de luta e resistência, por uma nova hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade)**, 2008.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil (1988)**. Brasília: Senado Federal, 2017.
- BRASIL. Lei 9.709/98, de 18 de novembro de 1998. Regulamenta a execução do disposto nos incisos I, II e III do art. 14 da Constituição Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9709.htm> Acesso em: 20/07/2017.
- CALMON DE PASSOS, J.J. Instrumentalidade do processo e devido processo legal. **Revista de Processo**, São Paulo, RT. n. 102, ano 26, abr./jun. 2001.
- CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Trad. de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008.
- CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. **Acesso à justiça: juizados especiais cíveis e ação civil pública: uma nova sistematização da teoria geral do processo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional Didático**. 8. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.
- CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. **O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova Constituição do Brasil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1989, p. 380.
- CHAUÍ; MARILENA; SANTOS, Boaventura de Souza. **Direitos Humanos, Democracia e**

Desenvolvimento. São Paulo: Cortez, 2013.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo.** 17. ed. São Paulo: RT, 1998.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Garantia do processo sem dilações indevidas.** In: _____ (Org.). *Garantias constitucionais do processo civil.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

DINAMARCO, Cândido Rangel; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini: **Teoria geral do processo.** São Paulo: Malheiros, 1998.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Do processo legislativo.** 5.ed.São Paulo: Saraiva, 2002.

FINLEY, Moses I. **Democracia antiga e moderna.** edição revista. (Tradução de Waldéa Barcellos, Sandra Bedran). Rio de Janeiro: Graal,1988.

FONSECA, Jumária Fernandes Ribeiro. **O Orçamento Participativo e a Gestão Democrática de Goiânia.** Dissertação (Mestrado em Desenvolvimento e Planejamento Territorial). Programa de Pós-Graduação em Desenvolvimento e Planejamento Territorial da Universidade Católica de Goiás. Goiânia, 2009. Disponível em: <<http://tede2.pucgoias.edu.br:8080/handle/tede/2861>>

GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira. **O processo nos juizados especiais cíveis estaduais, federais e da Fazenda Pública.** 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2015.

GARCIA, Alexandre Navarro. Democracia semidireta: referendo, plebiscito, iniciativa popular e legislação participativa. **Revista de informação legislativa.** Senado Federal. Brasília a. 42, n. 166, abr.-jun. 2005.

GHIOZZINI, Daniel (2005). **América Latina em ebulição.** Disponível em: <http://www.comciencia.br/reportagens/> Acesso em: 17 de abr. 2018.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **O acesso à justiça no ano 2000.** In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). *O processo civil contemporâneo.* Curitiba: Juruá, 1994.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **O processo constitucional em marcha e as garantias constitucionais do direito de ação.** São Paulo: Max Limonad, 1985.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **O processo em evolução.** Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1996.

HESPANHA, Benedito. **Tratado de teoria do processo.** Rio de Janeiro: Forense, 1986, v. 1.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Estatísticas da Pobreza - Grupo de Especialistas.** Disponível em: https://ww2.ibge.gov.br/home/estatistica/pesquisas/pesquisa_resultados.php?id_pesquisa=125 Acesso em: 05 abr. 2018.

KELSEN, Hans. **A Democracia.** 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do Estado.** Trad. Luís Carlos Borges. 4. ed.São Paulo: Martins Fontes, 2005. Título original: *General theory of law and state*)

LAMBERTUCCI, Antonio Roberto. **A participação social no governo Lula**. In: AVRITZER, Leonardo (org.). Experiências nacionais de participação social. São Paulo: Cortez, 2009.

LIMA, Maria Rosynete Oliveira. **Devido processo legal**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999.

LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto (Org.). **Constituição, democracia, poder judiciário e desenvolvimento**: estudos em homenagem a José de Albuquerque Rocha. Florianópolis: Conceito, 2008.

LINHARES, Emanuel Andrade, SEGUNDO, Hugo de Brito (orgs.). **Democracia e Direitos Fundamentais**. Atlas, 04/2016. [Minha Biblioteca] Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597006575/>> Acessado em 10 jun. 2017

MIRANDA DE OLIVEIRA, Pedro. Concepções sobre acesso à justiça. In: SOUZA LIMA, Fernando Rister de; MARTINS PORT, Otávio Henrique; LIMA DE OLIVEIRA, Rafael Sérgio. (Coord.). **Poder Judiciário, direitos sociais e racionalidade jurídica**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

MONTESQUIEU. **O Espírito das Leis**. Tradução: Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2003.

MOREIRA ALVES, José Carlos. **Direito romano**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

MÜLLER, Friedrich. **Quem é o povo? A questão Fundamental da Democracia**. (Traduzido por Peter Naumanm). 3ª Ed. Revista e Ampliada. São Paulo: Max Limonad, 2003.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

OLIVEIRA NETO, Francisco José de. **Estrita legalidade e atividade jurisdicional**. Itajaí: Univali, 2012. Disponível em: <<http://www.univali.br/ppcj/ebook>>. Acesso em: 23 mar. 2015.

PACTET, Pierre; MÉLIN-SOUCRAMANIEN, Ferdinand. **Droit Constitu-tionnel**. 23. ed. Paris: Dalloz, 2004.

PASSOS, J.J. Calmon de. Instrumentalidade do processo e devido processo legal. **Revista de Processo**. São Paulo, RT, n. 102, ano 26, abr./jun. 2001.

PASSOS, J.J. Calmon de. **O devido processo legal e o duplo grau de jurisdição**. São Paulo: Saraiva, 1981.

PETRY, ALMIRO. **A Democracia e os Direitos Humanos na América Latina**. Disponível em: http://www.projeto.unisinos.br/humanismo/al/dem_dirhum.pdf. Acesso em: 17 abr. 2018.

PORTANOVA, Rui. **Princípios do processo civil**. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

PORTO, Sérgio Gilberto. USTÁRROZ, Daniel. **Lições de direitos fundamentais no processo civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Trad. Vamirech Chacon. Brasília: Ed. UnB, 1981.

RECÁSSENS SICHES, Luís. **Estudios de filosofia del derecho**. Barcelona: Bosch, 1936.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. O referendun e a representação democrática no Brasil. **Revista de Informação Legislativa**. a. 23, n. 92, out.- dez. 1986.

RODRIGUES, Horácio Wanderlei. **Acesso à justiça no direito processual brasileiro**. São Paulo: Academia, 1994.

RODRIGUES, Horácio Wanderlei. **Acesso à justiça no Estado Contemporâneo**: concepção e principais entraves. In: SALES, Lília Maia de Moraes;

SANTANA, Jair Eduardo. **Democracia e Cidadania**: o referendo como instrumento de participação política. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

SANTIN, Janaína Rigo et al. Os problemas estruturais atuantes como limitadores dos princípios informadores dos Juizados Especiais Cíveis. Anais. **Encontro Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito**, Uberlândia, 2012. Florianópolis, Fundação Boiteux, 2012.

SANTOS, Boaventura de Souza. **Grandes Debates da Assembleia Legislativa**. Assembleia Legislativa do Rio Grande do Sul. Jun. 2016.

SELL, Carlos Eduardo. **Introdução à Sociologia Política**: política e sociedade na modernidade tardia. Petrópolis, RJ: Vozes, 2006.

SGARBI, Adrian. **O referendo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

SILVA, de Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. Atualizadores: Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho. 27. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 37 Ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2005.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. A garantia do devido processo legal e o exercício do poder de cautela no direito processual civil. **Revista de Processo**. São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 665, mar. 1991.

TORRES, Artur. Constituição, processo e contemporaneidade: o modelo constitucional do processo brasileiro. **Temas Atuais de Processo Civil**. Porto Alegre, ano 1, v. 1, n. 2, 2011, p. 50.

TORRES, Carlos A. **Education, Power, and Personal Biography**: Dialogues with Critical Educators. Nova York: Routledge, 1998.

TORRES, Carlos Alberto. **Democracia, Educação e Multiculturalismo**: dilemas da cidadania em um mundo globalizado. Trad. Carlos Almeida Pereira. Petrópolis: Vozes, 2001. (título original: Democracy, Education, and Multiculturalism)

O INDÍGENA NO PROCESSO JUDICIAL BRASILEIRO: PROBLEMA LINGUÍSTICO E EXCLUSÃO IDENTITÁRIA

Adriana Fasolo Pilati Scheleder¹

Cristiny Mroczkoski Rocha²

INTRODUÇÃO

Na América Latina, a partir do descobrimento, que foi uma construção do colonialismo, se estabeleceu uma civilização monodimensional, a qual se estendeu pelos tempos afora, como uma totalidade absolutamente intransigente e destrutiva. Nesse sentido, o filósofo mexicano Leopoldo Zea chamou a atenção para a destruição sistemática de povos e recursos considerados selvagens. Segundo ele, a América Latina sofreu a civilização não como forma de incorporar outros seres humanos e povos, mas como uma forma de dominar a natureza e, com ela, seres a quem a humanidade não era reconhecida.³

Portanto, desde a descoberta do Brasil pelos portugueses, que não pouparam o assassinato massivo dos nativos, tanto de modo direto como pelo fomento de conflitos intertribais já existentes, pode-se afirmar que a ideia de colonialidade⁴ ainda se faz existente.

Destaca-se que o Brasil, no âmbito da América Latina, se encontra em primeiro posto dentre os países com maior quantidade de povos indígenas (305), seguido pela Colômbia (102), Peru (85), México (78) e Bolívia (39). Contudo, pode-se dizer que população indígena no Brasil é pequena, tanto em números como em representatividade, pois segundo dados da CEPAL⁵

¹ Docente Titular da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo - UPF (1999), Doutora em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC (2015), Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - PUC/RS (2003) e Especialista em Direito Civil e Processo Civil pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS (1999). É advogada e professora de graduação e do PPGDireito da Universidade de Passo Fundo (1999), com ênfase nas linhas Jurisdição Constitucional, Democracia e Direitos Humanos, Sistemas de Justiça e Direito Imobiliário. E-mail: apilati@upf.br

² Mestra em Direito Público na UNISINOS. Especialista em Direito do Estado pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS) e em Direito Processual Civil pela Verbo Jurídico. Professora da Universidade São Francisco de Assis (UNIFIN), nas disciplinas de Teoria Geral do Processo, Direito Processual Civil III (Processo de Execução) e Direito Processual Civil IV (Tutelas Provisórias e Procedimentos Especiais). Professora nos cursos preparatórios para concursos públicos do CETEC e Andresan Concursos. Foi professora no Instituto de Desenvolvimento Cultural (IDC), nos Cursos Preparatórios ao Exame de Ordem e no curso de Pós-Graduação em Direito Processual Civil. Também atuou como pesquisadora no Grupo de Pesquisa vinculado ao CNPq " O processo civil contemporâneo: do Estado Liberal ao Estado Democrático de Direito". Advogada. Contato: cristiny.advogada@gmail.com

³ Conforme ZEA, Leopoldo. **A filosofia Americana como filosofia**. São Paulo: Pensieri, 1994.

⁴ Cabe indicar que a utilização da expressão *colonial* se refere ao poder que usa a ideia de raça, para manter uma escala de identidades sociais com o branco masculino no topo e os índios e negros em patamares inferiores.

⁵ CEPAL. **Los Pueblos indígenas en América Latina**. Disponível em: <http://www.cepal.org/es/infografias/los-pueblos-indigenas-en-america-latina>. Acesso em: 07 jun. 2018.

remontam a 900.000 o número de índios, o que representa apenas 0,5% da nossa população.

Ademais, tem-se que o país também desponta dentre aqueles onde há o maior número de povos indígenas que se encontram em perigo de desaparecimento físico ou cultural⁶, evidenciando a permanência dos sucessivos processos de exclusão, com inegável ligação ao próprio processo de colonização. Isso porque, os primeiros defensores dos índios, que desenvolveram os primeiros experimentos sociológicos na América, se deu no âmbito da colonização espanhola⁷. A manifestação oficial disso apareceu inicialmente no item 16 da Lei de Burgos, pelo qual “se ordena que os índios que tenham deficiente discríção e capacidade de contrair matrimônio e governar suas casas se unam de acordo com as leis da Igreja”. O item 4, da Declaração das Ordenanças sobre os índios de 1513, também aduz que alguns índios eram capazes de viver por si sós⁸.

Diga-se, também, que a influência do direito canônico na legislação das Índias também se deveu essencialmente à participação de teólogos e moralistas, juntamente com juristas e homens de governo na sua elaboração⁹. Elaborada no ano de 1537 pelo Papa Paulo III, a Bula *Sublimis Deus*, considerada a primeira encíclica social dirigida aos povos americanos, condenava os escravizadores de índios:

[...]fazendo uso da autoridade apostólica, determinamos e declaramos pelas presentes palavras que ditos índios, assim como todas as gentes que no futuro venham a chegar ao conhecimento dos cristãos, ainda que vivam fora da fé cristã, podem usar, possuir e gozar livremente e lícitamente de sua liberdade e do domínio de suas propriedades, que não devem ser reduzidos à servidão e que tudo que seja feito de outro modo é nulo e sem valor; igualmente declaramos que ditos índios e demais povos devem ser convidados a abraçar a fé de Cristo por meio da pregação da palavra de Deus e com o exemplo de vida boa[...].

Entretanto, em que pese a religiosidade dos portugueses, o conteúdo da norma não foi aplicado no nosso país. A população indígena foi escravizada, a fim de promover mão-de-obra ao colonizador, gerando um considerável número de embates e massacres.¹⁰ A partir de então, pode-se dizer que os povos indígenas que chegaram ao século XX no Brasil poderiam ser enquadrados, de modo simplificado, nos seguintes grupos: a) aqueles que se localizam em áreas muito pouco povoadas, conseguindo manter suas raízes culturais, desde que a área por eles ocupada não fosse de interesse dos povos envolventes (por exemplo os povos de áreas remotas

⁶ O Brasil aparece com o número de 70 de povos indígenas que se encontram em perigo de desaparecimento físico ou cultural. Em sequência aparece a Colômbia, com 35 povos, e por último a Bolívia, com 13 povos.

⁷ HANKE, Lewis. **La lucha por la justicia en la conquista de América**. Madrid: Istmo, 1988.p.133.

⁸ HANKE, op. cit., p.134.

⁹ COLAÇO, Thaís Luzia. Incapacidade indígena, tutela religiosa e violação do direito guarani nas missões Jesuíticas. Curitiba: Juruá, 2005.p.97.

¹⁰ ALMEIDA, Maria Regina Celestina de. **Os índios na história do Brasil**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2010, p.45 e ss.

da Amazônia); b) aqueles que ocupavam áreas de interesse econômico rural foram expulsos ou tiveram seus territórios muito reduzidos. Contudo, vários desse grupo permaneceram no ambiente rural, preservando “parcialmente” suas tradições; c) os que ocupavam áreas de interesse urbano foram dizimados, física, e sobretudo, culturalmente, em um processo denominado aculturação.¹¹

Dessa forma, o objetivo desse artigo é explorar o tratamento deferido aos considerados índios,¹² analisando o desenrolar da legislação brasileira nessa matéria e sobretudo o tratamento desses indivíduos no contexto do processo judicial brasileiro. Assim, passaremos pela questão do problema linguístico e da insuficiência do discurso dominante dos direitos humanos para a legitimação das demandas, que contribuem para a manutenção das desigualdades e somam-se a persistência da discriminação e desconsideração de convenções internacionais.

1. QUEM É O INDÍGENA? QUAIS SÃO OS SEUS DIREITOS?

O conceito de povo indígena ainda não possui uma determinação mundial.

Mesmo a Declaração da ONU sobre os Direitos dos Povos Indígenas de 2007 não contém um conceito definido em relação ao termo “povos indígenas”, havendo uma ideia predominante de que essa definição universal é desnecessária, sendo que, o entendimento comumente utilizado é o previsto por Martinez Cobo¹³:

“As comunidades, os povos e as nações indígenas são aqueles que, tendo uma continuidade histórica com as sociedades anteriores à invasão e precoloniais que se desenvolveram em seus territórios, consideram-se distintos de outros setores da sociedade que agora prevalecem nesses territórios ou em parte deles. Constituem setores não dominantes da sociedade e têm a determinação de preservar, desenvolver e transmitir a futuras gerações seus territórios ancestrais e sua identidade étnica com base de sua existência continuada como povo, de acordo com seus próprios padrões culturais, institucionais sociais e sistemas legal.” Ademais, Cobo assinala sobre a pessoa indígena: “Aquele que pertence a essas populações indígenas através da autoidentificação como indígena (consciência de grupo) e é reconhecido e aceito por essas populações como um dos seus membros (aceitação de grupo).¹⁴

¹¹ VITORELLI, Edilson. **Temas atuais do Ministério Público Federal**. Salvador: Editora Jus Podivm, 2015.p.503.

¹² Falamos em “considerados índios” pois há inúmeras decisões judiciais dos tribunais superiores brasileiros no sentido de ser dispensável a realização de perícia antropológica, podendo o juiz avaliar pelas provas constantes nos autos o grau de compreensão da conduta pelo índio. Nesse sentido, são exemplos, do Superior Tribunal de Justiça, a decisão no HC 30113, DJ 16.11.04; e do Supremo Tribunal Federal, a decisão do HC 85198, J. 17.11.05, na qual, embora se tenha dispensado a emissão do laudo antropológico, se garantiu ao índio o cumprimento da pena no regime de semiliberdade.

¹³ UNITED NATIONS. **The concept of indigenous peoples (workshop on data collection and disaggregation for indigenous peoples)**. Department of Economic and Social Affairs: New York, 2004. Ademais, importante elucidar que o autor foi Relator Especial da Subcomissão para a prevenção da Discriminação e Proteção das minorias na ONU.

¹⁴ BRAGATO, FERNANDA FRIZZO. *In* Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica: anuário do programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado/orgs. Lenio Luiz Strsck, Leonel Severo Rocha, Wilson Engelmann. Porto Alegre:

Contudo, passados séculos, ainda existe a figura estereotipada do índio: embriagados, ociosos, explorados por um cacique, que arrenda suas terras para os brancos agricultores. Há resistência no reconhecimento da condição humana do indígena e grande parte das terras reivindicadas se encontram nas mãos de produtores rurais. Esse ponto tem especial relevância, vez que um dos aspectos considerados fundamentais para a expressão sociocultural dos povos indígenas é o seu território.

Nas palavras de João Pacheco de Oliveira,¹⁵ devemos entender por terra indígena a unidade territorial definida juridicamente e criada por meio de *procedimentos administrativos*¹⁶, com vista a garantir a determinado grupo um espaço geográfico para uso e reprodução social. Assim, o território indígena é um espaço de acolhimento em que o indivíduo se encontra referido aos que o cercam. Esse conceito deve contrastar com o que compreendemos por propriedade privada, que corresponde a um espaço excludente e marcado pela nota da individualidade, conforme elucida Deborah Duprat.¹⁷

Atualmente, inúmeras são as demandas judiciais envolvendo a reivindicação de terras indígenas no Brasil¹⁸. Esse diagnóstico é, no mínimo curioso, porque desde 1934 as Constituições brasileiras garantem aos índios a propriedade de suas terras, conforme constava já no art. 129 (CF/1934): “Será respeitada a posse de terras de silvícolas que nelas se achem permanentemente localizados, sendo-lhes, no entanto, vedado aliená-las”.

Destaca Edilson Vitorelli que “o Brasil teve desde a sua independência 7 Constituições que alternam momentos de democracia, geralmente tímidos, com momentos de ditadura, usualmente sanguinária e coronelista.”¹⁹ Porém, foi somente em 1973 que se editou o ainda vigente Estatuto do Índio, através da Lei nº 6.001/73, que é a principal norma que regulamenta

Livraria do Advogado Editora; São Leopoldo: UNISINOS, 2014.p. 88.

¹⁵ OLIVEIRA, João Pacheco. Terras indígenas. In: LIMA, Antonio Carlos de Souza. *Antropologia e Direito: temas antropológicos para estudos jurídicos*. Rio de Janeiro/Brasília: Contracapa/LACED, 2012.

¹⁶ Esses procedimentos administrativos encontram-se previstos no Decreto nº 1.775, de 08/01/1996 e envolvem a identificação, delimitação, demarcação e registro das terras tradicionalmente ocupadas por índios (art. 231 da CFRB).

¹⁷ DUPRAT, Deborah. Terras indígenas e o Judiciário. In: BELLO, Enzo (org.). *Ensaio crítico sobre direitos humanos e constitucionalismo*. Caxias do Sul, RS: Educs, 2012.

¹⁸ A quantidade de demandas judiciais muitas vezes é colocada como motivo de escusa pelo governo brasileiro no atraso na solução dos conflitos indígenas, conforme se depreende da afirmação no Ministro da Justiça, José Eduardo Cardozo (2015), que afirmou que “o conflito judicial acaba sendo inevitável. Ele se projeta em várias etapas do processo de demarcação, seja contra ou a favor do processo”. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/DIREITO-E-JUSTICA/495749-EXCESSO-DE-PROCESSOS-JUDICIAIS-ATRASA-SOLUCAO-DE-CONFLITOS-INDIGENAS,-DIZ-MINISTRO.html> . Acesso em: 7 jun. 2018.

¹⁹ VITORELLI, Edilson. Op.cit., 2015.p.503).

a questão das terras indígenas.

Todavia, o referido diploma parte da ideia de que os povos indígenas deveriam ser “integrados à comunhão nacional”, ou seja, os “direitos” detinham caráter de transitoriedade²⁰. Não se reconheceu, portanto, os índios como indivíduos que já fazem parte da comunhão nacional, estimulando-se, mesmo que de modo velado, a extinção progressiva dos traços culturais diferenciados desse povo. Nesse mesmo sentido, no plano internacional, a Organização Internacional do Trabalho mantinha vigente a Convenção 107/507, que disciplinava a matéria “Concernente à proteção e integração das populações indígenas e outras populações tribais e semitribais de países independentes”. Essa convenção propugnava a integração progressiva dos povos indígenas na vida dos respectivos países, mesmo que vedasse medidas de “assimilação artificial dessas populações”. Seus vetores para a denominada integração eram: *i)* desenvolvimento da dignidade, *ii)* da utilidade social e *iii)* da iniciativa do indivíduo, o que demonstrava, já em um primeiro momento, a importância do trabalho como elemento de integração dos índios – poderiam passar da inutilidade à “utilidade social”. Veja-se, assim, que não se pode afirmar que o legislador brasileiro de 1973 estava atrás de seu tempo, contudo não estava a frente.

Com efeito, apenas na década de 80 a OIT passa a discutir um novo paradigma para o reconhecimento dessa identidade diferenciada dos indígenas, que veio a aparecer através do Convênio 169 da OIT. Posteriormente, também em âmbito internacional, em 2007, podemos falar na Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas.

Ademais, concomitantemente à discussão da Convenção 169 da OIT, foram inaugurados os trabalhos da Assembleia Nacional Constituinte de 1988 - seriamente criticada quanto a questão de representatividade.²¹ Em que pese isso, a Constituição editada trouxe significativos avanços nos direitos dos índios, que passaram a ser tratados como sujeitos dignos de reconhecimento diferenciado: o direito de serem índios e de permanecerem como tais. O texto

²⁰ Sobre o tema, FERNANDA FRIZZO BRAGATO, bem elucida que, até a adoção do Código Civil brasileiro de 2002, os índios eram classificados como relativamente incapazes – ideia essa que seguia a mesma tendência no resto do mundo. “*A condição indígena era reconhecida como uma situação transitória, um estágio na caminhada civilizatória, que poderia ir desde o estado de “isolados” até o estado de “integrados”. Nesse momento, os efeitos da tutela protetiva do Estado cessariam, ainda que persistissem alguns costumes e valores da tradição tribal. [...] a proteção ao indígena e seu reconhecimento só encontravam respaldo na necessidade de se impor um processo em direção ao “não índio”[...]*”. In Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica, op. cit., 2014.p. 91.

²¹ Reunida em 1º de fevereiro de 1987, sob a perspectiva de representação por gênero, possuía as mulheres absolutamente sub-representadas, contando com apenas 26 congressistas (4,6% do total); 11 membros afrodescendentes – pretos ou mulatos (2%), e *nenhum* indígena. Nesse sentido, ver: SOUZA, Celina de. Federalismo e descentralização na Constituição de 1988: processo decisório, conflitos e alianças. Dados – Revista de Ciências Sociais, v. 44, n. 3, 2001. p. 541.

também inovou ao prever a natureza originária do direito à suas terras, isto é, anterior ao próprio Estado brasileiro, independentemente de reconhecimento oficial.

Em 1990, também integrou ao nosso ordenamento a Convenção sobre os Direitos da Criança - adotada pela Assembleia Geral da ONU em 20 de novembro de 1989 e com entrada em vigor internacional em 2 de setembro de 1990. Essa Convenção foi assinada pelo Brasil em 26 de janeiro de 1990; aprovada pelo Congresso Nacional, por meio do Decreto Legislativo n.º 28, de 14 de setembro de 1990; ratificada em 24 de setembro de 1990. Entrou em vigor para o Brasil em 23 de outubro de 1990 e foi promulgada por meio do Decreto n.º 99.710, em 21 de novembro de 1990. Nota-se a grande celeridade de sua incorporação ao Direito brasileiro.

No art. 17, a Convenção declara que os Estados Partes reconhecem a importância da função desempenhada pelos meios de comunicação. Conforme bem assinala André de Carvalho Ramos²², dever-se-ia zelar para que a criança tivesse acesso a informações e materiais procedentes de diversas fontes nacionais e internacionais, especialmente informações e materiais que visem a promover seu bem-estar social, espiritual e moral e sua saúde física e mental. Para tanto, os Estados Partes deveriam incentivar os meios de comunicação a difundir informações e materiais de interesse social e cultural para a criança, bem como a produção e difusão de livros para crianças; promover a cooperação internacional na produção, no intercâmbio e na divulgação dessas informações e desses materiais procedentes de diversas fontes culturais, nacionais e internacionais; incentivar os meios de comunicação no sentido de, particularmente, *considerar as necessidades linguísticas da criança que pertença a um grupo minoritário ou que seja indígena*; e, finalmente, promover a elaboração de diretrizes apropriadas a fim de proteger a criança contra toda informação e material prejudiciais ao seu bem-estar.

Aqui, podemos dizer que há expressamente, e sem margem à dúvidas, a preocupação em considerar as minorias linguísticas, principalmente a da criança indígena.

Já no ano de 2004, se teve a internalização da Convenção 169 da OIT através do Decreto nº 5.051, que reforçou no âmbito interno a responsabilidade dos governos à proteção dos direitos e o respeito à integridade das comunidades (art. 2º), e que cabe a elas próprias definirem suas prioridades de desenvolvimento, inclusive a possibilidade de permanecer no estado em que se encontram, recusando políticas públicas que possam lhe atingir, mesmo de modo favorável – consoante art. 7º.²³ Contudo, a problemática reside na inutilização dessa

22 RAMOS, André de Carvalho. Curso de direitos humanos. São Paulo: Saraiva, 2014. p.181.

23 Art. 7º da Convenção 169 da OIT: “Os povos interessados deverão ter o direito de escolher suas, próprias prioridades no que

convenção pelos tribunais brasileiros, situação difícil de precisar, pois não há recusa explícita na sua aplicação, nem apontamento de vícios.

Em pesquisa realizada nos tribunais federais brasileiros,²⁴ que tratam de questões relativas aos povos indígenas, é possível encontrar apenas 2095 resultados que fazem referência à palavra “índio”, e apenas 125 que contêm as palavras “Convenção 169 da OIT” – sendo que nem todas tratam de questões indígenas. Dessas 125 decisões, apenas 18 são originárias do Supremo Tribunal Federal e 11 do Superior Tribunal de Justiça. Sendo essa a situação da Convenção 169 da OIT, norma internalizada, melhor não é o tratamento quanto à Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas.²⁵ Isto porque esse documento, em vários aspectos considerado mais avançado do que a Convenção, foi considerado como “soft law”²⁶ pelo STF no julgamento do caso “Raposa Serra do Sol”, não criando nenhum tipo de obrigação vinculante para o Estado brasileiro.

Portanto, o regramento que vigora “de fato” em relação aos índios nos tribunais brasileiros é o Estatuto de 1973.

1.1 Povos indígenas: legitimidade processual e representação

O processo envolvendo partes indígenas não pode deixar de considerar os direitos ínsitos a essa minoria. Sobre esse aspecto, impende reproduzir as disposições do art. 232 da Constituição Federal, acerca da legitimidade processual:

Art. 232. Os índios, suas comunidades e organizações são partes legítimas para ingressar em juízo em defesa de seus direitos e interesses, intervindo o Ministério Público em todos os atos do processo.

Ademais, também se aplicam aos problemas práticos as normas jurídicas de cada Código

diz respeito ao processo de desenvolvimento, na medida em que ele afete as suas vidas, crenças, instituições e bem-estar espiritual, bem como as terras que ocupam ou utilizam de alguma forma, e de controlar, na medida do possível, o seu próprio desenvolvimento econômico, social e cultural. Além disso, esses povos deverão participar da formulação, aplicação e avaliação dos planos e programas de desenvolvimento nacional e regional suscetíveis de afetá-los diretamente”.

24 Pesquisa realizada em 07 de jun. de 2018. Disponível em <https://www2.jf.jus.br/juris/unificada/>

25 ONU. Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas de 2007. Art. 26: 1. Os povos indígenas têm direito às terras, territórios e recursos que possuem e ocupam tradicionalmente ou que tenham de outra forma utilizado ou adquirido. 2. Os povos indígenas têm o direito de possuir, utilizar, desenvolver e controlar as terras, territórios e recursos que possuem em razão da propriedade tradicional ou de outra forma tradicional de ocupação ou de utilização, assim como aqueles que de outra forma tenham adquirido. 3. Os Estados assegurarão reconhecimento e proteção jurídicos a essas terras, territórios e recursos. Tal reconhecimento respeitará adequadamente os costumes, as tradições e os regimes de posse da terra dos povos indígenas a que se refiram.

26 Daniel Sarmiento ressalta sobre soft law: “O Direito pós-moderno pretende-se também mais flexível e adaptável às contingências do que o Direito da Modernidade. No novo modelo, ao invés de impor ou proibir condutas, o Estado prefere negociar, induzir, incitar comportamentos, o que torna o seu Direito mais “suave” (soft law)”. (In: Souza Neto, Cláudio Pereira de; Sarmiento, Daniel. Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p.202).

de Processo específico, sem olvidar a coerência e integridade do sistema.

Nesse sentido, à título exemplificativo, prevê o art. 1º do Novo CPC: “O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código”.

Com efeito, questões como a forma de autorização da Comunidade, a legitimidade das lideranças indígenas, etc., não podem ser resolvidas sem atenção aos ditames de que são reconhecidos aos índios “*sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições*”(art. 231, *caput*, CF). Significaria dizer, nas palavras de Helder Girão Barreto, que a instrumentalidade do processo não deve ser empeco à realização do comando constitucional.²⁷

Outrossim, em homenagem ao devido processo legal (art. 5º, LV, CF/88), as questões que versem sobre ilegitimidade e irregularidade de representação processual deverão ser sempre submetidas ao contraditório, e, se necessário, deve ser feito um laudo antropológico.

O laudo antropológico é o documento resultante de uma perícia antropológica. Uma perícia antropológica se torna exigência quando os fatos sociais, por sua complexidade, para serem compreendidos requererem um conhecimento especializado do saber antropológico, em estudo que evidencie um fazer antropológico, relatado os achados de um modo que resulte a demonstração da reconstrução do mundo social do grupo pesquisado, na perspectiva do grupo, com registros de sua cosmovisão, suas crenças, seus costumes, seus hábitos, suas práticas, seus valores, sua interação com o meio ambiente, suas interações sociais recíprocas, suas ordens internas, a organização grupal, fatores que geram concepção de pertencimento, entre outros. A perícia antropológica se impõe quando há a necessidade de se documentar a realidade e a verdade de fatos em torno, e.g., dos índios, quilombolas, ciganos, populações tradicionais, suas comunidades e organizações; quando os fatos sociais em torno desses grupos e comunidades necessitam ser interpretados na sua significação individual e na sua dinâmica social e coletiva; para interpretar e aplicar o Direito a essas comunidades e seus membros.²⁸

Ademais, diga-se que também haverá intervenção obrigatória do Ministério Público (MP) em todos os atos do processo, na forma de *custos legis* (fiscal da lei), consoante preceitua a última parte do referido art. 231 da CF/88.

Consoante predispõe a Carta Magna, ao Ministério Público, como função essencial à Justiça, cabe a defesa judicial dos direitos e interesses das populações indígenas (art. 129, V, CF/88). Porém, deve-se ter atenção a seguinte diferença: quando o MP atua na defesa judicial dos direitos indígenas (art. 129, V, CF), o faz na condição de parte (autor e réu) ou de terceiro

27 BARRETO, Helder Girão. Direitos indígenas: vetores constitucionais. Curitiba: Juruá, 2005. p.101.

28 MAIA, Luciano Mariz. Do papel da perícia antropológica na afirmação dos direitos dos índios. Disponível em: http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr6/documentos-e-publicacoes/artigos/docs_artigos/do_papel_da_pericia_antropologica_na_afirmacao_dos_direitos_dos_indios.pdf. Acesso em: 07 jun. 2018.

interessado (litisconsorte, assistente ou oponente); já quando intervém em todos os atos do processo, o faz na condição de *custos legis* (art. 231, última parte, CF/88). A distinção tem importância na medida das faculdades e ônus processuais.

Quanto à competência, certo é que as ações que envolvem disputa sobre direito indígenas devem ser propostas pelo Ministério Público Federal; aquelas que envolvem indígenas, mas não necessariamente direitos indígenas, são propostas pelos Ministérios Públicos dos Estados, e, em qualquer uma das situações, perante o Juízo competente. Essa parece ser a conclusão sugerida por José Afonso da Silva ao asseverar que “se a competência é da Justiça Federal, o Ministério Público legitimado é o *Ministério Público Federal*[...].”²⁹

Sem prejuízo de todo exposto, não podemos desprezar que, consoante já aludido, o art. 232 da Constituição outorga aos índios, suas comunidades e organizações legitimação processual para pleitearem em Juízo, *sem intermediação*, a defesa de seus direitos e interesses individuais ou coletivos. Quanto à esses, conforme ressalta Luiz Alberto David Araujo e Vidal Serrano Nunes Júnior, a representação deve ser atribuída ao líder da coletividade, embora ressaltem se tratar de “presunção de representação que pode ser desfeita, em caso de não conformidade com a realidade”.³⁰

2. O PROBLEMA LINGUÍSTICO E A EXCLUSÃO IDENTITÁRIA NO PROCESSO JUDICIAL BRASILEIRO: A NECESSIDADE DE UM OLHAR AO DIREITO ALIENÍGENA

O tratamento do índio, principalmente o tratamento processual, deve ser objeto de investigação. Para isso, deve-se dar especial atenção ao problema linguístico.

Muito embora não saibamos com exatidão o número de línguas indígenas na época da colonização, estudiosos apontam que seriam em torno de 1200 línguas diferentes.³¹ Contudo, certo é que, em termos históricos, os catequizadores jesuítas inicialmente tentaram aprender essas línguas, a fim de lhes transmitir o evangelho. Porém, a necessidade de fortalecimento do processo de colonização acabou por tornar a variedade linguística um óbice ao fortalecimento da identidade do território colonial. Sendo assim, no ano de 1757, publicou-se o documento

29 SILVA, José Afonso. Curso de Direito Constitucional Positivo. 20 ed. São Paulo: Malheiros, 2002.p.835.

30 ARAUJO, Luiz Alberto David. NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. Curso de Direito Constitucional. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2001.p.430.

31 Cf. RODRIGUES, Aryon Dall’Igna. Línguas Brasileiras: para o conhecimento das línguas indígenas. São Paulo: Edições Loyola, 1986.

denominado “Diretório dos Índios”³², que assim previa no seu item 6:

“Sempre foi máxima inalteravelmente praticada em todas as Nações, que conquistaram novos Domínios, introduzir logo nos povos conquistados o seu próprio idioma, por ser indisputável, que este é um dos meios mais eficazes para desterrar dos Povos rústicos a barbaridade dos seus antigos costumes; e ter mostrado a experiência, que ao mesmo passo, que se introduz neles o uso da Língua do Príncipe, que os conquistou, se lhes radica também o afeto, a veneração, e a obediência ao mesmo Príncipe. Observando pois todas as Nações polidas do Mundo, este prudente, e sólido sistema, nesta Conquista se praticou tanto pelo contrário, que só cuidaram os primeiros Conquistadores estabelecer nela o uso da Língua, que chamaram geral; invenção verdadeiramente abominável, e diabólica, para que privados os Índios de todos aqueles meios, que os podiam civilizar, permanecessem na rústica, e bárbara sujeição, em que até agora se conservavam. Para desterrar esse perniciosíssimo abuso, será um dos principais cuidados dos Diretores, estabelecer nas suas respectivas Povoações o uso da Língua Portuguesa, não consentindo por modo algum, que os Meninos, e as Meninas, que pertencerem às Escolas, e todos aqueles Índios, que forem capazes de instrução nesta matéria, usem da língua própria das suas Nações, ou da chamada geral; mas unicamente da Portuguesa, na forma, que Sua Majestade tem recomendado em repetidas ordens, que até agora se não observaram com total ruína Espiritual, e Temporal do Estado.”

Ou seja, indicava-se a existência de uma “língua Príncipe”, que seria a língua portuguesa, não se permitindo, de modo algum, a língua própria de suas nações, no intuito de tirar os povos da barbárie.

Destarte, esse processo de “integração” serviu para a dilapidação do patrimônio linguístico nacional, dirigido ao fomento do monolingüismo.³³ E, entendendo o direito ao patrimônio cultural linguístico³⁴ um desdobramento dos direitos culturais, já que sua concepção pressupõe a diversidade linguística e sua fruição, e tem por base a liberdade e a educação, sem dúvida a nossa perda foi lastimável.

Pode-se afirmar, aliás, que até hoje os prejuízos, principalmente quanto ao fator de reconhecimento estão diretamente ligados ao fomento do monolingüismo, que (continua) a contribuir para a massiva e permanente exclusão dessas minorias.

Nesse viés, Alessandro Pizzorusso³⁵ com clareza aborda acerca dos “direitos linguísticos”:

32 O Diretório dos Índios foi elaborado em 1755, mas só se tornou público em 1757. É um documento que expressa importantes aspectos da política indígena do período da história de Portugal e do Brasil denominado pombalino. Disponível em: http://nacaomestica.org/diretorio_dos_indios.htm. Acesso em: 22/04/2016.

33 Para maiores informações, ver: SOARES, Inês Virgínia Prado. Cidadania e direito à diversidade linguística: a concepção constitucional das línguas e falares do Brasil como bem cultural. Disponível em: <http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/anexos/33292-42442-1-PB.pdf>. Acesso em 02/04/2016.

34 O direito fundamental ao patrimônio cultural linguístico pode, também, ser analisado em duas dimensões: a) em uma vertente subjetiva, como direito do homem (ou do grupo que pertence) que pode ser invocado para limitar a atuação estatal; e b) em uma vertente objetiva, como direito à manutenção da língua e dos falares portadores de valor de referência cultural.

35 PIZZORUSSO, Alessandro. El Uso De La Lengua Como Objeto De Regulación Jurídica. In: Boletín Mexicano De Derecho Comparado, 2000, Issue 98, pp.785-805. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1228571&orden=46251&info=link>. Acesso em 07 jun. 2018.

“[...]pueden clasificarse en cuatro grupos, de acuerdo con las siguientes consideraciones: a) La regulación de la lengua entendida como un aspecto de la *forma* de los actos jurídicamente relevantes; b) La regulación de la lengua entendida como un *signo* capaz de expresar la voluntad del sujeto que la usa para afirmar la propia pertenencia a una cultura o a una nación, y, por eso, como una manifestación de una opinión que apunta a valorar tal cultura o tal nación; c) La regulación de la lengua entendida como *factor de reconocimiento* de la pertenencia del individuo que la usa a un grupo social dotado de un estatuto particular en el ámbito del ordenamiento estatal, y d) La regulación de la lengua entendida como un *bien cultural*, susceptible de protección según modalidades semejantes a las comúnmente empleadas en relación con otros bienes culturales.”

Atualmente, tem-se apenas 274 línguas e dialetos indígenas no território nacional, consoante censo do IBGE de 2010³⁶, sendo que, desse número, somente 25 das línguas tem mais de cinco mil falantes.

Diga-se que o nosso sistema jurídico vem contribuindo pouco para a reversão desse quadro, pois, em que pese a CF ter garantido a preservação das tradições indígenas (art. 231), o texto que se refere à educação é ambíguo, ao prever no §2º do art. 210 que “o ensino fundamental regular será ministrado em língua portuguesa, assegurada às comunidades indígenas também a utilização de suas línguas maternas e processos próprios de aprendizagem.”

Logo, a previsão do “também” nos leva a crer que seria obrigatório o ensino do português aos índios.

Conforme bem ressalta Edilson Vitorelli³⁷, a lei 9.394/96, lei de diretrizes e bases da educação, reflete essa ambiguidade constitucional, repetindo o teor do art. 210 em seu art. 32, §3º. Posteriormente, o art. 78 estabelece a educação escolar bilíngue, mas o art. 79 prevê o fortalecimento das práticas socioculturais e da língua materna de cada comunidade indígena, sem tomar posição específica sobre o ensino obrigatório do português.

Portanto, a Constituição teria se mostrado “tímida” a esse respeito, tendo em vista que em outras Constituições, como a mexicana, há previsão do direito aos índios de preservar e enriquecer suas próprias línguas sem determinar o ensino do castelhano (art. 2º):

“Artículo 2º. La Nación Mexicana es única e indivisible. (...)A. Esta Constitución reconoce y garantiza el derecho de los pueblos y las comunidades indígenas a la libre determinación y, en consecuencia, a la autonomía para: I. Decidir sus formas internas de convivencia y organización social, económica, política y cultural.(...) IV. Preservar y enriquecer sus lenguas, conocimientos y todos los elementos que constituyan su cultura e identidad.”³⁸

36 IBGE. Características Gerais dos indígenas: resultado do Universo. Disponível em: http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/censo2010/caracteristicas_gerais_indigenas/default_caracteristicas_gerais_indigenas.shtm. Acesso em 07 jun. 2018.

37 VITORELLI, Edilson. op. cit., p.508.

38 Disponível em: <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/htm/1.htm>. Acesso em: 05/04/2016.

Felizmente, em 1998, o Ministério da Educação elaborou um referencial curricular nacional para as escolas indígenas, onde se previa:

“Uma outra causa que explica o desaparecimento de línguas indígenas é o deslocamento sociolinguístico. Isso acontece quando, em situações de bilinguismo, a língua dominante vai, pouco a pouco, ocupando o território comunicativo da língua dominada.(...) O problema, no entanto, é que devido à pressão social contra o uso das línguas indígenas, seus falantes passam a usar a língua portuguesa em ambientes que tradicionalmente não lhe pertencem. (...) Essas invasões linguísticas, depois de algum tempo, podem fazer com que uma língua indígena acabe desaparecendo.”³⁹

O Ministério da Educação elegeu como fundamento básico a autodeterminação, afirmando que as comunidades indígenas “têm o direito de decidirem seu destino, fazendo suas escolhas, elaborando e administrando autonomamente seus projetos de futuro.”

Além disso, previa que “no caso das escolas indígenas, para que seja garantida uma educação diferenciada, não é suficiente que os conteúdos sejam ensinados através do uso de línguas maternas: é necessário incluir conteúdos curriculares propriamente indígenas a acolher modos próprios de transmissão do saber Indígena.”

Mesmo em comunidades bilíngues, o referencial determina que, sempre que possível, a língua indígena seja ensinada como primeira língua de instrução oral e escrita. O português, nessas situações, deve ser ensinado como segunda língua, nos moldes de uma língua estrangeira.

Há de fato uma minoria linguística que tem que ser reconhecida. Nesse viés, no campo jurisdicional, depreende-se um tratamento que pode ser considerado lastimável, considerando que cabe essencialmente ao Poder Judiciário, principalmente ao STF, o papel de guardião da Constituição.

Tem-se que as modalidades de exclusão judiciária, com relação à linguística, se dá de duas formas: a) pela exclusão da identidade indígena e b) pela proibição de manifestarem-se na sua própria língua. No que se refere à primeira forma, em que pese a Convenção 169 da OIT prever o princípio do autorreconhecimento, esse não é o critério adotado pelo Poder Judiciário.

Os Tribunais têm entendido que se pode atribuir ou negar a alguém a condição de índio pela análise de elementos constantes no processo, estando dentre esses, o domínio da língua portuguesa. São comuns decisões que negam liminarmente a condição indígena de pessoas

³⁹ O referencial curricular nacional para as escolas indígenas, elaborado pelo Ministério da Educação em 1998, encontra-se disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/me002078.pdf>.

pelas razões mais discutíveis, como o fato de serem alfabetizadas, falarem português, votarem, ou menos saber pilotar uma bicicleta.⁴⁰

Esses entendimentos aparecem sobretudo em matéria criminal, em que pelos menos dois direitos são garantidos pelo Estatuto: a) art. 56 - atenuação da pena em razão do maior ou menor grau de compreensão da ilicitude da conduta; e b) art. 56, § 2º – cumprimento das penas privativas de reclusão e detenção em um regime de semiliberdade, no local de funcionamento do órgão federal de assistência aos índios mais próximo da habitação do condenado.

Diga-se, também, que são inúmeras as decisões judiciais que dispensam a realização de perícia antropológica, podendo a avaliação partir do próprio juiz, à respeito do grau de compreensão da conduta pelo índio⁴¹ - quando ampla, pode tratá-lo como se índio não fosse, pelo simples reconhecimento de que se trata de um índio “integrado à sociedade”.

Nesse sentido, a jurisprudência:

Sujeição do índio às normas do art. 26 e parágrafo único, do CP, que regulam a responsabilidade penal, em geral, inexistindo razão para exames psicológico ou antropológico, se presentes, nos autos, elementos suficientes para afastar qualquer dúvida sobre sua imputabilidade, a qual, de resto, nem chegou a ser alegada pela defesa no curso do processo. Tratando-se, por outro lado, de "índio alfabetizado, eleitor e integrado à civilização, falando fluentemente a língua portuguesa", como verificado pelo Juiz, não se fazia mister a presença de intérprete no processo. (STF, HC 79530, Relator(a): Min. ILMAR GALVÃO, Primeira Turma, julgado em 16/12/1999, DJ 25-02-2000 PP-00053 EMENT VOL-01980-03 PP-00568 RTJ VOL-00172-02 PP-00582)

Índio condenado pelos crimes de tráfico de entorpecentes, associação para o tráfico e porte ilegal de arma de fogo. É dispensável o exame antropológico destinado a aferir o grau de integração do paciente na sociedade se o Juiz afirma sua imputabilidade plena com fundamento na avaliação do grau de escolaridade, da fluência na língua portuguesa e do nível de liderança exercida na quadrilha, entre outros elementos de convicção. Precedente. (...) (STF, HC 85198, Relator(a): Min. EROS GRAU, Primeira Turma, julgado em 17/11/2005, DJ 09-12-2005)

Esta Corte firmou o entendimento de que o indígena integrado à sociedade, nos termos do art. 4.º, III, do Estatuto do Índio, não se enquadra ao disposto no art. 56, parágrafo único, do aludido Estatuto (cumprimento de pena em regime especial semiaberto), sendo, de rigor, a sua sujeição às leis penais impostas aos cidadãos comuns. Na espécie, o Tribunal a quo afirmou que o paciente possui título de eleitor e domínio da língua portuguesa, evidenciando que está integrado à sociedade, fato que respalda a aplicação do art. 33, § 2.º, a, do Código Penal, uma vez que a pena foi fixada em 12 (doze) anos de reclusão. (STJ, HC 243.794/MS, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 11/03/2014, DJe 24/03/2014)

Não é indispensável a realização de perícia antropológica, se evidenciado que o paciente, não obstante ser índio, está integrado à sociedade e aos costumes da civilização. III. Se os elementos dos autos são suficientes para afastar quaisquer dúvidas a respeito da inimputabilidade do paciente, tais como a fluência na língua portuguesa, certo grau de escolaridade, habilidade para conduzir motocicleta e desenvoltura para a prática criminosa, como a participação em reuniões

40 VITORELLI, Edilson. Op.cit., 2015.p.505.

41 Conforme se depreende do julgamento do HC 25003, rel. Min. Paulo Medina, DJ 01/12/03, além dos julgados citados na nota de rodapé nº 9.

de traficantes, não há que se falar em cerceamento de defesa decorrente da falta de laudo antropológico. IV. Precedentes do STJ e do STF.

V. Para a aplicação do art. 56, parágrafo único, da Lei n.º 6.001/76, o qual se destina à proteção dos silvícolas, é necessária a verificação do grau de integração do índio à comunhão nacional.

VI. Evidenciado, no caso dos autos, que paciente encontra-se integrado à sociedade, não há que se falar na concessão do regime especial de semiliberdade previsto no Estatuto do Índio, o qual é inaplicável, inclusive, aos condenados pela prática de crime hediondo ou equiparado, como ocorrido in casu. Precedentes.

VII. Ordem denegada. (STJ, HC 30.113/MA, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 05/10/2004, DJ 16/11/2004, p. 305)

Há uma evidente análise do julgador na “medição” da degradação dos costumes indígenas e da “integração” desses indivíduos à sociedade.

Ou seja, a própria sociedade que foi responsável pela destruição da cultura desses povos usa dessa destruição para negar aos índios os direitos que lhe são garantidos por lei! É preciso reconhecer que, ao contrário dos entendimentos dominantes, os magistrados (em sentido amplo) não possuem condições de definir sem o auxílio antropológico quem é e quem não é índio. Quem compreende ou não o seu papel no cometimento de um ilícito.

Levar em consideração o fato de ter fluência na língua portuguesa, certo grau de escolaridade ou determinadas habilidades não deveriam ter valor máximo para essa análise. Ademais, outra é a problemática: a língua materna indígena é vedada na prática de atos processuais, sendo que em muitos casos há a negação de tradutor⁴² em razão da (1) compreensão da língua portuguesa e ao (2) argumento da teoria tradicional das invalidades processuais, a qual determina que a decretação da nulidade depende de prova do prejuízo. De fato, o que se está a negar é a própria identidade indígena da parte. Perpetua-se a exclusão identitária.

Diga-se: as decisões judiciais transportam a ideia de que para o indígena fazer jus aos direitos previstos em lei, ele precisa ser um índio isolado, que corresponda à imagem pré-colombiana de índio.

Esse preconceito vem ainda mais fortemente expressado no caso Veron,⁴³ onde os representantes do MPF requereram que os índios que fossem ouvidos como testemunha pudessem se expressar na língua guarani, o que foi negado, à extensão da tese do STF: se alguém

⁴² Um exemplo é o julgamento do HC 79530, ILMAR GALVÃO, STF, j. 16.12.99).

⁴³ No julgamento do MS 2010.03.00.027550-8/MS, pelo Tribunal Regional Federal da 3ª Região, consta a transcrição da ata do plenário do júri, onde se fornecem todos relatos dos atos processuais havidos.

fala português, não há razão para nomear tradutor. Ocorre que, dessa decisão, não cabe recurso (seara penal), o que, no caso em apreço, levou ao Procurado da República a abandonar o plenário do júri, medida que foi repudiada pela AJUFE, que em nota afirmou que “a diversidade linguística pode até ter sido protegida, mas certamente não o foi a sociedade.”⁴⁴

Porém, é concebido pelo senso comum que, mesmo que uma pessoa saiba se comunicar em um idioma diferente do seu, poderá não ter condições de fazê-lo com a mesma desenvoltura e riqueza de detalhes que faria na sua língua mãe, o que demonstra a barreira de comunicação perpetrada e mantida pelo nosso judiciário.

Nesse sentido, é imperiosa a mudança no padrão até então adotado, podendo servir o direito alienígena como fonte de inspiração. A já aludida Constituição mexicana não é a única que poderia contribuir com a árdua tarefa, mas ressalta-se também a experiência irlandesa.

Na Irlanda, em que pese todos habitantes falarem inglês, existe um pequeno número de cidadãos que ainda possuem o irlandês como língua nativa. Sendo assim, tal idioma foi reconhecido pela Constituição Irlandesa de 1937 (Bunreacht na hÉireann), que é a legislação fundamental do país. Tal previsão encontra-se contida no art. 8, conforme se expõe:

“ARTICLE 8

1 The Irish language as the national language is the first official language.

2 The English language is recognised as a second official language.

3 Provision may, however, be made by law for the exclusive use of either of the said languages for any one or more official purposes, either throughout the State or in any part thereof.”⁴⁵

Assim, o irlandês é a primeira língua nacional oficial, seguindo o inglês como a segunda língua. Nesse sentido, também se editou o “Official Languages Act”, que garante a qualquer pessoa o direito de ser ouvido na língua escolhida, perante qualquer tribunal irlandês:

“8.—(1) A person may use either of the official languages in, or in any pleading in or document issuing from, any court.

(2) Every court has, in any proceedings before it, the duty to ensure that any person appearing in or giving evidence before it may be heard in the official language of his or her choice, and that in being so heard the person will not be placed at a disadvantage by not being heard in the other official language.

(3) For the purposes of ensuring that no person is placed at a disadvantage as aforesaid, the court may cause such facilities to be made available, as it considers appropriate, for the simultaneous or consecutive interpretation of proceedings from one official language into the other.

⁴⁴ Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2010-mai-12/ajufe-sai-defesa-juiza-procurador-abandonou-juri>

⁴⁵ Disponível em: < <http://www.irishstatutebook.ie/eli/cons/en#part2>>. Acesso em: 07 jun. 2018.

(4) Where the State or a public body is a party to civil proceedings before a court—

(a) the State or the public body shall use in the proceedings, the official language chosen by the other party, and

(b) if two or more persons (other than the State or a public body) are party to the proceedings and they fail to choose or agree on the official language to be used in the proceedings, the State or, as appropriate, the public body shall use in the proceedings such official language as appears to it to be reasonable, having regard to the circumstances.

(5) Notwithstanding any other provision of this section, a person shall not be compelled to give evidence in a particular official language in any proceedings.

(6) In choosing to use a particular official language in any proceedings before a court, a person shall not be put by the court or a public body to any inconvenience or expense over and above that which would have been incurred had he or she chosen to use the other official language.”⁴⁶

Logo, a parte no processo irlandês tem a opção de escolha pelo idioma que lhe interessar, não podendo, ainda, sofrer qualquer inconveniência ou despesa além daquelas que seriam incorridas se ele ou ela tivesse escolhido usar outro idioma.

Especificamente em relação ao testemunho, o documento também prevê que *“sem prejuízo das demais normas desta seção, uma pessoa não pode ser obrigada a prover evidências em uma língua oficial específica, em qualquer procedimento”* (item 4. a). De fato, busca-se assegurar que nenhuma pessoa seja colocada em desvantagem por conta da escolha da língua.

Sendo assim, mostra a experiência irlandesa avançadas premissas contra a exclusão identitária e linguística. Até mesmo porque hodiernamente não se mostra mais admissível o tratamento da língua como um patrimônio supérfluo, que deve ceder às exigências pragmáticas da situação, mas sim como um patrimônio que deve ser respeitado e cultivado pelo Estado, especialmente em espaços como o Judiciário.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Quando a CF/88 reconheceu aos índios “sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam” e impôs à União o poder-dever de protegê-los e respeitá-los, pode-se afirmar que ela abandonou o paradigma da integração (rumo ao não índio) e passou a adotar um novo paradigma: o da interação.

Essa concepção é de suma importância, na medida que as relações com essa coletividade

⁴⁶ Disponível em: <<http://www.irishstatutebook.ie/eli/2003/act/32/section/8/enacted/en/html>>. Acesso em 07 jun.2018.

abandonaram o plano da verticalidade, passando (ou devendo) passar a se dar no plano da horizontalidade. Dar o devido reconhecimento a pessoas e grupos, assim como às suas identidades culturais não pode ser confundido com mera cortesia, pois trata-se de uma necessidade humana vital, que precisa ser ainda mais fomentada e respeitada pelo Judiciário, guardião da Constituição.

É certo que a defesa do “direito à diferença” não escapa à crítica, principalmente quando essa diferença é grupal e subordina o direito do indivíduo ao do grupo. Porém, a *diferença* não implica *homogeneidade*, nem *individualidade*. No caso indígena, sobretudo, a *diferença* é condição da própria identidade.

Portanto, um indivíduo ou grupo com especificidades não reconhecidas tende a não reconhecer sua própria identidade; a se considerar e ser considerado à margem da sociedade (marginalizado), de tal forma que passe ou continue a não ser reconhecido.

Tanto o indivíduo, como a comunidade residente no país tem direito a preservar e ver preservados os elementos mais significativos de sua cultura e da cultura nacional, para fruição presente e transmissão às próximas gerações. Sendo assim, o combate à discriminação mostra-se necessário, mas insuficiente enquanto medida isolada. Os pactos e convenções que integram o sistema internacional de proteção dos Direitos Humanos apontam para a necessidade de combinar estas medidas com as previsões legais nacionais, a fim de acelerar a construção da igualdade, estimulando a inclusão de grupos socialmente vulneráveis, estando dentre esses os índios.

Ademais, a diversidade cultural se refere à multiplicidade de formas em que se expressam as culturas dos no Estado Democrático Brasileiro, estando inseridos nesse contexto os direitos culturais linguísticos, que não podem ser esquecidos. Assim, embora a Constituição faça menção expressa às comunidades indígenas, o direito à diversidade linguística abrange todas as línguas faladas por brasileiros e, por isso, o desenvolvimento das políticas públicas deve atingir os diversos grupos falantes.

Somente assim, se antevê possível uma mudança na atual postura adotada pelo Judiciário, onde ainda se verificam decisões descaracterizando ou negando a condição indígena a sujeitos processuais, com o objetivo de negar-lhes benefícios garantidos em lei ou mesmo aplicando legislações menos favoráveis. Em suma, hodiernamente (ainda) se poderiam indicar dois “grandes” problemas: (1) o (atual e reiterado) tratamento das questões indígenas e da condição de índio pelo Poder Judiciário Brasileiro; e outro, nele contido, que é (2) a falta de

proteção dessa minoria linguística em juízo, que poderia ser atribuída a “timidez” da norma constitucional.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ALMEIDA, Maria Regina Celestina de. **Os índios na história do Brasil**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2010.

ARAUJO, Luiz Alberto David. NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

ARAÚJO, Ana Valéria. **Povos Indígenas e a Lei dos “Branços”: o direito à diferença**. Brasília: Ministério da Educação, Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização e Diversidade. LACED/Museu Nacional, 2006.

BARRETO, Helder Girão. **Direitos indígenas: vetores constitucionais**. Curitiba: Juruá, 2005.

BRAGATO, FERNANDA FRIZZO. *In* Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica: anuário do programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado/orgs. Lenio Luiz Strsck, Leonel Severo Rocha, Wilson Engelmann. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora; São Leopoldo: UNISINOS, 2014.

CEPAL. *Los Pueblos indígenas en América Latina*. Disponível em: <http://www.cepal.org/es/infografias/los-pueblos-indigenas-en-america-latina>

COLAÇO, Thaís Luzia. **Incapacidade indígena, tutela religiosa e violação do direito guarani nas missões Jesuíticas**. Curitiba: Juruá, 2005.

DORA, Denise Dourado. **Direito e mudança social: projetos de promoção e defesa de direitos apoiados pela Fundação Ford no Brasil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

DUPRAT, Deborah. Terras indígenas e o Judiciário. In: BELLO, Enzo (org.). **Ensaio crítico sobre direitos humanos e constitucionalismo**. Caxias do Sul, RS: Educus, 2012.

HANKE, Lewis. **La lucha por la justicia en la conquista de América**. Madrid: Istmo, 1988.

IBGE. Características Gerais dos indígenas: resultado do Universo. Disponível em: http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/censo2010/caracteristicas_gerais_indigenas/default_caracteristicas_gerais_indigenas.shtm

KAYSER, Hartmut-Emanuel. **Os direitos dos povos indígenas do Brasil: Desenvolvimento histórico e estágio atual**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabríz Ed., 2010.

KEIL, Ivete; ALBUQUERQUE, Paulo; VIOLA, Solon. **Direitos Humanos: alternativas de justiça social na América Latina**. São Leopoldo: UNISINOS, 2002.

MAIA, Luciano Mariz. Do papel da perícia antropológica na afirmação dos direitos dos índios. Disponível em: http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr6/documentos-e-publicacoes/artigos/docs_artigos/do_papel_da_pericia_antropologica_na_afirmacao_dos_direitos_dos_indios.pdf

OIT. Convenção nº 169 sobre povos indígenas e tribais e Resolução referente à ação da OIT/ Organização Internacional do Trabalho. – Brasília: OIT, 2011.

OLIVEIRA, João Pacheco. Terras indígenas. In: LIMA, Antonio Carlos de Souza. **Antropologia e Direito: temas antropológicos para estudos jurídicos**. Rio de Janeiro/Brasília: Contracapa/LACED, 2012.

ONU. Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos indígenas de 2007.

PIZZORUSSO, Alessandro. El Uso De La Lengua Como Objeto De Regulación Jurídica. In: **Boletín Mexicano De Derecho Comparado**, 2000, Issue 98, pp.785-805. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1228571&orden=46251&info=link>.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2014.

RODRIGUES, Aryon Dall'Igna. **Línguas Brasileiras: para o conhecimento das línguas indígenas**. São Paulo: Edições Loyola, 1986.

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 20 ed. São Paulo: Malheiros, 2002.p.835.

SOUZA, Celina de. Federalismo e descentralização na Constituição de 1988: processo decisório, conflitos e alianças. Dados – **Revista de Ciências Sociais**, v. 44, n. 3, 2001.

Souza Neto, Cláudio Pereira de; Sarmento, Daniel. **Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

UNITED NATIONS. **The concept of indigenous peoples** (workshop on data collection and disaggregation for indigenous peoples). Department of Economic and Social Affairs: New York, 2004.

VITORELLI, Edilson. In **Temas atuais do Ministério Público Federal**. Salvador: Editora Jus Podivm, 2015.

A CRISE DA DEMOCRACIA NA AMÉRICA LATINA

Marijane Vieira Lisboa

SEM TRADIÇÃO

A democracia nunca gozou de grande apreço entre nós. Na tradição política da direita, do centro e da esquerda latino-americanas a democracia ocupou sempre um lugar subordinado. Em nome dos fins últimos, fossem eles quais fossem, ela frequentemente era sacrificada.

As lutas pela independência aconteceram fundamentalmente atendendo ao desejo de maior autonomia das elites locais diante das metrópoles decadentes, Espanha e Portugal, e a concessão de novas liberdades como a supressão da escravatura em alguns países, ocorreu para engrossar as fileiras dos exércitos em formação com os ex escravos. No Brasil, o fim da escravatura, embora duramente disputado pelos primeiros movimentos sociais de cunho democrático (Alonso, 2015), tardou até o fim do século e a Proclamação da República foi uma quartelada. A Velha República, por sua vez, foi uma disputa incessante entre militares positivistas e putschistas e oligarquias provincianas que entendiam a República como um clube exclusivo para cavalheiros.

Na América Latina nossos liberais nunca foram verdadeiros liberais, frequentemente encabeçando golpes militares e tolhendo os direitos políticos de expressão e de organização de suas próprias classes dominantes sempre que isso lhes parecia necessário à conservação do poder do seu pequeno grupo (Buarque de Holanda, 2006; Mariátegui, 2008; Paz, 1994).

As esquerdas latino-americanas, por outro lado, herdeiras das tradições anarquistas, trotskistas ou leninistas, desprezavam a democracia, considerada como um sistema de governo propriamente burguês. São bastante conhecidas as análises de Marx, Engels, Lenin, Stalin e Mao Tse-Tung sobre o papel da violência e a necessidade de se implantar uma “Ditadura do proletariado” nos países em que por ventura os comunistas ascendessem ao poder. A crítica interna a essa concepção antidemocrática apenas exerceu-se pelos comunistas que foram derrotados ou eliminados: Rosa Luxemburgo, Gramsci e outros menos conhecidos, calados pelas ditaduras quer de direita, quer de esquerda.

A irrupção dos movimentos fascistas e do nazismo na primeira parte do século XX, por sua vez, exerceu forte influência sobre lideranças populistas latino-americanas que surgiam em meio a um período de rápida urbanização e fortes mudanças socioeconômicas, líderes que repetidamente recorreram à força para tomar o poder e exercê-lo de forma discricionária. Peron, Getúlio, Cardenas, Strossener, Somoza, alguns assumindo um ideário nacionalista e esquerdizante, enquanto outros abraçaram resolutamente o anticomunismo que começou a imperar na Guerra Fria. Daí em diante, é comum ver-se liberais declarados conspirarem para derrubar regimes, principalmente se estes forem de esquerda (Fausto, 1994; Fico, 2008; Reis Filho, 2014).

A PRIMAVERA LATINO-AMERICANA

Assim, podemos dizer que a tradição democrática sempre foi frágil entre nós na América Latina. Seu grande momento foi a década de 80, quando sob a influência benéfica de um mundo que se avizinhava do fim da Guerra Fria, ruíam diversas ditaduras militares e civis nos países e instauravam-se regimes constitucionais. Algumas terminaram de forma abrupta, como foi o caso da ditadura militar argentina, uma das mais cruéis que já existiram entre nós, e que, desmoralizada pela derrota na guerra das Malvinas, não pode impedir que seus principais carrascos fossem levados às barras dos tribunais e condenados por seus crimes. A ditadura chilena também foi derrotada em um plebiscito que esperava ganhar. Já o Brasil atravessa um longo processo de redemocratização ao fim do qual uma autoanistia concedida pelos próprios militares abre espaço para a volta de um Estado de Direito.

Os líderes desses processos de transição democrática não foram nem a direita, nem a esquerda. Foram parentes, especialmente mães de desaparecidos forçados, presos e exilados, seus advogados, a Igreja Católica, pastores protestantes, professores e estudantes universitários, sindicatos, artistas, além de deputados dos partidos de oposição (Cancian, 2005; Sá, Munteal e Martins, 2010; Teles, 2010). Ou seja, aquilo que se chama hoje de Sociedade Civil. Sua palavra de ordem, “Liberdades Democráticas”, foi disputada rejeitando-se formas violentas de luta e denunciando incansavelmente os crimes cometidos. À direita e à esquerda houve adesões entre a elite política de deputados, senadores, juízes e meios de comunicação. Na direita, certamente houve aqueles movidos por sinceros sentimentos democráticos, horrorizados com os crimes que foram cometidos nos porões desses regimes de exceção. Outros, também entre os próprios militares, porque perceberam que a quebra de disciplina e

respeito à hierarquia das forças armadas era uma consequência inevitável da autorização ao uso da violência ilegal por seus quadros.

Também na extrema esquerda apoiou-se, pela primeira vez, a luta pela democracia e pelas liberdades políticas asseguradas por um Estado de Direito, até então muitas vezes chamadas despetivamente de “liberdades burguesas”. Mesmo a luta armada travada por essas esquerdas foi ressignificada, entendida agora como resistência aos regimes de exceção. Não que não seja legítimo em qualquer época recorrer às armas contra tiranias (Safalte, 2010). Mas a extrema esquerda latino-americana no passado pretendia mais do que restaurar regimes democráticos. Acreditava, sim, como toda a teoria revolucionária ensinava, que a luta armada era o único caminho para o socialismo.

Mas, tampouco é correto como querem os saudos das ditaduras, que essa extrema esquerda, e em especial a que recorreu à luta armada, fosse a tendência hegemônica nas esquerdas. Nunca foi, embora a luta violenta entre as guerrilhas e os aparatos repressivos de exceção deixassem pouco espaço para ouvir-se as vozes da esquerda, centro e direita desarmadas. O Chile é prova disso, onde as esquerdas não só tentaram chegar ao socialismo por vias legais, como após o Golpe contra seu presidente legalmente eleito, Salvador Allende, em 1973, lutaram sobretudo por meios não violentos pelo restabelecimento do Estado de Direito.

Portanto, como apontam os estudiosos deste campo de estudos chamado de Justiça Transicional, um dos elementos essenciais das transições democráticas latino-americanas foi a opção por um Estado de Direito no qual os direitos humanos tivessem real acolhida. No contexto histórico latino-americano de meados dos anos 80 e 90 em que a Justiça Transicional começa a desenvolver-se, há a constatação de que tanto as elites dominantes, quanto as oposições organizadas valorizavam agora os regimes democráticos e as instituições de controle do Estado (Arthur, 2009).

Nesse sentido, em muito ajudaram as atordoantes revelações das Comissões de Verdade instituídas em muitos destes países, em particular as da Argentina e do Chile, em cujos relatórios registraram-se milhares de homicídios e desaparecimentos forçados, prática sistemática de prisões, torturas e assassinatos por parte dos aparatos de segurança estatais (Cuya, 2009). Tal exposição e condenação pública desses crimes tiveram como consequência uma longa hibernação da extrema direita, antidemocrática entre nós, que só agora, no Brasil, em circunstâncias de um grande enfraquecimento das esquerdas, ousa ressurgir.

ESQUERDAS E POPULISMO

Ao fim do ciclo de ditaduras militares, na maioria dos países na América Latina surgiram regimes constitucionalistas, nos quais alternavam-se centro-esquerda, centro e por vezes, centro-direita. Salvo na América Central e na Colômbia, onde a permanência de guerrilhas impediu transições democráticas até mais tarde, as grandes diferenças programáticas entre direita e esquerda se demarcavam em torno de desregulamentação da economia, seguindo a nova orientação globalizante neoliberal, ou a adoção de políticas de inclusão social dos setores menos favorecidos das suas sociedades.

Sob certos pontos de vista, inclusive, foi difícil delimitar fortes diferenças. Na questão ambiental, por exemplo, tanto governos de esquerda, quanto de direita adotaram políticas de forte impacto ambiental, estimulando atividades extrativistas como mineração e petróleo, ou subsidiando a produção de commodities como a soja, o eucalipto ou a carne, que por sua natureza, requerem grande quantidade de terras aráveis, água, energia e obras de infraestrutura como portos, estradas e ferrovias (Gudynas, 2012). Isso significou, por sua vez, estabelecer alianças com os setores de agronegócio e biotecnologia, mineração e indústrias de construção civil. Mais lamentável ainda foi o fato de que muitos desses governos enredaram-se na corrupção visando garantir sua governabilidade e reeleições. Grandes escândalos sacudiram o Brasil, mas também a Argentina, o Chile, o Peru, a Bolívia e outros destes governos de esquerda.

Uma exceção à regra foi a Venezuela, que havia passado incólume a década das ditaduras, mas verá um militar que esteve preso por tentativa de golpe, conquistar o poder pelas urnas e aos poucos, ir restringindo as liberdades democráticas e a independência do Legislativo e da Justiça até conformar um governo claramente ditatorial. Também Ortega, líder da revolução sandinista que derrubou Somoza, transformará em algumas décadas seu governo em uma ditadura. Outros governos de esquerda como o de Rafael Correa no Equador e o de Evo Morales, na Bolívia, não romperão claramente com a normalidade democrática embora cometam vários abusos no que se relaciona com a liberdade de imprensa, a perseguição a adversários políticos e sua perpetuação no poder graças a mudanças na legislação que lhes permitam reeleições sucessivas. Nenhum deles, contudo, apesar da retórica de extrema esquerda, e de muitas vezes se proclamarem socialistas, chegará perto de estabelecer uma política econômica socialista, o que implicaria na socialização dos meios de produção e em uma gestão centralizada da economia.

No seu conjunto, salvadas as exceções cubanas, venezuelanas e nicaraguenses, os latino-americanos tem sido governado nesses últimos vinte anos por regimes democráticos. Alguns mostram-se particularmente fortes em termos democráticos, suportando a alternância de governos de direita e de esquerda, sem que haja abalos nos seus princípios básicos democráticos e nas suas instituições. Argentina, Chile e Uruguai são bons exemplos destes casos, pois depois de várias décadas de governantes de esquerda, as últimas eleições reconduziram nos dois primeiros, partidos e governantes de direita, neoliberais em relação à economia, mas respeitadores do funcionamento dos demais poderes e dos direitos assegurados nas suas Constituições.

RISCOS DA DEMOCRACIA

Vários são os perigos, contudo, que rondam nossas democracias. Como apontam vários cientistas políticos atuais, regimes dificilmente caracterizáveis como democráticos, foram instalados por meio do voto e de grande apoio popular. Tanto Ortega como Chaves subiram graças ao voto popular, mas depois tomaram medidas para impedir outras eleições livres e justas.

Além disso, há sempre a tentação de grupos políticos de afastar governantes recorrendo à própria legislação, quer por impeachment, quer por outros diplomas legais, no que se convencionou chamar de “golpe parlamentar”, ou judicial. Honduras, Paraguai e Brasil enfrentaram situações desse tipo. Objeto de controvérsia jurídica, o afastamento de governantes antes da conclusão do seu mandato pode gerar profunda instabilidade na vida política, acirrando os ânimos e afetando o funcionamento do Estado e a economia. O interesse público recomendaria que só se recorresse a esse expediente em casos absolutamente graves, mas oposições oportunistas que vem nisso a possibilidade de chegar ao poder driblando o processo eleitoral não pensam assim. O impeachment de Dilma Rousseff se enquadra perfeitamente nessa situação. Embora legal do ponto de vista da Constituição e supervisionado pela mais alta Corte do país, mergulhou o país em crises sucessivas, pois o governo que a substituiu não contou com a representatividade e com o apoio parlamentar necessário para administrá-lo.

Outro fator de desmoralização da democracia e da república tem sido a prática da corrupção por parte dos governantes. Praticamente quase todos os governantes e ex governantes latino-americanos tem sido acusados de corrupção e alguns processados, julgados

e condenados, sendo Lula, Cristina Kirscher, Alejandro Toledo, Michele Bachelet e Jimmy Morales, os mais conhecidos.

A prática da corrupção, quer para perpetuar-se no poder pela obtenção de recursos ilegais para as campanhas eleitorais ou para comprar o apoio de parlamentares, quando não é para o enriquecimento próprio apenas, desmoraliza a política e a democracia como um todo diante de um eleitorado, que quanto menos escolarizado e menos capaz de acompanhar a política de seu país, mais tenderá a julgar que “todos os políticos são ladrões”. Sua incapacidade de investigar a conduta passada dos candidatos e analisar o seu discurso, o faz vítima de toda a sorte de políticos que façam juras à honestidade e à moralidade no trato da coisa pública.

Todos sabemos que as fraquezas de democracia lhe são constitutivas. Enquanto regimes monárquicos ou repúblicas censitárias poderiam discutir a portas fechadas os rumos da nação, a democratização da política estimulou a mobilização política das massas, a formação de movimentos e partidos, a propaganda e a mídia de massas, bem como a propaganda política e a manipulação das massas. (Hobsbawm, 1992).

Como regime, contudo, as democracias modernas só o foram de modo incompleto, pois incapazes de fomentar e garantir uma igualdade entre seus cidadãos que não fosse somente legal, no papel, mas real; ou seja, não passaram de uma espécie de oligarquia liberal (Castoriadis, 2002). Como explica Bourdieu, à falta dos instrumentos materiais e culturais, as massas, não sendo capazes de participar ativamente da política, tem como alternativa a demissão pela abstenção ou o desapossamento pela delegação. Há um “campo político” no qual se movimentam apenas aqueles agentes que possuem tais meios e que por isso produzem problemas, programas, conceitos e acontecimentos, enquanto os cidadãos comuns se vem na condição de “consumidores” da política (Bourdieu, 2005).

Esses “instrumentos políticos” são os recursos financeiros, as relações políticas, o domínio da linguagem e da legislação existentes, mas sobretudo a educação e o dinheiro. Compreende-se, assim, que na maioria das vezes, passivas, as massas possam ser capturadas por líderes carismáticos e movimentos de massas quando sujeitas a situações de grande tensão político ou crise econômica.

O CASO BRASILEIRO

As recentes eleições no Brasil e o surgimento de um amplo apoio popular à candidatura

de um político de extrema-direita, deve ser explicado a partir dessas fragilidades intrínsecas das democracias modernas. De um lado, uma elite política com fortes laços com as elites econômicas que comanda o país, e uma enorme massa de cidadãos, quase sempre passiva, mas que sob determinadas condições pode ser mobilizada por políticos que se apresentem como seus salvadores. A coincidência da crise econômica global que acabou por atingir o Brasil e os escândalos de corrupção dos últimos governos petistas provocou um ampla rejeição popular ao Partido dos Trabalhadores, mas também aos partidos de centro e direita envolvidos igualmente com a corrupção, abrindo espaço assim para o surgimento de uma extrema direita, que reuniu em si questões de comportamento e de moral conservadoras, com promessas de economia neoliberal e mesmo com formulações políticas claramente fascistas.

Há pelo menos, duas explicações, não excludentes para isso. A primeira é a rejeição ao esquema de corrupção organizado pelo Partido dos Trabalhadores, que de fato, assumiu proporções gigantescas, envolvendo construtoras, empresas públicas, políticos e funcionários públicos. É óbvio que todos os governos conhecidos no Brasil roubaram, uns mais, outros menos. A sociedade brasileira, contudo, durante muito tempo tolerou políticos corruptos, desde que “fizessem” coisas. Desse ponto de vista, a cultura republicana do nosso povo não deve ter se alterado mundo, já que boa parte daqueles que declaram votar em Jair Bolsonaro do PSL preferem ignorar as denúncias de irregularidades no uso dos recursos públicos desse deputado e o enriquecimento pouco compatível com sua renda. Talvez a coincidência de uma crise econômica de grande magnitude com as denúncias da escandalosa corrupção, e justamente de parte de um Partido que se apresentava como inimigo das elites, tenha conseguido transformar o PT no bode expiatório, causador de todas as mazelas sociais.

É fato, contudo, que surpreendeu a todas as elites políticas e cientistas sociais o súbito crescimento da popularidade da candidatura Bolsonaro, mesmo levando em conta o possível e malicioso uso massivo da mídia social, a grande exposição de mídia que lhe redeu o atentado de que foi vítima e o fato de seu estado de saúde lhe ter poupado de apresentar-se nos debates televisivos com seus concorrentes. Sem um Partido estruturado e organizações sociais de apoio, Bolsonaro arregimentou subitamente adesões entre empresários, agronegócio e igrejas evangélicas. Não foi procurá-las; eles o procuraram. Seu eleitorado, de fato, constituiu-se daquilo que Hannah Arendt definia como “massas”, ou seja, daquela reunião de pessoas que não se unem por uma consciência de um interesse comum, faltando-lhes aquela forma de articulação própria das classes, que tem seus objetivos determinados, limitados e atingíveis.

(Arendt, 1997). O que as unificou e mobilizou foi esse líder, que pouco esclarece sobre qual é o seu programa, ou lhe envie sinais contraditórios, naquilo que Laclau considera como característica do líder populista, o seu significado vazio (Laclau, 2006). Seus principais concorrentes, ao contrário, foram líderes de partidos com grande representação e presença política, com quadros competentes, programas e ideologia razoavelmente definidos, principalmente quando consideramos o Partido dos Trabalhadores, um partido de quadros e de grupos organizados por profissões, pautas identitárias e locais de trabalho. Mais além do PT, o movimento #ELENÃO# que surgiu como reação feminina à misoginia do candidato do PSL. Reuniu uma grande diversidade de outros movimentos organizados: LGBT, movimento, contra o racismo, feministas, povos indígenas, além de contar com a amplo apoio dos principais artistas da música popular e da TV. Após o primeiro turno, as adesões de categorias de profissionais como economistas, acadêmicos e artistas entre outros, bem como o rechaço pelas grandes lideranças políticas e figuras públicas da candidatura Bolsonaro apenas acentuou a divisão que parece cindir o país nesse momento desde o primeiro turno: de um lado a sociedade civil organizada, de outro as massas atrás de seu líder, que chega a ser apelidado de “mito”. Este, contudo, pode dizer quaisquer impropérios sobre mulheres, gays, índios e negros, defender a tortura e a ditadura militar, sem que sofresse abalos na sua popularidade. Na verdade, como diz Arendt dos membros fanatizados do movimento nazista, eles são inatingíveis pela experiência e pelo argumento (Arendt, 1997).

Mais curioso ainda foi o aparecimento de um anticomunismo extemporâneo, cujos únicos fundamentos na realidade eram o apoio declarado pelo PT às ditaduras da Venezuela e da Nicarágua, numa evidente concessão retórica aos seus quadros radicalizados, já que em casa praticou uma política de alianças com os setores econômicos mais influentes do país. Efetivamente, após doze anos de governos petistas, durante os quais o Ministério Público Federal acusou e a Justiça condenou alguns dos seus mais relevantes líderes, o temor de um governo comunista por parte de um Partido Trabalhista vitorioso se assemelha ao medo suscitado pelos nazistas contra fantasiosas conspirações judaicas, maçônicas ou mesmo de jesuítas.

Políticos, cientistas políticos e parte da intelectualidade brasileira de esquerda descobriu bastante tardiamente que a maioria do povo brasileiro constituía-se de uma massa desinformada, desesperada, ressentida, conservadora em termos de costumes e propensa a abraçar ideias fascistas como “banir ou fazer apodrecer na cadeia” adversários políticos que

poderiam ser designados por suas “ideias vermelhas”. Esse Brasil sem cultura política, sem cultura democrática e sem consciência histórica é, no entanto, responsabilidade política dos governos que se sucederam ao fim da Ditadura. Investiu-se pouco na educação fundamental e secundária, na formação democrática e nos elementos fundamentais de uma transição democrática: a memória e a apuração dos crimes cometidos, a reparação às vítimas e as reformas institucionais destinadas a evitar a repetição dos crimes contra a humanidade. Pesquisas recentes mostram que uma parte considerável dos brasileiros, principalmente entre os mais velhos, acreditam que o legado da Ditadura militar foi fundamentalmente positivo e cerca de 16% dos brasileiros, assim como Jair Bolsonaro, são favoráveis à tortura. Ideias e posturas como essas são mais difíceis de serem encontradas em uma Argentina, onde ditadores foram julgados e condenados, ou no Chile, onde os comandantes das três armas desculpam-se em público pelos crimes cometidos.

A conjunção bastante perversa de crise econômica mundial que acabou por refletir-se no Brasil e a desmoralização da política em virtude dos escândalos de corrupção, provocou no Brasil, assim, o aparecimento de um líder fascista que foi desde o início visto pelas massas como um salvador, ou melhor ainda, como o seu vingador. A maior parte do seu eleitorado ignora o seu programa e mesmo as suas poucas e confusas ideias, mas votou nele como alternativa a “tudo o que está aí”. Após três décadas de progresso e aprimoramento das suas instituições democráticas, a sociedade civil brasileira terá que se unir e lutar para que não haja grandes retrocessos democráticos. E seus dirigentes políticos de centro e esquerda terão a oportunidade de aprender a lição de que as massas podem ser manipuladas, mas não só por eles. Libertá-las da sua condição de “consumidores da política” e educá-las para serem cidadãos é a única garantia de que não se retorne à barbárie.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ALONSO, Angela. **Flores, votos e balas: o movimento abolicionista brasileiro (1868-88)**. São Paulo, Companhia das Letras, 2015.

ARENDDT, Hannah, **Origens do Totalitarismo: sobre o antissemitismo europeu moderno**. São Paulo: Companhia das Letras, 1997.

ARTHUR, Paige. How “Transitions” Reshaped Human Rights: a conceptual History of Transitional Justice”. **Human Rights Quarterly**, Baltimore, 31, p. 321-367. 2009)

BOURDIEU, Pierre. **O Poder Simbólico**. 8 ed. Rio de Janeiro: BertrandBrasil, 2005.

- BUARQUE DE HOLANDA, Sérgio. **Raízes do Brasil**. 26 ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.
- CANCIAN, Renato. **Comissão Justiça e Paz de São Paulo: gênese e atuação política (1972-1985)**. São Carlos: EDUFSCar, 2005.
- CASTORIADIS, Cornelius. **As Encruzilhadas do Labirinto: a ascensão da insignificância**. São Paulo: Paz e Terra, 2002.
- CUYA, Estebán (2009). Les Commissions de la Vérité et de la Réconciliation em Amérique Latine. In: MARTIN, Arnaud (Org.). **La Mémoire et le Pardon: Les Commissions de la Verité et de la Réconciliation en Amerique Latine**, Paris : Les Éditions L'Harmattan, (2009).
- FAUSTO, Boris. **História do Brasil**. 4 ed. São Paulo: Edusp, 1994.
- FICO, Carlos, **O Grande Irmão; da operação Brother Sam aos anos de chumbo**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2008.
- HOBBSAWM, **A Era dos Impérios**. 3 ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1992.
- GUDYNAS, Eduardo. O novo extrativismo progressista na América do Sul: teses sobre um velho problema sob novas expressões. In LÉNA, Philippe e PINHEIRO DO NASCIMENTO, Elimar (Orgs.). **Enfrentando os limites do crescimento: sustentabilidade, decrescimento e prosperidade**. Rio de Janeiro: Garamond, 2012. p.303-318.
- LACLAU, Ernesto. Consideraciones sobre el populismo latinoamericano. **Cuadernos del Cendes**, CDC, Caracas, v.23, n. 62, maio de 2006.
- MARIÁTEGUI, José Carlos. **Sete ensaios de interpretação da realidade peruana**. São Paulo: Expressão Popular/Clacso, 2008.
- PAZ, Octavio. **El Labirinto de la Soledad**. 3 ed. Mexico D.F: Fondo de Cultura Economica, 1994.
- REIS FILHO, Daniel Aarão. **Ditadura e Democracia no Brasil: do golpe de 1964 à Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Zahar, 2014.
- SA, Fernando; MUNTEAL, Oswaldo e MARTINS, Paulo Emílio (Orgs.), **Os Advogados e a Ditadura de 1964: a defesa dos perseguidos políticos no Brasil**. Petrópolis: Vozes e Rio de Janeiro: Editora PUCRio, 2010.
- SAFATLE, Vladimir. Do uso da violência contra o Estado ilegal. In TELES, Edson e SAFATLE, Vladimir (orgs.) **O que resta da ditadura**, São Paulo: Boitempo Editorial, 2010.
- TELES, Janaína de Almeida. Os familiares de mortos e desaparecidos políticos e a luta por “verdade e justiça” no Brasil. In: TELES, Edson e SAFATLE, Vladimir (Orgs.). **O que resta da ditadura**, São Paulo: Boitempo Editorial, 2010.

DINÂMICA DO PODER E PARADOXO DEMOCRÁTICO: EMANCIPAÇÃO POR MEIO DOS MOVIMENTOS SOCIAIS

Aline Moura da Silva Boanova¹

INTRODUÇÃO

As relações de poder e dominação estão presentes em toda a intersubjetividade e do mesmo modo nas formas de interação entre indivíduo e Estado. Assim, a democracia moderna é uma das formas de resistência ao poder autoritário e de justificar a autoridade partilhada com os indivíduos. Porém a democracia como fruto da fusão entre a tradição liberal e democrática tem estado em pautas de teorias políticas das mais diversas. Busca-se aqui discorrer sobre a Teoria de Chantal Mouffe com a proposta de um pluralismo agonístico. Utilizando a natureza paradoxal da democracia proposta por essa autora, destacamos que os movimentos sociais são um meio de coexistência entre a luta pela eficácia e manutenção dos direitos humanos com a soberania popular, sem eliminar a tensão entre eles e promovendo a emancipação dos indivíduos.

Para responder ao problema dividimos o ensaio em três seções, quais sejam: (I) Poder e dominação a tensão entre Estado e sociedade: da teoria clássica de Weber à genealogia do poder de Marina; (II) Democracia moderna: para além do consenso e do antagonismo, o projeto de pluralismo agonístico de Chantal Mouffe e (III) Movimentos sociais: modo concreto de lutar para garantir espaços de emancipação.

Na primeira seção abordaremos a concepção clássica de poder e dominação desenvolvida por Max Weber e como contraponto a genealogia do poder de José Antonio Marina, com suas novas configurações e aplicações sociais acerca do tema.

Na segunda seção iremos demonstrar a proposta de pluralismo agonístico da Teoria Política proposta por Chantal Mouffe. A autora defende que a procura pela conciliação entre as tradições liberal e democrática na democracia moderna é estéril. Apresentando como solução a coexistência entre as duas tradições sem a eliminação das tensões provocadas entre elas, configurando a natureza paradoxal da democracia.

¹ Advogada – OAB/RS 107.289. Possui Graduação em Direito pela Universidade de Passo Fundo (2016). Conciliadora da Justiça Federal TRF4. Mestranda em Direito no Programa de Pós-Graduação em Direito *Stricto Sensu* da Universidade de Passo Fundo (Turma 2017-1) e bolsista CAPES/PROSUC Modalidade II. E-mail: 47950@upf.br.

Na terceira e última seção nos debruçaremos sobre discussão da influência dos movimentos sociais no processo de emancipação do indivíduo e como a luta pelos direitos humanos com a participação popular pode ser um meio para alcançar esse objetivo.

1. PODER E DOMINAÇÃO A TENSÃO ENTRE ESTADO E SOCIEDADE: DA TEORIA CLÁSSICA DE WEBER À GENEALOGIA DO PODER DE MARINA

O estudo da complexidade das relações sociais tem ocupado pautas de pensadores ao longo dos séculos. Na contemporaneidade os debates sociais sobre o tema também ocupam as agendas dos Estados e da sociedade que buscam alcançar soluções para essa problemática por meio das “lentes do poder”. Um dos ícones na investigação sociológica de poder e dominação é Max Weber, em sua obra *Economia e Sociedade* conceitua o primeiro e estabelece a estrutura tripartite da segunda.

Na concepção clássica de Weber o “poder significa toda probabilidade de impor a vontade numa relação social, mesmo contra resistências, seja qual for o fundamento dessa probabilidade”.² A dominação para o autor é um caso especial e “no sentido muito geral de poder, isto é, de possibilidade de impor ao comportamento de terceiros a vontade própria, pode apresentar-se nas formas mais diversas”.³ Aqui a dominação se apresenta em um sentido de obediência, porém para que seja legítima sua estrutura se reveste em três formas, ao que Weber chamou de dominação legítima,⁴ ou seja, a dominação pode ser de caráter racional, tradicional ou carismático. Weber destaca que nenhuma dessas estruturas aparece de forma pura, podendo haver combinações entre elas, ou ainda, podem evoluir ou se transformar, dependendo da situação que se apresenta, como por exemplo: a dominação poderá ser inicialmente tradicional e incorporar o caráter carismático.

² WEBER, Max. **Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva**. Tradução de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa; Revisão técnica de Gabriel Cohn - Brasília, DF: Editora Universidade de Brasília: São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 1999a, V 1. p. 33.

³ WEBER, Max. **Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva**. Tradução de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa; Revisão técnica de Gabriel Cohn - Brasília, DF: Editora Universidade de Brasília: São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 1999b, V 2. p. 188.

⁴ “A vigência de sua legitimidade pode ser: de caráter racional: baseada na crença na legitimidade das ordens estatuídas e do direito de mando daqueles que, em virtude dessas ordens, estão nomeados para exercer a dominação [legal]; de caráter tradicional: baseada na crença cotidiana, na santidade das tradições vigentes desde sempre e na legitimidade daqueles que, em virtude dessas tradições, representam a autoridade [tradicional]; e de caráter carismático: baseada na veneração extra cotidiana da santidade, do poder heroico ou do caráter exemplar de uma pessoa e das ordens por esta reveladas ou criadas [carismático]” WEBER, 1999a, p. 141.

Sobre a obediência, Weber destaca que

[...] significa para nós, que a ação de quem obedece ocorre substancialmente como se este estivesse feito do conteúdo da ordem em nome dela a máxima de sua conduta, e isso unicamente em virtude da relação formal de obediência, sem tomar em consideração a opinião própria sobre o valor ou desvalor da ordem como tal.⁵

Na obra *Ciência e Política* Weber estabelece que somete o Estado é detentor do “*monopólio do uso legítimo da violência*”, pois é o único legitimado para a dominação, nesse sentido, poderá fazer uso da violência para atingir seus propósitos, assim, define que:

[...] o Estado consiste em uma relação de dominação do homem sobre o homem, fundada no instrumento da violência legítima [...] O Estado só pode existir, portanto, sob condição de que os homens dominados se submetem à autoridade reivindicada pelos dominadores.⁶

Todavia, as teorias de poder e dominação que se formulam nos debates atuais tomam outro contorno, para José Antonio Marina, a dominação e o poder estão presentes em todas as relações intersubjetivas estabelecendo a forma que se controla ou se é controlado por alguém. Conforme o autor “*basta un elemental ejercicio de introspección para que usted y yo nos reconozcamos inmersos en relaciones de dominación más o menos justificables*”.⁷ Porém, “*en su origen, pues, el poder no es enemigo de la libertad, sino fuente y apremio de ella*”.⁸ Então o desejo pelo poder também se configura em busca pela liberdade e pela emancipação. Segundo Marina, o desejo pelo poder é um elemento de sua estrutura, sem ele [...] “*rompe el circuito del poder y desactiva el sistema*”.⁹ Exemplificando: “*la estructura jerárquica de una colmena no puede interpretarse como una estructura de poder, porque le falta el enfrentamiento de deseos*”.¹⁰ Explica ainda que o ser humano é movido por três tipos de desejos: “[...] *el de bienestar, el de vinculación social y el de afirmación del poder* [...]”¹¹. Marina ressalta que o estudo do poder atravessa três fases: a primeira “*la inteligencia humana convierte todos los deseos en insaciables, incluido el deseo de poder*”;¹² a segunda: “*los mecanismos de dominación*

⁵ WEBER, 1999a, p. 140.

⁶ WEBER, Max. **Ciência e política: duas vocações**. São Paulo: Cultrix, 2011. p. 56-57.

⁷ MARINA, José Antônio. **La pasión de poder: Teoría y práctica de la dominación**. Barcelona: Anagrama, 2009. p. 9-10. “Basta um exercício elementar de introspecção para que você e eu nos reconheçamos imersos em relações mais ou menos justificáveis de dominação” (Tradução nossa).

⁸ MARINA, 2009, p. 14. “Em sua origem, então, o poder não é o inimigo da liberdade, mas a fonte e a execução da mesma” (Tradução nossa).

⁹ MARINA, 2009, p. 17. “Quebra o circuito de poder e desativa o sistema” (Tradução nossa).

¹⁰ MARINA, 2009, p. 17. “A estrutura hierárquica de uma colmeia não pode ser interpretada como uma estrutura de poder, porque carece de confronto de desejos” (Tradução nossa).

¹¹ MARINA, 2009, p. 22. “O bem-estar, a articulação social e a afirmação do poder” (Tradução nossa).

¹² MARINA, 2009, p. 24-25. “A inteligência humana transforma todos os desejos em insaciável, incluindo o desejo de poder” (Tradução nossa).

se van haciendo cada vez más simbólicos";¹³ a terceira: “[...] aparece la necesidad de legitimar el poder, de justificar de alguna manera la obediencia”.¹⁴ Com base nessas constatações Marina passa a sua genealogia do poder.

Na definição de poder o autor demonstra que ele pode ser descrito pela capacidade que um indivíduo exerce sobre o outro de determinar, dirigir e decidir, conjugadas em uma ideia de controle. Sob o aspecto do controle afirma que a sua forma mais sutil se dá quando as pessoas aderem ao que o detentor do poder quer sem ao mesmo notar, ou seja, com uma falsa sensação de liberdade. Da junção de poder e controle se apreende que *“tiene poder quien puede controlar el comportamiento propio (poder autorreferente) o el de otras personas (poder social)”*.¹⁵ No tocante ao excesso de poder, menciona que esse não pode ser eliminado e sim deve ser controlado. O poder social se dá por mecanismos simbólicos, dentro dessa estrutura o poder aparece como uma necessidade e como uma ameaça, sempre se concretizando em “figuras de poder” e “figuras de submissão”.

Ao concluir a genealogia do poder o autor destaca a tensão entre o poder constituinte e poder constituído. Em um enfoque do poder ligado aos sentimentos, relata a importância do medo e da ameaça na tomada de decisão, ressaltando que em circunstâncias assim as pessoas são capazes até de renunciar à alguns direitos fundamentais. Nesse aspecto a flexibilização de direitos em nome da coletividade pode representar uma grave ameaça à conquista das garantias obtidas por meio de lutas sociais.

Como instrumentos de poder Marina destaca o castigo e o prêmio, relacionados à dor e ao prazer, esses elementos operacionalizam o poder. Outros sentimentos também podem ser instrumentos de poder: a fúria, o ódio e o ressentimento. A sedução é um fator presente nas manifestações de poder, é um modo de atuar *“seducir es mover suavemente la voluntad de alguien”*.¹⁶ A sedução pode ser tomada como uma promessa, uma antecipação de um prêmio. O controle de todos esses sentimentos e emoções tem a ver com a liderança. O líder nato se utiliza de vários estilos de liderança se adequando a cada situação. Ainda sobre a relação de sentimentos e poder, é abordada a questão da moral, a justificativa da obediência na legitimação do poder. O poder atua por três mecanismos: a coação direta, a mudança de crença

¹³ MARINA, 2009, p. 24-25. “os mecanismos de dominação estão se tornando cada vez mais simbólicos” (Tradução nossa).

¹⁴ MARINA, 2009, p. 24-25. “Há uma necessidade de legitimar o poder, de justificar de alguma forma a obediência” (Tradução nossa).

¹⁵ MARINA, 2009, p. 35. “tem poder que pode controlar o comportamento próprio (consciência de poder) ou de outras pessoas (poder social)” (Tradução nossa).

¹⁶ MARINA, 2009, p. 88 “Seducir é gentilmente mover a vontade de alguém” (Tradução nossa).

e a mudança de sentimentos. O poder é uma consequência do uso desses mecanismos. Os recursos podem ser pessoas, capital, propriedades ou capacidades, ou seja, podem ser pessoais ou decorrentes da posição. Eles são utilizados para a obtenção de poder de forma estratégica para sedução. A utilização desses mecanismos pode ocasionar a obediência no caso do poder ou respeito quando se está a falar de autoridade.

Nesse sentido, para Marina, as organizações, instituições e a estrutura estatal utilizam estrategicamente os mecanismos citados juntamente com os recursos para de maneira sedutora obter o poder.

Diante da exposição da genealogia do poder na perspectiva de Marina, nos reportamos ao Estado Democrático de Direito, pois

[...] se enseña a los jóvenes que em una democracia todo el poder reside en el pueblo [...] sin explicarles que esas son verdades que sólo sirven para situaciones de democracia perfecta [...] que hoy por hoy son inexistentes.¹⁷

Assim, passamos a discutir o impacto da legitimação do poder na configuração da democracia moderna.

2. DEMOCRACIA MODERNA: PARA ALÉM DO CONSENSO E DO ANTAGONISMO, O PROJETO DE PLURALISMO AGONÍSTICO DE CHANTAL MOUFFE

Chantal Mouffe¹⁸ por meio da obra *La Paradoja Democrática: El peligro del consenso en la política contemporánea*, propõe a compreensão da democracia moderna por meio de um paradoxo e as implicações teóricas e políticas disso, criticando o antagonismo e o consenso na democracia e sugerindo o pluralismo agonístico. A autora ressalta que como consequência da Revolução Democrática a moderna sociedade é marcada pela indeterminação do poder, da lei e do conhecimento, ou seja, a Revolução Democrática

[...] que conduce a la desaparición de un poder que antes encarnaba la persona del príncipe y se vinculaba a una autoridad transcendental. Se inauguró así un nuevo tipo de institución de lo social em la que o poder quedo convertido em <um lugar vacío>.¹⁹

¹⁷ MARINA, 2009, p. 12. “É ensinado aos jovens que em uma democracia todo o poder reside no povo [...] sem explicar-lhes que estas são verdades que só servem para situações de democracia perfeita [...] que hoje são inexistentes” (Tradução nossa).

¹⁸ Teórica da política educada nas universidades de Lovaina, Paris e Essex. Chantal Mouffe é professora de teoria política da Universidade de Westminster. Ela ensinou em muitas universidades da Europa, América do Norte e América Latina e realizou cargos de pesquisa em Harvard, Cornell, na Universidade da Califórnia, no Instituto de Estudos Avançados de Princeton e no Centro Nacional de Pesquisa em Ciência em Paris, Fonte: <https://www.westminster.ac.uk/about-us/our-people/directory/mouffe-chantal>. Acesso em 10 ago de 2018.

¹⁹ MOUFFE, Chantal. *La Paradoja democrática.: El peligro del consenso en política contemporánea*. Argentina: Gedisa, 2000. p.19 “Isso leva ao desaparecimento de um poder que anteriormente encarnava a pessoa do Príncipe e estava ligado a uma autoridade transcendental. Foi inaugurado assim um novo tipo de instituição do social em um que ou poder remanesceu em

Tal afirmação impacta na legitimação do poder, que após a Revolução democrática não tem mais a garantia de existência definitiva, devendo ser perseguido a todo momento.

Juntamente com o aspecto descrito pela Revolução Democrática, Mouffe destaca que a novidade da democracia moderna é que

[...] el viejo principio democrático de que <el poder debe ser ejercido por el pueblo> vuelve a emerger, pero esta vez em un marco simbólico configurado por el discurso liberal, con su enérgico énfasis em el valor de la libertad individual y los derechos humanos.²⁰

Com isso fica demonstrada a fusão da tradição democrática com a tradição liberal, que combinou valores nucleares do liberalismo, tais como :liberdade individual, direitos humanos, império da lei, com valores nucleares da tradição democrática: igualdade, soberania popular e identidade entre governos. Embora tenha ocorrido a fusão histórica antes descrita, a tendência dominante da democracia contemporânea consiste em identificar a democracia “[...] de una forma que la identifica casi exclusivamente con el Rechtsstaat y la defensa de los derechos humanos, dejando a un lado el elemento de soberania popular, que es juzgado obsoleto”.²¹ Nesse ponto se configura a tensão entre as tradições, Mouffe alerta para o perigo que o déficit de soberania e legitimação representa para as instituições democráticas. Decorre dessa ideia a necessidade de se aprender a dinâmica específica e reconhecer as tensões das diferentes influências (tradições liberais e democráticas), esse é o paradoxo democrático. O argumento central da autora é que

[...] resulta vital para la política democrática comprender que la democracia liberal es resultado de la articulación de dos lógicas que en última instancia son incompatibles, y que no hay forma de reconciliarlas sin perfección.²²

A indagação teórica da obra investiga as consequências negativas da formação do consenso de centro, tais como: considerar como ideal de democracia um consenso racional e a ilusão de que a “esquerda” e a “direita” deixaram de constituir uma importante prática democrática. Os propósitos de seus estudos são examinar modos da Teoria Política contribuir para superar o atual “ponto morto” da democracia liberal, criar condições para solução da situação presente. Em um primeiro plano a autora aponta as carências do enfoque dominante

<um lugar vazio>” (Tradução nossa).

²⁰ MOUFFE, 2000, p.20 “O antigo princípio democrático que o poder deve ser exercido pelo povo emerge, mas desta vez em um quadro simbólico criado pelo discurso liberal, com a sua ênfase energética no valor da liberdade individual e dos direitos humanos” (Tradução nossa).

²¹ MOUFFE, 2000, p.20 “De uma forma que a identifique quase exclusivamente com o *Rechtsstaat* e defesa dos direitos humanos, deixando de lado o elemento da soberania popular, que é considerado obsoleto” (Tradução nossa).

²² MOUFFE, 2000, p.22 “É vital para a política democrática compreender que a democracia liberal é o resultado da articulação de duas lógicas que são em última análise incompatíveis, e que não há nenhuma maneira de reconcilia-los sem perfeição” (Tradução nossa).

da teoria democrática. Em um segundo plano sustenta a incapacidade do modelo dominante de fornecer ferramentas de superação da crise.

Mouffe tenta demonstrar que o modelo de consenso que sustenta a teoria da democracia representativa é incapaz de compreender a dinâmica da política moderna. Essa incapacidade de compreender o paradoxo da expressão político liberal democrática, pois se sustenta no fato de que o consenso pode erradicar o antagonismo. Na sua visão Rawls e Habermas são teóricos da teoria política da reconciliação da democracia com o liberalismo, o primeiro tenta compatibilizar liberdade e igualdade pelo procedimentalismo e o segundo pelo procedimento deliberativo. Porém, nenhum dos dois oferecem solução satisfatória pois um se sobrepõe ao outro: Habermas – democracia sobre o liberalismo e Rawls – liberalismo sobre a democracia. Dessa forma a teoria política democrática precisa abandonar essa busca estéril de conciliação entre as ideias liberais e democráticas. A solução aparente seria nos adaptarmos à natureza de paradoxo da democracia moderna. Não buscar esse inacessível consenso, mas sim um confronto entre interpretações conflitivas de valores constitutivos da democracia contemporânea. Para isso o papel da “esquerda” e da “direita” é importante, e o seu desaparecimento é desastroso para a política democrática. Então a proposta é reconhecer o paradoxo permite compreender a autêntica força da democracia moderna.

Ver a política dessa forma abre muitas possibilidades, como impedir o desenvolvimento da lógica perfeita de liberdade e igualdade e desenvolver a forma pluralista de coexistência humana, os direitos podem existir e ser exercitados, a coexistência de igualdade e liberdade. Essa forma de compreensão da política liberal democrática é o que impede o enfoque racionalista, que em vez de reconhecer a impossibilidade de erradicar essa tensão, trata de eliminá-la.

No pluralismo agonístico proposto por Mouffe a oposição entre amigo/inimigo não é a única forma que o antagonista se apresenta, ele pode ser visto de duas maneiras. Primeiro como antagonismo propriamente dito: entre inimigos que não tem o mesmo espaço simbólico comum. Segundo como antagonismo-agonismo: relação entre adversários, termo definido de modo paradoxal como “inimigos amistosos”, ou seja, amigos porque compartilham o mesmo espaço simbólico comum e inimigos porque querem organizar o espaço simbólico se forma diferente. Então a democracia agonística

[...] exige la aceptación de que el conflicto y la división son inherentes a la política y de que no hay ningún lugar em el que pueda alcanzarse definitivamente una reconciliación em el sentido de una plena actualización de la unidad del <pueblo>.²³

No pluralismo agonístico “[...] la democracia perfecta se destruiría a sí mesma. Esta es la razón de que deba concebirse como un bien que solo existe em la medida em que no puede ser alcanzado”.²⁴

Portanto, na Teoria Política de Mouffe a democracia nunca será um processo acabado, ela sempre sofrerá modificações e estará mediando as tensões entre as tradições liberais e democráticas.

A seguir será abordada a possibilidade de coexistência entre as tradições liberais e democrática por meio dos movimentos sociais que visam a eficácia e a manutenção dos direitos humanos.

3. MOVIMENTOS SOCIAIS: MODO CONCRETO DE LUTAR PARA GARANTIR ESPAÇOS DE EMANCIPAÇÃO

A democracia moderna, na concepção de Mouffe, é fusão das tradições liberais e democráticas, a primeira com ênfase na liberdade e a segunda na soberania popular, nesse contexto, os movimentos sociais podem configurar em uma forma de coexistência das duas tradições, sem o objetivo de conciliação, pois isso eliminaria a tensão entre elas, mas com o objetivo de amenizar a crise da democracia moderna.

A busca pela emancipação pode se operacionalizar por meio da luta pela eficácia dos direitos humanos. Essa é uma forma concreta de realização desse ideal que poderá ser alcançado pelo fortalecimento dos espaços políticos com os movimentos sociais, que visam justamente o combate às desigualdades e exclusões ocasionadas pelo pensamento hegemônico e também uma forma de resistência ao poder e à dominação impostos pelo consenso democrático.

David Sánchez Rubio²⁵ faz uma abordagem da dicotomia que envolve os direitos humanos como um processo histórico de lutas e a sua universalização, ou seja, se a

²³ MOUFFE, 2000, p.32 “Exige a aceitação de que o conflito e a divisão são inerentes à política e que não há lugar onde possa ser conseguido uma reconciliação definitiva no sentido de uma atualização completa da unidade do povo” (Tradução nossa).

²⁴ MOUFFE, 2000, p.148 “A democracia perfeita destruir-se-ia mesma. É por isso que deve ser concebida como um bem que só existe na medida em que não pode ser alcançado” (Tradução nossa).

²⁵ RUBIO, David Sánchez. *Derechos humanos, no colonialidad, y otras luchas por la dignidad: una mirada parcial e situada*. *Revista de Investigaciones Jurídicas*. N 39, México, 2015. p. 775-802

universalização é uma ideia legítima ou uma falsa concepção de dignidade universal. Isso se dá por conta de algumas contradições e paradoxos que tanto podem considerar a universalização dos direitos humanos um produto de uma única cultura moderna capitalista ou uma garantia de espaços de lutas proporcionando a emancipação e libertação multicultural de modo que

Los Derechos Humanos vistos solo desde sus dimensiones instituidas, burocráticas, formales, abstractas y normativas, inviabilizan, ignoran o no afectan a las situaciones estructurales de desigualdad y dominación que quedan inamovibles históricamente, a pesar de que existan normas e instituciones junto a reflexiones teóricas sobre ellas que puedan, formalmente, reconocer las demandas de esos grupos excluidos.²⁶

O autor aponta um abismo entre a “teoria e a prática” no discurso universalista. Ao falar de dois “pontos cegos” do universalismo que poderiam ensejar uma falsa ideia de dignidade, o autor aponta primeiramente a dimensão colonizadora e imperial de imposição dos padrões patriarcais e conservadores capitalistas dos países centrais aos periféricos, evidenciando a tensão norte-sul. Ressalta ainda que a forma hegemônica e abstrata que o universalismo, sem considerar as diferenças, atua ocasiona exclusão e desigualdades. Então aponta *“la necesidad de historizarlos, de situarlos em sus procesos de lucha, sus realidades contextuales y particulares, con sus actores, sus acciones, los medios utilizados, las espiritualidades institucionales y no institucionales”*.²⁷ Aponta uma concepção que vai além dos direitos humanos, uma luta contra-hegemônica que proporciona um encontro intercultural de alteridade e não busca a hegemonia, mas sim o respeito às diferenças. Também ressalta que os direitos humanos figuram como uma das formas de luta pela dignidade humana, porém não a única, pois a resistência por meio de lutas sociais conduz à uma transformação social para o reconhecimento e emancipação, pois

Derechos Humanos y los universalismos de las luchas de resistencias hay que entenderlos como expresiones situacionales que nacen y se desarrollan desde el comportamiento humano y el testimonio de la gente, no desde los discursos y las teorías, que son una parte mínima de la experiencia.²⁸

²⁶ RUBIO, 2015, p. 791 “Os direitos humanos observados apenas a partir de suas dimensões instituídas, burocráticas, formais, abstratas e normativas, inviabilizam, ignoram ou não afetam as situações estruturais de desigualdade e dominação que são historicamente imóveis, apesar de que existem regras e instituições, juntamente com reflexões teóricas sobre eles que podem reconhecer formalmente as demandas dos grupos excluídos” (Tradução nossa).

²⁷ RUBIO, 2015, p. 792 “A necessidade de historizar-los, situá-los em seus processos de luta, suas realidades contextuais e particular, com seus atores, suas ações, os meios utilizados, a espiritualidade institucional e não-institucional” (Tradução nossa).

²⁸ RUBIO, 2015, p. 802 “Os direitos humanos e os universalismos das lutas de resistência devem ser compreendidos como expressões situacionais que nascem e se desenvolvem do comportamento humano e do testemunho das pessoas, não de discursos e teorias, que são uma parte mínima da experiência” (Tradução nossa).

Tomando por base o caráter social que deve estar presente nos debates acerca da liberdade e emancipação Axel Honneth na obra intitulada *Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais o início de uma reformulação da Teoria Crítica com teor normativo*,²⁹ faz uma análise da sociedade aproximando seus estudos de aplicações empíricas, marcado pelo pensamento pós-metafísico, utilizando como pano de fundo a filosofia do jovem Hegel de Jena.

Honneth objetiva a emancipação por meio da intersubjetividade visando o desenvolvimento do indivíduo, apontando a vida social como um conflito insolúvel por reconhecimento, ressaltando a importância das lutas e movimentos sociais, ou seja, o conflito a efetivação do reconhecimento. Honneth se propõe a formulação de uma fenomenologia empírica reconstruindo o conteúdo do amor, do direito e da solidariedade como três padrões de reconhecimento, dando-lhes uma “[...] justificção que vá além do que foi dito até o momento [...]”,³⁰ pois, irá “[...] definir de forma mais adequada as experiências sociais sob cuja pressão a asseverada luta por reconhecimento deve se originar no processo histórico”.³¹ A obra aborda os padrões de reconhecimento sob o aspecto intersubjetivo, analisa a integração dos sujeitos e estabelece uma lógica entre os conflitos e as mudanças sociais, além de atribuir ao reconhecimento uma ferramenta de compreensão social e formação da eticidade.³²

Em outra perspectiva, conforme Boaventura de Sousa Santos, os debates na esfera social devem buscar equilíbrio entre subjetividade e cidadania, conjugando o pessoal com o coletivo para a transformação da sociedade civil em sociedade política.³³ E também com o objetivo de dar à sociedade política autoridade partilhada com o Estado para tomar as decisões. Nesse campo os movimentos sociais buscam uma compatibilização entre o pessoal e o coletivo, um embrião da sociedade política. As lutas de grupos sociais não devem buscar a igualdade como ideia de homogeneidade, mas sim o respeito recíproco às diferenças, fortalecendo os espaços políticos e aumentando a participação social. Na sua Teoria Social Boaventura propõe

[...] incluir uma nova *teoria da democracia* que permita reconstruir o conceito de cidadania, uma nova *teoria da subjectividade* [sic!] que permita reconstruir o conceito de sujeito e uma nova

²⁹ HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais*. 2. ed. Tradução de Luiz Repa. São Paulo: Ed. 34. 2009.

³⁰ HONNETH, Axel. 2009, p. 156.

³¹ HONNETH, Axel. 2009, p. 157.

³² HAMEL, M. R.; BOANOVA, A. M. S. **A Tese do Reconhecimento Social em Honneth e Taylor: Aproximações e Distanciamentos a partir da Filosofia de Hegel**. In: Anais I Congresso Internacional De Jurisdição Constitucional, Democracia E Relações Sociais - I Mostra De Trabalhos Jurídicos Científicos, 2017, Passo Fundo: Editora UPF, 2017. V.1. p.1030 – 1044, p. 1035.

³³ SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade** – 7ª ed. - São Paulo: Cortez, 2000. p.268-269.

teoria da emancipação que não seja mais que o efeito teórico das duas primeiras teorias na transformação da prática social levada a cabo pelo *campo social da emancipação*.³⁴

Boaventura fala sobre o conceito de cidadania, porém, um dos desafios para a liberdade de escolha e participação dos indivíduos na política é o esse conceito, pois não é possível a luta por ideais que se desconhece. Darcísio Corrêa destaca como conceito de cidadania que ela deve ser “a realização democrática de uma sociedade, compartilhada por todos os indivíduos ao ponto de garantir a todos o acesso ao espaço público e condições de sobrevivência digna, tendo como valor-fonte a plenitude da vida”.³⁵ Na obra *A ralé brasileira: quem é e como vive*, o sociólogo Jessé Souza aponta a existência de uma classe inteira de indivíduos que se encontram não só sem capital cultural nem econômico, mas desprovida, ainda, de precondições sociais, morais e culturais que permitam qualquer possibilidade de liberdade e emancipação. Se está a falar de uma massa de indivíduos sem noção do próprio pertencimento na sociedade civil, sem condições de reconhecer sua condição de destinatários de direitos humanos, sem fazer jus à liberdade de expressão e reivindicação por políticas públicas emancipatórias, tampouco da sua posição soberana de participação democrática enquanto força emancipatória. Essa é a leitura de grande parte da sociedade, pois

[...] ao invés da oposição clássica entre trabalhadores e burgueses, o que temos aqui, numa sociedade periféricamente moderna como a brasileira, como nosso ‘conflito central’, tanto social quanto político e que subordina em importância todos os demais, é a oposição entre uma classe excluída de todas as oportunidades materiais e simbólicas de reconhecimento social e as demais classes sociais que são, ainda, que diferentemente, incluídas.³⁶

Dessa forma, o desafio dos movimentos sociais e da luta pela eficácia e conservação dos direitos humanos é criar uma ideia de pertencimento do indivíduo no meio político em que vive, respeitando sua subjetividade, mas inserindo conceito de cidadania inclusive nas classes mencionadas por Souza, aumentando a tensão entre democracia e liberdade, fomentando os debates e tornando possível a emancipação social. Esse encargo não cabe somente ao Estado, a sociedade também é responsável pela transformação social como uma forma de inculcar humanidade às relações sociais.

³⁴ SANTOS, 2000, p. 270, grifo do autor.

³⁵ CORRÊA, Darcísio. **A construção da cidadania: reflexões histórico-políticas**. Ijuí: Ed. UNIJUÍ, 2002. p. 217.

³⁶ SOUZA, Jessé. **A ralé brasileira: quem é e como vive**. Belo Horizonte: UFMG, 2009. p. 25.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

As questões abordadas primeiramente levaram à constatação de a concepção clássica de poder e dominação desenvolvida por Max Weber são importantes referenciais e marcos teóricos para as relações sociais. Todavia as novas abordagens, como as da geologia do poder de José Antonio Marina, trazem à tona reflexões acerca de uma teoria apontando para um novo enfoque das relações desse tipo. A ética é um fator limitador do poder, na tentativa de controlá-lo. O poder faz parte da própria natureza humana e exerce fascínio sobre as pessoas e isso ocorre por diferentes motivos, pode ser no sentido de autonomia, ou simplesmente pelo prazer da dominação. Os mecanismos de controle e dominação estão mais sutis e revestidos em uma concepção de liberdade, trazendo a ideia de que as pessoas têm controle das próprias vontades, quando na verdade foram utilizados recursos de forma estratégica em que se substituiu a coação pela sedução. O poder necessita de uma legitimação para que se transforme em obediência e isso ocasiona uma luta entre distintas legitimações com intuito de detê-lo. Dessa forma surgem os conflitos sociais e a emergência de soluções.

Após foi demonstrado que Chantal Mouffe propôs a pluralidade agonística como Teoria Política a ser aplicada na democracia moderna. Assumindo dessa forma, a natureza paradoxal da democracia, pois um dos problemas das teorias desenvolvidas com base no consenso é que eliminam a tensão necessária entre a liberdade e soberania popular, impossibilitando a modificação e trânsito do poder. Foi demonstrado a impossibilidade de chegar a uma reconciliação final e que a democracia sempre será um terreno povoado por esse paradoxo, pois a transformação e a imperfeição sempre serão traços de sua existência.

Por último ao falar dos movimentos sociais como forma de resistência ao poder e dominação e como um mecanismo de emancipação, mencionamos que as lutas por reconhecimento podem politizar a sociedade e proporcionar um espaço para a eficácia dos direitos humanos e para o exercício da soberania popular. Em que pese existir a carência de um sentimento de pertencimento político nos cidadãos. O déficit de cidadania é responsável pelo enfraquecimento dos movimentos sociais. As desigualdades, as exclusões, os preconceitos aumentam a distância entre a conquista da cidadania para a luta social. Então o que se deve buscar não é uma sociedade hegemônica, marcada pelo consenso, mas sim a emancipação com respeito às diferenças. Além disso, todos devem ter possibilidade de oferecer resistência e lutar pelo reconhecimento, pois a formação de um consenso democrático pode se encaminhar para uma forma autoritária de dominação, onde os grupos com menor representação permanecerão

excluídos e sem a efetivação de seus direitos humanos, como a dignidade. Isso somente será possível com o envolvimento de toda a sociedade e não somente como uma tarefa do Estado, fortalecendo a cidadania e transformando os espaços em políticos, para que os indivíduos conquistem a emancipação social por meio das lutas, se valendo do princípio da soberania e assegurando seus direitos humanos.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

CORRÊA, Darcísio. A construção da cidadania: reflexões histórico-políticas. Ijuí: Ed. UNIJUÍ, 2002.

HAMEL, M. R.; BOANOVA, A. M. S. A Tese do Reconhecimento Social em Honneth e Taylor: Aproximações e Distanciamentos a partir da Filosofia de Hegel. In: **Anais I Congresso Internacional De Jurisdição Constitucional, Democracia E Relações Sociais - I Mostra De Trabalhos Jurídicos Científicos**, 2017, Passo Fundo: Editora UPF, 2017. V.1. p.1030 – 1044.

HONNETH, Axel. **Luta por reconhecimento**: a gramática moral dos conflitos sociais. 2. ed. Tradução de Luiz Repa. São Paulo: Ed. 34, 2009.

MARINA, José Antônio. **La pasión de poder**: Teoria y practica de la dominación. Barcelona: Anagrama, 2009.

MOUFFE, Chantal. **La Paradoja democrática**.: El peligro del consenso en política contemporânea. Argentina: Gedisa, 2000.

RUBIO, David Sánchez. Derechos humanos, no colonialidad, y otras luchas por la dignidad: una mirada parcial e situada. **Revista de Investigaciones Jurídicas**. n. 39, México, 2015, p. 775-802.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pela mão de Alice**: o social e o político na pós-modernidade. 7 ed. São Paulo: Cortez, 2000.

SOUZA, Jessé. **A ralé brasileira**: quem é e como vive. Belo Horizonte: UFMG, 2009.

WEBER, Max. **Economia e sociedade**: fundamentos da sociologia compreensiva. Tradução de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa; Revisão técnica de Gabriel Cohn - Brasília, DF: Editora Universidade de Brasília: São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, v 1, 1999 a.

WEBER, Max. **Economia e sociedade**: fundamentos da sociologia compreensiva. Tradução de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa; Revisão técnica de Gabriel Cohn - Brasília, DF: Editora Universidade de Brasília: São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, v. 2, 1999 b.

WEBER, Max. **Ciência e política**: duas vocações. São Paulo: Cultrix, 2011.

BREVES APONTAMENTOS SOBRE O ESTADO DE DIREITO E SUAS NUANCES CONTEMPORÂNEAS PARA O ALCANCE DA JUSTIÇA

Eduardo Tedesco Castamann¹

INTRODUÇÃO

O debate entre as concepções de Estado, sua soberania, o mercado global e as relações de influência destes com o direito não é novidade. No entanto, cada vez mais se apresenta necessário, haja vista as consequências que o interesse econômico dominante impõe à forma jurídica-política estatal, bem como em razão do sacrifício de bens e valores fundamentais instrumentalizado através do Estado legislador.

Um dos primeiros pontos a ser discutido perpassa brevemente pelas noções do Estado Moderno, na sua concepção liberal clássica (contratualista), bem como pelas relações econômicas e políticas do Estado, em vistas à concepção de soberania, e sua relação com o Direito.

Na linha do discurso moderno, emergem teorias que apresentam um Estado submisso ao mercado capitalista global, ou até mesmo parte indissociável deste. Assim, estando, o Direito, também adstrito a tais interesses econômicos, a ponto de resguardá-los com o sacrifício de valores maiores, ou, sucumbir perante forças que não consegue impedir.

Nesse contexto, se passou a observar a utilização do próprio Estado de Direito, escudado pela democracia, como instrumento de dominação política, a serviço dos interesses econômicos, onde a legalidade ou ilegalidade dos meios utilizados para a obtenção de resultados, diga-se também, expansão de mercado, não seriam discutidos diante da obtenção de determinados fins.

De forma concomitante, conceitos como o colonialismo e o imperialismo ressurgiram, ao passo que o domínio econômico mostrou-se vigente, e através da estrutura democrática, fez-se capaz de alcançar diferentes ordenamentos sobrepujando a própria moralidade e dando azo a um domínio explorador, sobre o pretexto de ser necessário ao próprio processo civilizatório.

¹ Mestrando em Direito no Programa de Pós-Graduação da Universidade de Passo Fundo (UPF-RS); especialista em Direito Penal e Processo Penal – IMED; Integrante do Projeto de Pesquisa Estado de direito, Sistemas de justiça e crítica jurídica: horizontes de uma nova política” (UPF-RS). Advogado; E-mail: ecastamann@gmail.com

Esse aspecto fez com que fossem realizados questionamentos sobre a utilização do Estado de Direito, como operador de uma ideologia imperial, visto que através dessa aceitação, estaríamos consentindo de forma tácita a pilhagem infundável dos detentores do poder tanto econômico, quanto político, sobre os mais desfavorecidos a nível de nação, pessoa jurídica ou indivíduo, tornando permanente a disparidade social, como fruto da concentração econômica de recursos, resultante dessa apropriação forçada.

Diante de tais aspectos, o objetivo do presente artigo, é descrever a posição do Estado de Direito como instrumento de dissimulação do manejo de recursos e bens, registrada desde o colonialismo até os dias atuais, para finalidades escusas ao Direito.

1. ESTADO MODERNO: O PONTO DE PARTIDA

Importante, a fim de delimitar o tema, esclarecer que o Estado absolutista, de Hobbes, tido como a primeira versão do Estado moderno, não é abordado aqui. Interessa ao estudo, o Estado moderno, surgido com a revolução de 1789, e suas instituições, seguindo o contratualismo, cumpridor do papel primordial na manutenção do poder – econômico dominante, diga-se – e que promove suas demandas com a implementação de políticas públicas que superam o discurso jurídico sempre que nele encontra limites.

O Estado, conforme leciona Streck², na sua concepção liberal (segunda versão), que nasce limitado pelos direitos naturais fundamentais, em especial, a propriedade, e se encontra baseado nas relações sociais e políticas racionalizadas por limites – jurídicos – do poder, conforme exposto por Locke, bem como nos termos de Rousseau e seu pacto social, não obstante as disparidades teóricas entre os dois autores.

O Estado Moderno, erigido sob a Revolução Burguesa de 1789, é suficiente para delimitar o presente estudo, sendo que o Estado Absolutista, de Hobbes, tido como sua primeira versão, não interessa para o desenvolvimento do trabalho. Importante destacar que, conforme leciona Hobsbawm³, a partir da referida revolução o chamado Terceiro Estado teve sucesso contra o domínio do clero e da nobreza, tendo a burguesia sido vitoriosa na implementação de um Estado na sua concepção liberal.

² STRECK, Lenio Luiz. **Ciência política e teoria do estado**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2008, p. 35-37.

³ HOBBSAWM, Eric. **A era das revoluções, 1789-1848**. 34. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2014. p. 108.

Sobre a Revolução Francesa, refere Streck⁴ que

Na virada do século XVIII, entretanto, essa mesma classe não mais se contentava em ter o poder econômico; queria, sim, agora, tomar para si poder político, até então privilégio da aristocracia, legitimando-a como poder legal-racional, sustentado em uma estrutura normativa a partir de uma “Constituição” – no sentido moderno do termo – como expressão jurídica do acordo político fundante do Estado. (2008, p. 51)

Importante destaque merece este último, considerando que foi o autor que exerceu maior influência nos revolucionários franceses. Conforme a teoria contratualista de Rousseau, o poder resta legitimado pela vontade geral, que produz um “corpo moral e coletivo” que forma o Estado – e a essa indivisibilidade se reduz o pacto social proposto pelo autor. Diante disso, cada indivíduo, unido por essa comunhão de vontades, cede à comunidade, ao Estado, pelo contrato social, direitos de propriedade, restando considerado este último como “depositários do bem público”, o que justifica, na teoria em comento, a ingestão do próprio Estado na defesa da propriedade⁵. Refere, ainda, Rousseau que “[...] o direito que cada particular tem sobre o próprio terreno é sempre subordinado ao direito que a comunidade tem sobre todos, sem o que não haveria solidez no vínculo social, nem força real no exercício da soberania”⁶.

Resta evidente que, no modelo contratualista de Rousseau, se vislumbra que a vontade geral é quem direciona – ou deveria direcionar – as forças do Estado a fim de atingir os objetivos do pacto social (bem comum). E, neste ponto, Rousseau apresenta seu conceito de soberania como sendo “o exercício da vontade geral”, que, constituindo-se a própria coletividade, é inalienável.⁷

Conforme leciona Leal,

[...] parece haver a convicção de que o ofício do governo passa necessariamente pela delimitação das demandas populares pelo próprio cidadão (vontade geral), que detém efetivamente a soberania e apenas acorda uma representação de interesses demarcados com antecedência.⁸

Em suma, o que permite a efetivação do pacto metapolítico de Rousseau é a vontade geral, que possui como pressuposto a liberdade de escolha, ou seja, mediante a inexistência de coação, dentre de um território (espaço físico delimitado), que movimenta uma instância política que gerencia a administração do interesse geral e que se traduz como soberania.

⁴ STRECK, Lenio Luiz. **Ciência política e teoria do estado**, p. 51.

⁵ ROUSSEAU, Jean-Jacques. Do contrato social: princípios de direito político. Tradução de J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. 2. ed. rev. da tradução. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 29-39.

⁶ ROUSSEAU, Jean-Jacques. Do contrato social: princípios de direito político, p. 39.

⁷ ROUSSEAU, Jean-Jacques. Do contrato social: princípios de direito político, p. 43-44.

⁸ LEAL, Rogério Gesta. Teoria do Estado: cidadania e poder político na modernidade. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 96.

Convém ainda destacar que Rousseau apresenta a lei como concretização da vontade geral, que assegura direitos e vincula o Estado à vontade geral.⁹

Nesses termos tem-se aí a efetiva concentração do poder econômico com o poder político. Explica Streck, ao referir-se ao Estado moderno originário da luta burguesa na revolução de 1789, que

Na virada do século XVIII, entretanto, essa mesma classe não mais se contentava em ter o poder econômico; queria, sim, agora, tomar para si poder político, até então privilégio da aristocracia, legitimando-a como poder legal-racional, sustentado em uma estrutura normativa a partir de uma “Constituição” – no sentido moderno do termo – como expressão jurídica do acordo político fundante do Estado.¹⁰

Não é necessário maior debate para que se demonstre, em evidência, que o Estado moderno, nos termos liberais-burgueses acima concebidos, possui um núcleo duro calcado na economia. Assim, o liberalismo se mantém, aparentemente, como uma teoria antiestatal, que prioriza o indivíduo e sua liberdade, relegando ao Estado um papel simplório (negativo), de garantir a segurança e a ordem a fim de que as vontades individuais se encontrem no mercado, que se organizaria por si só.¹¹

Mas essa concepção parece ser condizente tão somente com aquele liberalismo histórico de luta contra um Estado absolutista, sendo que o Estado contemporâneo passou se tornar parte do projeto liberal. Tem-se que o “perigo” não é oriundo mais do Estado e de suas estruturas institucionais e jurídicas, mas sim da própria sociedade.¹²

Liberalismo lutara fundamentalmente pelas liberdades de (isto é, de religião, de palavra, de imprensa, de reunião, de associação, de participação no poder político, de iniciativa econômica para o indivíduo), e conseqüentemente reivindicara a não interferência por parte do Estado e a garantia para estes direitos individuais, civis e políticos. O enfoque atual é orientado para as liberdades *do* ou *da* (isto é, da necessidade, do medo, da ignorância), e para atingir estas finalidades implícitas na lógica universalista do Liberalismo renunciou-se ao dogma da não-intervenção do Estado na vida econômica e social.¹³

Assim, tem-se que há um desaparecimento do Estado mínimo trazendo a lume uma certa preocupação sobre a continuidade do próprio liberalismo. Ou se, pelo contrário, não seria o abandono de um Estado negativo a condição para própria sobrevivência do liberalismo, nos

⁹ LEAL, Rogério Gesta. Teoria do Estado: cidadania e poder político na modernidade. p. 98-100.

¹⁰ STRECK, Lenio Luiz. Ciência política e teoria do estado. p. 51.

¹¹ STRECK, Lenio Luiz. Ciência política e teoria do estado. p. 60-61.

¹² BOBBIO, Norberto. MATTEUCCI, Nicola. PASQUINO, Gianfranco. Dicionário de política. Tradução de Carmen C. Varriale Gaetano Lo Mônico, João Ferreira, Luís Guerreiro Pinto Cacaís e Renzo Dini. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998, p. 699-702.

¹³ BOBBIO, Norberto. MATTEUCCI, Nicola. PASQUINO, Gianfranco. Dicionário de política. p. 702-703.

quais estão formados os elementos do capitalismo.¹⁴

A nítida opção pelo Estado positivo, interventor, notadamente no aspecto econômico, é evidente, principalmente dentre os capitalistas. Keynes, por exemplo, apresenta-se como um ferrenho defensor de que um mercado não interventor ocasiona lentidão e instabilidade no crescimento, sendo necessária a regulação estatal, além de assegurar o próprio domínio do capital.¹⁵

Nesse sentido, refere Toledo, que

A teoria da demanda efetiva de Keynes não é senão o reconhecimento de que a ordem neoclássica não é automática; de que a classe operária com suas demandas pode romper o equilíbrio e, portanto, que o *Estado planejado* deve-se impor frente ao Estado guardião. O futuro tem que ser assegurado como pacto e como planejamento.¹⁶

Diante do contratualismo, do conceito de soberania (vinculado à vontade geral, de Rousseau), das características do Estado mínimo liberal, do capitalismo de Estado de Keynes, é imperioso destacar que o Estado contemporaneamente tem apresentado faces, que não necessariamente são novidades. A soberania é relativa e a vontade geral (do corpo moral e coletivo) é sobrepujada pelo poderio das relações econômicas internacionais, relegando ao Estado um papel subalterno imprescindível para manutenção da ordem – econômica – vigente, sendo, no mínimo, recomendável o afastamento do pensamento clássico (neo)liberal para entender tal fenômeno.

2. O IMPÉRIO: POR UMA INTRODUÇÃO A UMA NOVA CONCEPÇÃO DE ESTADO DE DIREITO

Mascaro, em sua obra Estado e Forma política, apresenta que a própria passagem entre a Idade Média e a Idade Moderna, com o surgimento do Estado, com a submissão da população a um ambiente político comum, constituindo-se a instalação dessa forma política na consolidação de um sistema capitalista. Por esse motivo, o poder econômico não só interfere, como reinventa a forma política e a forma jurídica.¹⁷

Ou seja, não há dissociação entre a forma política estatal e o modo de reprodução da

¹⁴ STRECK, Lenio Luiz. Ciência política e teoria do estado. p. 64.

¹⁵ FEIJÓO, José Carlos Valenzuela. O Estado neoliberal e o caso mexicano. In LAURELL, Asa Cristina (org.). Estado e políticas sociais no neoliberalismo. Tradução de Rodrigo León Contrera. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2002, p. 13.

¹⁶ TOLEDO, Enrique de la Garza. Neoliberalismo e Estado. In LAURELL, Asa Cristina (org.). Estado e políticas sociais no neoliberalismo. Tradução de Rodrigo León Contrera. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2002, p. 76.

¹⁷ MASCARO, Alysson Leandro. Estado e forma política. São Paulo: Boitempo, 2013. p. 56.

economia capitalista. O modo de produção do capital não pode existir sem o Estado, que é pré-condição para que o primeiro exista. Explica Mascaro que o “Estado, tal qual se apresenta na atualidade, não foi uma forma de organização política vista em sociedades anteriores da história. Sua manifestação é especificamente moderna, capitalista”¹⁸. Conforme refere Hardt e Negri, “‘O Estado só triunfa’, diz Fernand Braudel, ‘quando se identifica com o Estado, quando é o Estado’”¹⁹.

No balanço de sua especificidade histórica, depreende-se que o nexos entre capitalismo e Estado é estrutural. A generalização das relações sociais constituídas mediante forma-mercadoria demanda uma forma política apartada dos próprios portadores e trocadores de tais mercadorias – a principal delas, a força de trabalho mediante salariado. O Estado se consolida como o ente terceiro, garante e necessário da dinâmica do capitalismo. Em face dos indivíduos e suas interações, que passam a identificar a “vida privada”, o Estado se inscreve como distinto: “público”.²⁰

Não obstante a isso, Wolkmer, ao analisar os Estados latino-americanos, atribui à condição periférica destes Estados a um capitalismo tardio e à falta de uma “sociedade burguesa estratificada”, o que deu azo à uma onda conservadora, instituída pelo próprio Estado, da qual integravam especialmente elites das burocracias militar e cível, além da falta de identidade nacional (que aqui se traduz como ausência de vinculação às necessidades da população e da sociedade como um todo). Logo, desde as origens dos Estados latino-americanos, especialmente o brasileiro, houve um controle oligárquico ainda influenciado pelo colonialismo, fundado na proteção da propriedade e do capital.²¹

Aparentemente, conforme o autor citado, está ainda vigente um imperialismo, pelo qual as colônias, mesmo diante dos processos de independência, continuaram, principalmente no que tange ao Direito, vinculadas à uma tradição colonialista, de cunho liberal, patrimonialista, demonstradas pela herança de privilégios de um Poder Executivo “imperial” que defende a ordem econômica dominante. Em suma, Wolkmer refere que as instituições jurídicas e políticas foram oriundas de uma herança colonial (ibérica) burocrática e patrimonialista e de uma tradição liberal-individualista, que atendem tão somente o interesse exclusivo das elites detentoras da propriedade privada e dos meios de produção de riquezas.²²

¹⁸ MASCARO, Alysson Leandro. Estado e forma política. p. 17.

¹⁹ HARDT, Michael. NEGRI, Antonio. Império. Tradução de Berilo Vargas. 6. ed. Rio de Janeiro: Record, 2004. p. 256.

²⁰ MASCARO, Alysson Leandro. Estado e forma política. p. 57.

²¹ WOLKMER, Antonio Carlos. Repensando a questão da historicidade do Estado e do Direito na América Latina. In WOLKMER, Antonio Carlos; VIEIRA, Reginaldo de Souza (Org.). Estado, política e direito. Criciúma: UNESC, 2008. p. 13-14.

²² WOLKMER, Antonio Carlos. Repensando a questão da historicidade do Estado e do Direito na América Latina. p. 15-20.

Imperialismo esse, que segundo Hardt e Negri, é desconstituído na esfera ontológica (mais abrangente) da globalização²³ e não condiz com o declínio – ou nova forma – da soberania dos Estados-nação, motivada pela nova economia global, que molda a soberania sob uma composição de organizações nacionais e supranacionais, todas em prol de uma única lógica capitalista. Logo, considerando que a soberania clássica dos Estados era o pilar de sustentação do imperialismo – colonialismo – da Idade Moderna, entende o autor pelo estabelecimento do Império, como algo completamente diverso daquele primeiro.²⁴

As características opressoras do Império aparecem como um reforçamento da distinção entre espaço interior e exterior, “não existe mais lado de fora”²⁵. Com a descentralização territorial do poder, embasada em uma formação jurídica expressa, o Império se apresenta como o “*não-lugar*” da produção mundial, que possui elementos - “um cérebro, um coração, um torso, e membros” – globais, como um poder geral.²⁶

Convém, ainda, destacar que o Império é aparelhado por três imperativos diferentes na sua formação, um de ordem inclusiva, outra diferencial e, o último, gerencial. O inclusivo corresponde a sua face liberal, de aceitação de todos para “dentro” de suas fronteiras. O dito momento de diferencial, segundo momento de controle, com que se recebe as diferenças, e assim conduz-se ao terceiro momento, que se trata da administração dessas diferenças dentre de um contexto geral de comando, econômico, diga-se. Restando, assim, distante de um modelo imperial de fixação e separação de identidades.²⁷

Tem-se que o pensamento (contratualista) de Rousseau – e pode-se incluir aqui Hobbes e Locke – não criaram raízes em relação ao Estado e sua soberania. Tanto pelas razões acima expostas, contundentes na formação do Estado Modernos pós-Revolução Francesa, o Estado hoje, e, conseqüentemente sua forma jurídica, está submetido a um capitalismo de mercado globalizado (Mascaro) e que já não encontra fronteiras para se manter e, se possível expandir na forma exposta por Hardt e Negri.

O Império dita suas leis e mantém a paz segundo um modelo de direito pós-moderno e de lei pós-moderna, mediante procedimentos móveis, fluidos e localizados. O império constitui o tecido ontológico no qual todas as relações de poder são costuradas – relações políticas e econômicas,

²³ HARDT, Michael. NEGRI, Antonio. Império. p. 385.

²⁴ HARDT, Michael. NEGRI, Antonio. Império. p. 12.

²⁵ HARDT, Michael. NEGRI, Antonio. Império. p. 206.

²⁶ HARDT, Michael. NEGRI, Antonio. Império. p. 230.

²⁷ HARDT, Michael. NEGRI, Antonio. Império. p. 217-220.

assim como relações sociais e pessoais. É nesse híbrido domínio da estrutura biopolítica do ser que a estrutura interna da constituição imperial é revelada, [...].²⁸

Isso compreende, como explica Mascaró, com que as formas sociais, dentre elas, a que mais importa para este trabalho, o Direito (forma jurídica), esteja não só em desigualdade com os poderes econômicos, mas que sirva de instrumento para possibilidade destes. A forma política constitui todos os contornos jurídicos necessários à essa submissão do Direito, sendo que ambas remontam a lógica de reprodução econômica dominante.²⁹

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com efeito, partindo de concepções apontadas por Streck, como importantes no processo histórico de formação do Estado Moderno contemporâneo, tem-se que forças econômicas externas, globais, seja na concepção do Império, de Hardt e Negri, bem como no Estado vinculado ao capitalismo de Mascaró, decorrentes de um período pós-imperialista, movem as decisões políticas estatais de forma essencialmente capitalista, sem limites morais e preocupações sociais e ambientais evidentes.

Com isso, tem-se que o Estado de Direito, vinculado à democracia, como usualmente ocorre nos Estados liberais (Modernos), constitui um sistema jurídico que ampara as necessidades e vontades de um mercado global. Podendo-se referir, quiçá, que há uma relativização da soberania clássica dos Estados-nação, que agora abre acessos para interesses econômicos externos, geralmente sob a justificativa da necessidade de abertura das fronteiras para investimentos estrangeiros.

Resta clara uma forte corrente que conflui para uma unificação normativa que melhor atenda os interesses do mercado global. Resguardando ao direito uma posição subalterna à política e ao poder. Posição esta que não atende os princípios de eficiência e Justiça.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

BOBBIO, Norberto. MATTEUCCI, Nicola. PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. Tradução de Carmen C. Varriale Gaetano Lo Mônaco, João Ferreira, Luís Guerreiro Pinto Cacais e Renzo Dini. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998, p. 699-703.

FEIJÓO, José Carlos Valenzuela. **O Estado neoliberal e o caso mexicano**. In LAURELL, Asa Cristina (org.). Estado e políticas sociais no neoliberalismo. Tradução de Rodrigo León

²⁸ HARDT, Michael. NEGRI, Antonio. Império. p. 376.

²⁹ MASCARÓ, Alysson Leandro. Estado e forma política. p. 17-44.

Contrera. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2002

HARDT, Michael. NEGRI, Antonio. **Império**. Tradução de Berilo Vargas. 6. ed. Rio de Janeiro: Record, 2004.

HOBBSAWM, Eric. **A era das revoluções, 1789-1848**. 34. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2014. P. 97-132.

LEAL, Rogério Gesta. **Teoria do Estado: cidadania e poder político na modernidade**. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social: princípios de direito político**. Tradução de J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. 2. ed. rev. da tradução. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

STRECK, Lenio Luiz. **Ciência política e teoria do estado**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2008.

TOLEDO, Enrique de la Garza. Neoliberalismo e Estado. *In* LAURELL, Asa Cristina (org.). **Estado e políticas sociais no neoliberalismo**. Tradução de Rodrigo León Contrera. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2002.

WOLKMER, Antonio Carlos. Repensando a questão da historicidade do Estado e do Direito na América Latina. *In* WOLKMER, Antonio Carlos; VIEIRA, Reginaldo de Souza (Org.). **Estado, política e direito**. Criciúma: UNESC, 2008.

A CRISE MIGRATÓRIA: POLÍTICAS EXTREMISTAS X DIREITOS HUMANOS

Letícia da Silva Nigris¹

INTRODUÇÃO

Diante do cenário de violência exacerbada testemunhado diariamente por uma sociedade que protesta por providências de seus governantes como resposta a noticiários e manchetes muitas vezes distorcidos e tendenciosos, vemos surgir medidas destinadas a atender a esses mais diversos anseios. Ainda que com cunho político, se não, tão somente com esse, correntes criminais extremistas e adversas aos ordenamentos jurídicos em vigor começam a ser adotadas. Nessa linha, a teoria do Direito Penal do Inimigo, celebrada por Gunther Jakobs e responsável, em suma, por observar a sociedade de forma bipartida, composta de cidadãos e inimigos.

O conflito surge no momento em que a teoria recusa o conceito de cidadão ao definir inimigos desconstituídos de personalidade jurídica, negando para tais, direitos e garantias fundamentais, absolutos em grande parte dos ordenamentos vigentes, principalmente os ocidentais.

Assim, partindo de tal premissa, a situação problemática gira em torno da aplicação da teoria supra, que renega de forma evidente os princípios basilares da dignidade humana, ao cenário da migração mundial atual, onde pessoas passam a ser consideradas criminosas, pelo simples estado de migrante.

O que devemos fazer para solucionar o conflito, investir no aumento de normas que nos afaste de um perigo imaginário ou permitirmo-nos a reflexão sobre o próprio comportamento social que fecha as portas para aquele que necessita e permite que todos os direitos fundamentais ao homem garantidos, sofram drásticas e evidentes flexibilizações.

¹ Mestranda em Direito e pesquisadora com bolsa CAPES pela UPF - Universidade de Passo Fundo – Linha de pesquisa: Relações Sociais e Dimensões do Poder. Pós-Graduada em Direito Tributário Empresarial pela IMED – 4ª Ed. – Graduada em Ciências Sociais e Jurídicas pela Universidade Luterana do Brasil. Email: leticianigris@hotmail.com

1. MIGRAÇÃO CONTEMPORÂNEA: UM FENÔMENO NATURAL OU SOCIALMENTE FORÇADO?

Diversos autores, das mais diversas áreas, fazem referência ao fenômeno da capacidade humana de se movimentar pelo globo, como algo existente e inerente à sua essência, desde o primórdio dos tempos.

Bauman (2017), por exemplo, coloca que,

Os primeiros seres humanos, de modo semelhante aos homínídeos dos quais se separaram, eram caçadores e coletores, e por esse motivo devem ter sido nômades; seus descendentes, que construíram a espécie do *Homo sapiens*, continuaram nômades durante a maior parte de sua história posterior. [...] Julga-se que as primeiras migrações de nossos ancestrais estavam confinadas ao continente africano – enquanto se acredita que 100 mil anos atrás seus descendentes, que os paleontologistas consideram já pertencentes à espécie *Homo Sapiens*, saíram da África para o Oriente Médio e de lá se dispersaram por todos os continentes do planeta. (BAUMAN, 2017, p. 69-70)

É compreensível, de fato, que cientificamente os dados apontem para essa realidade que descreve como o ser humano se desenvolveu desde suas origens. Contudo, o fenômeno da mobilidade humana acompanha evolução do homem como ser pensante e sua própria habilidade de criação de sistemas, sociedades e civilizações.

Não se pode dizer que os objetivos da mobilidade humana são os mesmos hoje, do que aqueles que a guiaram quando o ser humano sequer havia inventado a roda, por exemplo.

Porém, a história primitiva está sendo utilizada para descrever os fluxos e muitas vezes explicar suas causas. Diversos discursos apontam para o fenômeno como algo intrínseco à raça humana, que o “ser humano sempre migra”, etc. Por trás de tais argumentos, no entanto, existe uma tentativa de evitar que se contestem as realidades hoje postas, eis que estaríamos então diante de um fenômeno em tese social e biológico, ou seja, passível de ser moldado ou até mesmo diminuído através dos mecanismos do homem moderno, sejam políticos ou até mesmo bélicos, mas maleáveis como diversas outras manifestações naturais hoje já coordenadas pelo homem.

Ou seja, isso faz com que se legitimem cada vez mais medidas de adequação das estruturas políticas, sociais e econômicas, à mudança rápida a que são submetidas as nações e territórios “alvo” desses fluxos, não importando os meios a serem utilizados para as tentativas de redução ou parada do fenômeno que, embora apontado como natural, vem sendo tratado como incorreto e perturbador às sociedades e ao globo.

Porém, seria possível dizer estarmos em um mundo que, com seu código globalizado e

que hoje faz praticamente todos os sistemas funcionarem, ser o verdadeiro responsável pela produção intencional desses fluxos, de características diversas aos fluxos migratórios colonizadores vistos no passado? E mais, que nessa visão de criador ou impulsionador destes, o faz de forma planejada a converter tais massas em situação de risco e vulnerabilidade, em mão-de-obra pura e barata a manter seu sistema capitalista mundo afora?

Seria tolo dizer que o mundo globalizado não prevê a existência dessa parcela que fica à margem, deslocando-se de cá para lá, a procurar um lugar de encaixe no mundo. Assim, devemos ter claro que essa aparelhagem não pretende a adoção de medidas que extingam a existência dessas pessoas andantes, mas sim, busca-as como uma necessidade ao funcionamento do seu sistema, para que, da forma mais radical, extraia o poderio máximo da proposta econômica que a rege.

De tal modo, a migração internacional pode ser chamada de amortizador da economia globalizada, visto que uma vez obrigados a trabalhar, em várias situações, ilegalmente, essas pessoas ficam à mercê da exploração; correm riscos de vida, aguentando todas as consequências do trabalho, muitas vezes perigoso, e da situação clandestina a que se submetem, bem como às próprias discriminações e abusos sofridos na condição de migrantes e/ou refugiados. (TEDESCO, 2010).

O processo de mercantilização econômico-social atual vem acirrando as diferenças regionais no interior dos países, entre países e continentes. O referencial tecnológico, informacional, bélico (guerras civis), cultural (ainda que com tendências homogeneizantes), de reservas naturais, ecológicas segundo a ótica mercantil, de mão-de-obra, de pesquisa e conhecimento aplicado determina níveis de desenvolvimento e sua característica desigual e dependente. Fruto e indutor de variáveis e econômicas, técnicas, jurídicas, étnicas e antropológicas, a migração internacional talvez seja a esfera hoje de maior alteração, redefinição e problemática social. Sua centralidade ou não (ainda!) foi, e continua sendo, fundamental para o processo social mesmo em suas novas dinâmicas técnicas (aqui entendidas como maquinismo), informacionais, eletrônicas, virtuais que, em teoria, seriam redutoras da inserção de mão-de-obra no trabalho na sociedade. (TEDESCO, 2006, p. 53).

A dimensão econômica tem um papel piloto nesse processo, explica Badie (1995). Para o autor, as estratégias adotadas por determinados Estados, estão sempre voltadas para o desenvolvimento de uma economia de globo, que deixa de lado regulações do Estado-Nação, acarretando na internacionalização das políticas econômicas, da mesma forma que provocam a extensão das lógicas transnacionais do mercado.

Junto a isso, a mobilidade humana caminha e cada vez mais aumenta, uma vez que tanto numa situação, quanto na outra, a pertinência do Estado-Nação enquanto território fechado, se corrompe, perdendo com isso as funções da produção e do consumo de seu corpo (BADIE,

1995).

Nesse sentido, a própria ideia de fronteiras geográficas é a cada dia mais difícil de sustentar no “mundo real”, coloca Bauman (1998), fator esse modificado pela incidência de políticas econômicas globalizadas e diretamente ligadas ao crescente dos fluxos humanos. Para o autor, as distâncias já não mais importam, e com elas perdem a razão de ser as divisões dos continentes e do globo, antes reais e necessárias por conta dos transportes primitivos e às dificuldades de locomoção em viagens.

Assim, Bauman (1998) diz que a distância não passa de uma criação social. Sua extensão dependeria e variaria conforme a velocidade pela qual pode ser percorrida (e no sistema capitalista, o custo envolvido na produção dessa velocidade). Conclui referindo que todos os demais fatores produzidos socialmente de formação, separação e manutenção de identidades coletivas, pareceriam, em retrospectiva, simples efeitos dessa velocidade.

O que ocorre, no entanto, antes mesmo da questão sobre fronteiras e barreiras geográficas suprimidas, é que com isso, há uma atual identificação entre poder político e econômico, que faz dos detentores do poder econômico, o principal objetivo das ações políticas, se não os únicos. (CASARA, 2018). Dessa forma, o neoliberalismo está a superar as tentativas de diminuição da dicotomia público-privado, transformando o que era público em privado, e o interesse dos principais grupos econômicos como interesse público, conclui.

Portanto, com essa realidade obscura, enquanto governos se dizem enérgicos no controle das suas fronteiras, o são muito menos incisivos quando se fala no controle interno, uma porque, de fato são mais é um controle mais difícil, porém isso significaria bater de frente com o interesse dos detentores do poder; no caso aqui em estudo, empresários empregadores, que buscam nos trabalhadores de condições irregulares o meio de desenvolvimento de seus lucros (TEDESCO, 2012).

Ou seja, todo esse cenário se forma por conta da predominância da economia global que se desenvolve nos dias atuais, uma economia capitalista. Razão pela qual tão somente os princípios do mercado e da produção que visa o lucro são considerados os seus regentes, explicam Held e McGrew (2000).

[...] como o século XX assistiu à difusão global do capitalismo industrial, o capitalismo pós-industrial vem tomando o lugar deste no final do século. Com essa reestruturação veio uma alteração dramática da forma e da organização do capitalismo global. Ao se referirem alternadamente ao “capitalismo informatizado global”, ao “capitalismo maníaco” ao “turbo-capitalismo” ou ao “capitalismo supraterritorial”, os comentaristas procuram captar a mudança qualitativa que vem ocorrendo na organização e na dinâmica espaciais dessa nova formação

capitalista global. Na era da Internet, para simplificar a argumentação, o capital – produtivo e financeiro – libertou-se das restrições nacionais e territoriais, enquanto os mercados se globalizaram a ponto de a economia interna ser constantemente forçada a se adaptar às condições competitivas globais. (HELD E MCGREW, 2010, p. 62-63).

No entanto, dentro desse processo de globalização econômica, e até mesmo em oposição a determinadas realidades que ocorrem dentro dele, existe um conjunto de reivindicações, advindas principalmente desses irregulares e/ou clandestinos utilizados como instrumento ou, ainda, de grupos que pretendem o controle da (e)imigração, diz Tedesco (2010).

Há, no meio de toda a problemática uma espécie de “economia moral das migrações”, que se alimenta através de redes familiares, vizinhanças e parentescos, planos de melhora de vida, direitos, solidariedade, etc., que, de certo modo, desafia e enfrenta uma convencional espécie de “economia política das migrações”. (TEDESCO, 2010).

Por outro lado, a globalização desses movimentos também reforça uma rejeição econômica à imigração em massa, de resistência ao que é percebido como uma possível ameaça à identidade cultural coletiva. (HOBBSAWN, 2007).

Migrantes econômicos, ou seja, aqueles que buscam um espaço no mercado (que os produz, deles se utiliza, porém também os rejeita), são frequentemente atingidos com a real força da xenofobia, quando se observa também o fracasso do capitalismo globalizado dos livres mercados em estabelecer de uma movimentação internacional de força livre de trabalho, total oposto ao que se viu com o capital e o comércio, até então, explica Hobsbawn. (2007).

Nessas perspectivas, Marinucci e Milesi (2005) fazem importantes ponderações no sentido de expor que, desfrutando da queda dos preços e dos avanços da tecnologia no âmbito da comunicação e dos transportes, e não conseguindo, ou não querendo, estabelecer uma força livre de trabalho no mercado, esta forma de globalização dá mais garantias aos direitos do capital e das mercadorias que ao ser humano.

Dessa forma, acima da própria característica moderna de globalização do mundo, estaríamos sob uma “dualização” do planeta, focada em enriquecer os mais abastados e empobrecer os miseráveis. Estes últimos ainda, não raras as vezes seriam reificados e mercantilizados na busca da maximização do lucro, principal objetivo da atual internacional, completam Marinucci e Milesi (2005).

Aqui temos o ponto principal de debate deste tópico, uma vez que, até então, grande parte dos escritos aponta o fenômeno da migração como algo inerente à própria espécie humana, sem muitas vezes discutir a mutabilidade de suas causas.

É o que traz Bauman, por exemplo. Para o sociólogo, pouco haveria de inédito no padrão das respostas sociais/políticas aos deslocamentos em massa, uma vez que, quando nossos ancestrais se tornaram completamente humanos, os mesmos já seriam migratórios por conta da caça que necessitavam para seu sustento (BAUMAN, 2017).

Porém, questões devem ser arguidas, quando observadas a intensidade e a complexidade envolvidas no fenômeno da mobilidade humana contemporânea, ou seja, estaríamos diante de um fenômeno “natural” ou “induzido?”; e mais, estaríamos diante de um fluxo “voluntário” ou “forçado”? O que tentam demonstrar Marinucci e Milesi (2005), é que existe a impressão de que a migração maciça presenciada, em direção aos países do hemisfério Norte, que antes não passavam de uma livre opção dos indivíduos, hoje advém da crise do modelo atuante de globalização neoliberal, que acumula riquezas e subordina o capital da produção e gerador de empregos, a um capital especulativo, no entanto.

Expressam os autores que a migração pode não ser algo novo na história da modernização, mas erram os avaliadores a apontarem uma livre migração por parte das pessoas que saem em busca de melhores condições. Isso porque, estaríamos diante de um processo coativo, os pobres hoje livres para comercializar sua própria mão-de-obra, mas o fazendo pelo fato de que não podem controlar sua própria existência. Ou seja, o ser humano faz parte de uma sociedade capitalista transformada em uma sociedade de exclusão, da qual ele participa e nesse sistema vende seu trabalho de forma abstrata, por participar dessa engrenagem (criada) para produzir acumulação perpétua de capital. (MARINUCCI e MILESI, 2005).

Essa situação somente agrava o restante do panorama social que empresta ao migrante, a figura de ilegal num sistema pelo simples fato de ser portador do *status*.

Isso acarreta numa outra realidade oculta, a da clandestinidade exacerbada pela criação de políticas restritivas e redutoras dos fluxos humanos, e, a mais grave de todas, a penalização da condição de migrante, como forma de gestão de pessoas.

1.1 Clandestinidade e políticas migratórias de restrição

A realidade da migração aponta para um sistema de exclusão social cada vez mais exasperado. A assimilação do fenômeno ao conceito de crise, faz com que a maior parte dos povos enxergue qualquer presença estrangeira como uma possível ameaça a sua cultura, economia e sua própria forma de viver, agora ameaçada pelo conceito do desconhecido, que,

ao mesmo tempo, é imprevisível.

Muito disso ocorre por conta dos discursos políticos apresentados pelos líderes de governo, que, como forma a abordar diversos problemas sociais, acha no fluxo humano, uma válvula de escape para a criação de um inimigo em comum a ser combatido, inimigo esse responsável, em seu discurso, por quase todos os males das sociedades atuais. Ou seja, a partir da criação dessas falas, cria-se a ideia de que realmente tais pessoas são as únicas ameaças a serem repelidas do sistema. A parcela aceitável a ser excluída, sem qualquer debate sobre a criação de eventuais políticas de inclusão.

Isso faz com que a política, após lançar suas preleções falaciosas e distorcidas da realidade, traga soluções “superficiais” através da criação de políticas de restrição de fronteiras, negação de direitos e garantias ao recém chegado, tudo a título de emprestar a seu público alvo, uma falsa sensação de segurança quanto às medidas adotadas por seus líderes.

Por outro lado, esta mesma sociedade prefere ignorar o fato de que ao serem devolvidos para seus países de origem, alvos de políticas de restrição de barreiras de seus governantes, tais pessoas são enclausuradas em campos de refugiados, como se prisioneiros fossem, até que possam receber a oportunidade de serem acolhidos em algum país que os dê residência, se isso um dia viera a ocorrer. É a tal “Cegueira Moral” denominada por Bauman (2015), que faz com que todos fechem os olhos para o que ocorre àquele que está ao lado.

É possível diagnosticar com o que foi escrito até aqui, que o fluxo de pessoas não pode ser combatido, muito menos repellido de forma humanitária e realmente eficaz na solução dos anseios daqueles que migram, e não da sociedade que os recebe, através destas políticas de restrição criadas pelos governantes.

Não podemos olvidar o fato de que essas tentativas frustradas, para agravar a situação, geram um mercado paralelo responsável pela entrada clandestina destes estrangeiros nos países de destino e sua exploração por diversas redes, quando não a literal escravização, das mais diversas formas. Assim, a chegada é sempre incerta e a manutenção da vida, passa a ser uma questão de sorte.

A desproteção dos migrantes representa uma grande preocupação. [...] a restrição à imigração por parte dos países desenvolvidos, com seu resultante na vulnerabilidade de muitos imigrantes, atizada pela indocumentação e a operação de organizações dedicadas ao tráfico de pessoas, são situações que impedem o exercício de seus direitos em forma plena, preocupações que para os países da região desafiam a governabilidade. (MARINUCCI e MILESI, 2005, p. 09)

Nesse horizonte além-fronteiras da globalização, assim como circulam com facilidade

mercadorias, circulam também as máfias, traficantes e criminosos, trazendo o migrante para o cerne da criminalidade organizada, afirma Tedesco (2010). Assim, a realidade atual demonstra que, quando mais se restringe e se proíbe a relação partida-destino, mais a criminalidade organizada ganha espaço, ampliando-se e ramificando-se, encerra o autor.

A existência de políticas de restrição impostas pelos governos de forma a atender o interesse do mercado e do seu próprio campo político que dissemina a informação para depois dar passos no sentido de criar meios de combater os problemas apontados, não impede o contexto global que está muito acima das medidas regionalizadas e por elas não pode ser freado.

Soma-se a tudo isso, o fato de que a criação de políticas de restritivas à migração, não faz com que o fenômeno diminua, mas sim, cria uma leva de pessoas que não deixam de migrar, mesmo que em situação irregular e clandestina, demonstram Marinucci e Milesi (2005). A necessidade de atravessar uma fronteira, não é relativizada pela existência de uma política inibidora, ela permanece e faz com que essas pessoas se sujeitem, agora já em posição ilegal e irregular, aos mais diversos abusos daqueles que então se utilizam de sua vulnerabilidade, para, na grande maioria, obter benefícios econômicos, encerram os autores. Ou seja,

Os migrantes em situação irregular vivem numa condição de extrema vulnerabilidade. Estão facilmente sujeitos à extorsão, aos abusos e à exploração por parte de empregadores, agentes de migração e burocratas corrompidos. Por medo de serem descobertos e expulsos, eles sequer utilizam os serviços e assistência a que têm direito, embora contribuam com seus trabalhos ao enriquecimento dos países para onde migraram. (MARINUCCI e MILESI, 2005, p. 08).

Importante referir, que as populações que migram, geralmente são as que possuem algum poder financeiro, por menor que possa ser, que os permite migrar e, na maior parte das vezes, pagar para as redes responsáveis por suas passagens clandestinas. (GUIA, 2008).

Nesse sentido, além das pessoas de maior poderio econômico, a migração é facilitada também aos intelectuais. No país de destino, cada um terá a destinação conforme convém aos interesses do novo espaço, seja mão-de-obra física, seja intelectual.

Isso acaba por confirmar a identidade natural deslocada do imigrante, pouco conhecida, de posição social baixa e inserida nos mais inferiores graus da hierarquia ocupacional, situação da qual já havia emigrado, porém, que precisa novamente perpassar, para, em sua perspectiva, poder ascender posteriormente, sem, acima de tudo, prejudicar a sociedade para qual migrou. (TEDESCO, 2012). Isso agrava o fato de que, diante desse panorama, o migrante se fecha ainda mais sobre si mesmo, mantendo-se como cidadão da pátria e da cultura de onde vieram, quando inseridos num ambiente hostil, que dificulta sua inserção, continua Tedesco.

Dessa forma, a acolhida se dá, tão somente, de forma instrumental, sendo ofertadas possibilidade de preenchimento dos vazios do mercado de trabalho, mas sem, contudo, que se permita uma inclusão social de chegada (Marinucci e Milesi, 2005). Dessa forma, apesar do discurso oficial, a existência do clandestino a ser explorado, este só é tolerado, desde que benéfico ao crescimento econômico, explicam.

Por outro lado e a complementar tal realidade,

[...] cumpre destacar que, salvo raras exceções, as políticas de imigração dos países integrantes da União Europeia estão sendo contruídas “de cima para baixo” e tendem a funcionar como políticas repressivas e excludentes, pautadas em práticas que priorizam o controle de fronteiras em detrimento da integração dos imigrantes. A imigração é vista como uma “ameaça”, razão pela qual sua gestão se dá em nível de “segurança”, com destaque para o controle das fronteiras e para o reforço dos instrumentos jurídicos e meios materiais que possam potencializar a “luta” contra os imigrantes irregulares. (WERMUTH, 2011, p. 54).

Dessa forma, pode-se verificar a existência de dois padrões no trato ao imigrante/refugiado. Aqueles refugiados da terra de fronteira global, considerados basicamente como “refugo humano”, são os “forasteiros personificados”, absolutos, forasteiros em toda parte e em todo lugar deslocados, com exceção dos lugares que são, de fato deslocados, ou seja, os “lugares de nenhures”, invisível a qualquer mapa comum utilizado por pessoas em suas viagens. (BAUMAN, 2004). Assim, uma vez de fora, sem forma definida, de fora, uma cerca fortificada, com torre e vigiantes, passa a ser o único instrumento a eternizar essa “indefinitude” do deslocado, diz Bauman. (2004) e, por outro,

É uma história diferente com as pessoas redundantes já “dentro” e destinadas a ficar dentro porque a nova plenitude do planeta impede sua exclusão territorial. Com a ausência de lugares vazios para os quais pudessem ser deportadas, e o bloqueio daquelas aos quais viajariam por livre-arbítrio em busca de sustento, os depósitos de lixo devem ser estabelecidos dentro da localidade que as tornou supérfluas. Tais locais emergem em todas as grandes cidades, ou na maioria delas. (BAUMAN, 2004, p. 101).

No entanto, é possível afirmar assim, que é o Estado o único responsável por produzir a ilegalidade dentro de um próprio sistema legal, principalmente pelas condições adversas em que vivem os imigrantes e refugiados. (TEDESCO, 2012).

Juntando todos esses fatores, mais o processo de disseminação de notícias a darem azo a essas políticas restritivas que não curam o problema, mas sim o geram, a população passa a ter uma ideia errada daquele que ingressa e é jogado a tudo que representa de ilegal dentro do sistema.

Isso estigmatiza o indivíduo fazendo com que o migrante passe a ser assimilado também, com as mais diversas formas de criminalidade. Determina a constituição um processo de

construção social que torna o imigrante o delinquente, consequência das lógicas políticas, métodos judiciais, mensagens midiáticas e divulgação de dados falaciosos, todos com cunho etnocêntrico-racista, diz Tedesco (2010).

No tratamento legal dado ao assunto, é possível se observar um recrudescimento das medidas adotadas no controle da imigração irregular, cada vez mais buscando no Direito Penal as soluções não penais que o assunto demanda, explica Wermuth (2011).

Ainda, é inegável o fato de ao mesmo tempo que se observava o aumento no fluxo de pessoas, foi reportada a ocorrência crescente de atentados terroristas sempre tentados por estrangeiros às nações alvo.

Esse conjunto de fatores, embora representativos de discursos direcionados, faz, no entanto, com que existam motivos “reais” para se temer o de fora.

Não se reflete que, por exemplo, no caso do terrorismo, tal realidade teria sua ocorrência mesmo que não houvesse um fluxo exacerbado de pessoas à procura de asilo, trabalho e oportunidades de vida fora de um lugar onde seus direitos não são mais garantidos.

Na verdade, independente até mesmo do fluxo de pessoas pelo mundo, visto que esses conflitos vão muito além do que embates físicos e sim, dependem mais das tecnologias desenvolvidas e eficazmente projetadas.

Em verdade, o declínio da autoridade soberana dos próprios Estados-nação, por si só, para dar lugar à hegemonia da forma supranacional de soberania, ou seja, a formação de um império global; proporcionou as condições e a natureza de um estado de guerra e de violência política envolvida, que alterou de forma permanente sociedades e o mundo, que hoje se apresentam sob um estado de guerra global e interminável, expõem Hardt e Negri (2004).

Nesse contexto, o Direito Penal foi eleito como a forma privilegiada de resposta a um “conjunto de práticas”, que se convencionou denominar de “terrorismo”, afirma Wermuth (2011). Assim, continua o autor, num ambiente de “guerra global”, passou-se a buscar a expansão da intervenção exercida pelo Direito Punitivo, bem como a se demonstrarem a possibilidade de relativização e colocação em segundo plano de princípios e garantias que davam sustentação a uma teorização liberal, tudo em nome de uma maior eficácia no “combate” (WERMUTH, 2011, p. 51).

Dessa forma, uma grande luta se impõe, ao passo que o migrante, de vítima, passa a ser estigmatizado e instrumentalizado pelas sociedades e governos que o dão lugar.

Uma nova busca se percebe, além das próprias condições de ser, a necessidade de descriminalização do ser humano migrante e proteção a seus direitos fundamentais, como veremos a seguir. Mas antes, necessário compreender a Teoria do Direito Penal do Inimigo que perpassa e se adequa ao indivíduo imigrante, permitindo assim, com que seus direitos sejam flexibilizados.

2. DIREITO PENAL DO INIMIGO E A PRESUMIBILIDADE DE RISCOS

2.1 Direito Penal do Inimigo por *Günther Jakobs*

Sofrendo diversas injustiças, a migração assume a cada dia adequações e vai categorizada como aquilo que há de mais impuro dentro de determinadas sociedades. O migrante passa a ser aquilo que deve ser combatido por governos e populações, passando a ter a sua condição de migrante, criminalizada, sem ter esboçado qualquer gesto que o conduzisse a tal realidade, ou seja, é a figura do novo inimigo a ser combatido, por isso, a sua adequação a teoria desenvolvida por Gunther Jakobs, como veremos a seguir.

O Direito Penal do Inimigo foi um conceito desenvolvido por Jakobs e apresentado através de sua teoria pela primeira vez para a sociedade acadêmica em 1985; na época, o anúncio da possibilidade e viabilidade da existência de um Direito Penal destinado ao cidadão, paradoxo a um Direito Penal do Inimigo, o tornou alvo de diversas críticas (SOUZA, 2011).

Isso porque, Jakobs (2005), a criou, no intuito de definir a sociedade em duas classes, ou seja, uma de indivíduos constituídos de personalidade jurídica, e outra composta por aqueles que deixariam de ser considerados pessoas de direito em face de determinadas condutas, os inimigos.

Gunther, Jakobs provocou volumosa celeuma do âmbito da dogmática penal pela sustentação da necessidade do reconhecimento de um Direito Penal do Inimigo, que desvincularia determinados indivíduos do conceito de pessoa, admitindo que, diante da insuficiência da pacificação interna, seria imprescindível o reconhecimento dessa esfera destinada aos indivíduos perigosos. (NETO, 2012, p. 07).

Jakobs (2005) afirmava que seria abstrato separar o cidadão e seu próprio direito, pois, em sua opinião, quando determinado cidadão se desvia da conduta que dele se espera nos parâmetros normativos, o Estado deve lhe dar a chance de equilibrar o dano e se reestruturar mediante a sociedade, mostrando que é sujeito merecedor de direitos e que está disposto a ser fiel ao ordenamento jurídico vigente. Assim, no momento em que aceita a sanção que lhe será imposta, estará preparado para respeitar a medida que o Estado irá propor para interromper

seu desenvolvimento delinquente.

Neste contexto, o Direito Penal encontraria duas linhas em sua regulação, o tratamento do cidadão, por um lado, aguardando-se até o mesmo exteriorizar sua conduta para reagir, com o fim de confirmar a estrutura normativa social, e por outro lado, o tratamento com o inimigo que seria interceptado previamente, combatendo-o por sua periculosidade, aplicando, assim, uma custódia de segurança antecipada. Ou seja, o dano atual quando previsto pela norma, abriria espaço para o perigo de um dano futuro, sendo essa a própria regulação do Direito Penal do Inimigo (JAKOBS, 2005).

A partir dessa teoria se passaria a observar o direito penal do autor, e não do fato, sua periculosidade e não sua culpabilidade. Essa aplicação geraria um direito sem garantias penais, nem processuais, o que, por outro lado, se daria de forma claramente inconstitucional, tendo em conta que a aplicação dessa corrente só é permitida em casos extremos, consoante narram alguns autores como Gomes (2017).

E é nesse contexto, que o migrante, encontra-se em estado de visível fragilidade, pois, a eles vão atribuídos diversos males e grande parte das situações de marginalidade social, de mudança cultural de um país; é a fragilidade que o mesmo possui de si próprio, ao não possuir estabilidade econômica, política e cultural, advinda da própria privação de cidadania política; fragilidade por ser visto como o total oposto daquele que o está recebendo, não possuindo uma aceitação imediata e recíproca deste, ao contrário, na maior parte, sendo estigmatizado e distanciado. (TEDESCO, 2003). *“O imaginário coletivo declina o fenômeno migratório com a marginalidade e a criminalidade, com ‘tudo o que não tinha antes’”*. (TEDESCO, 2003, p. 97)

O migrante passa a ser o novo rosto do inimigo teorizado por Jakobs e de forma arbitrária governos inteiros passam a adotar medidas para redução dos anseios sociais a um perigo abstrato, por eles mesmos disseminado, em que a migração é o principal alvo. Assim, na afirmativa de que a Teoria do Direito Penal do inimigo se encaixa em um cenário de descontrole da criminalidade e absorção de medidas extremas para sua contenção, nos vemos diante de diversas flexibilizações aos direitos fundamentais do homem, como se tratará a seguir, do panorama da Constituição Federal Brasileira.

3. CONSTITUIÇÃO FEDERAL E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

No Brasil, após o extenso período de 1964 a 1985, em que perdurou o regime militar ditatorial, deflagrou-se o processo de democratização no país, essa transição foi lenta e gradual, permitindo a formação de um controle civil sobre as forças militares, exigindo, ainda, fosse elaborado um código que refizesse o pacto político-social, o que culminou com a promulgação da Constituição de 1988 (PIOVESAN, 2004).

Nesse momento, se observou a elevação da importância dos direitos protetores às garantias e direitos fundamentais do homem. Conforme revela Piovesan, (2004), a partir da Carta Magna de 1988, os direitos humanos ganharam relevo extraordinário, sendo a mesma, o documento mais abrangente e pormenorizado em relação aos direitos humanos já acolhido no Brasil.

No entanto, transcorridas mais de duas décadas, o que se observa no cotidiano social, é a ineficácia dos direitos previstos na Constituição, o que acaba por obrigar aos governantes e toda sua representatividade, a busca de meios para, pelo menos, tentarem demonstrar a efetivação desta, mesmo que de forma superficial e tão somente para acalmar aos anseios sociais.

De acordo com Streck (2004, p. 14), a problemática da efetivação do Estado Democrático de Direito se faz, pois

[...] desde a promulgação da Constituição, parcela expressiva das regras e princípios nela previstos continuam ineficazes. Essa inefetividade põe em xeque, já de início e sobremodo, o próprio artigo 1º da Constituição, que prevê a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República brasileira, que, segundo o mesmo dispositivo, constitui-se em um Estado Democrático de Direito.

Ou seja, os fundamentos elencados na Constituição Federal, e não somente nesta, nos tratados de cunho internacional que vigem o sistema global, estão em uma base trêmula, perigando perderem seus alicerces a partir do momento em que fiquem em paralelo às medidas de exceção adotadas na atualidade, como se vê agora diante do contexto da migração, que buscam a solução mais rápida e fácil, sem, no entanto, resolver o problema em sua origem, ferindo principalmente princípios como o da dignidade da pessoa humana e o direito a igualdade, ambos garantidos a cada componente de um ordenamento imerso sob o Estado Democrático de Direito.

Herkenhoff (1998, p. 12) em seus ensinamentos sobre a construção dos direitos humanos, apresenta como uma de suas linhas de trabalho hipóteses para o entendimento sobre o assunto,

entre elas assim discorre:

[...] o que hoje se entende por Direitos Humanos não foi obra exclusiva de um grupo restrito de povos e culturas especialmente, como se propala com vigor, fruto do pensamento norte-americano e europeu. A maioria dos artigos da Declaração Universal dos Direitos Humanos foi verdadeiramente construção da Humanidade, de uma imensa multiplicidade de culturas, inclusive aquelas que não integram o bloco hegemônico do mundo; [...].

A Constituição Federal de 1988 deu grande abrangência para os direitos de cunho humanitário. Não há de se negar a tenra ligação entre direito e política (MACHADO, 2009), e em função desta o nexos com a evolução dos direitos humanos, haja vista que o interesse político no decorrer da história passou a ser estritamente dependente dos grupos sociais a que se submete. Dessa forma, adequação e aprimoramento da garantia à dignidade da pessoa humana são pressupostos para prevalência de determinado regime político.

De forma inteligente, Piovesan (2003, p. 389) assim se coloca quanto à adoção do princípio da dignidade humana:

Se no atual cenário do Direito Constitucional ocidental, pode-se depreender que a hermenêutica que mais contribui para a efetividade das Constituições é aquele que privilegia e potencializa a força normativa de seus princípios fundamentais (a serem levados em conta desde o primeiro vislumbre da norma abstrata, até o momento da decisão dos casos concretos), imperioso é ressaltar que, dentre eles, com força deontológica predominante, está o princípio da dignidade da pessoa humana.

Não podia a ilustre estudiosa expor de maneira mais específica o que se tem tentado explicar, pois, se a efetividade de uma Constituição está ligada a aplicação desta nos casos concretos para solução de conflitos, de que forma se aceitaria sua negação para a solução de problemas de maneira mais “eficaz”, aplicando-se o seu extremo inverso e trazendo à sociedade uma imagem de um governo perspicaz e agente diante dos problemas?

Onde ficaria a igualdade de tratamento também garantida como direito fundamental, conforme se desborda do consagrado artigo 5º da Constituição Federal, no capítulo que trata dos direitos e garantias fundamentais (BRASIL, 2009)?

No debate em questão, quando trazemos à tona correntes como a já apresentada Teoria do Direito Penal do inimigo, hoje aplicada à migração, é notório que essa de longe fere o direito à igualdade. Diferencia os seres humanos de acordo com seus atos e personalidade, quando a igualdade é que deveria prevalecer e ser aplicada, de forma uníssona, a todos que são regidos pela Lei maior que a estabelece.

Para Moraes (2006), enquanto a igualdade social for, tristemente, um direito utópico, não figurará o tratamento discriminatório no âmbito da justiça, se as diferenciações normativas

tenham uma justificativa objetiva e razoável, conforme os critérios e juízos valorativos genericamente aceitos, a exigibilidade deve ser aplicada em relação a finalidade e feitos da medida considerada, devendo, por isso estar presente uma relação razoável com a proporcionalidade, entre os meio empregados e a finalidade perseguida, sempre nos conformes dos direitos e garantias constitucionalmente protegidos.

Porém, mesmo que inaceitável e, portanto, discutível, a realidade está presente e as providências estão sendo tomadas pelos governantes, muitas vezes, sem que a população perceba a sua inconstitucionalidade, ou na verdade perceba de forma leiga, não tendo a percepção de sua ilegalidade, assentindo, assim, com todos os atos efetivados.

A existência dos princípios e direitos fundamentais é expressa em grande parte dos ordenamentos jurídicos vigentes, principalmente nos países ocidentais, entretanto, sua concretização nunca se fez tão urgente quanto se faz no momento.

O Estado, ao não atender os preceitos elencados em seus fundamentos, submete a sociedade à busca de opções, fazendo assim surgir ordenamentos informais, paralelos ao regimento governamental que tentam buscar eficácia e solução aos problemas cotidianos. Isso para se falar na maneira mais amena com que a ineficácia estatal atinge a sociedade. De forma muito mais grave, faz-se o crescimento desenfreado dos casos de violência, a banalização dos atos de crueldade e a perda do valor à vida, reflexo da proteção que se deixa de garantir a essa.

A ameaça constante às diversas classes sociais, da menos abastada à de grande elite, culminou por fazer com que o Estado se enxergasse compelido a recuperar a descrença, mesmo que para tanto necessitasse criar novos modelos de controle menos burocráticos, mas que atendessem aos clamores públicos (ANZILIERO; BASSO, 2006). Para tanto, decidiram colocar a migração como uma das grandes causadores do caos social.

Porém, o Estado, ao não garantir as condições mínimas de existência a um ser humano, aqui também aqueles que ao novo país chegam, acaba forçando-o a buscar alternativas. Estas alternativas, vez que não legitimadas, com o tempo passam a ser dotadas de benefícios para aqueles que as seguem, pois são simples meios de burlar o ordenamento para garantir o que se teria por direito. O problema ocorre quando essas alternativas deixam de ser paralelas e se dão como meio de vida escolhido por indivíduos sociais, justificando não mais a necessidade, mas sim o desrespeito ao que se tem acertado e devidamente legitimado.

A partir desta análise, o que se observa, após um imenso círculo e adequação dos novos

sistemas, mesmo que discutíveis, é o Estado tentando punir o cidadão pelo que na verdade ele mesmo deixou de cumprir. Assim, este último como vítima da ineficácia estatal, figura como o mais novo culpado pelo novo cenário criminal que se apresenta.

Com a violência inserida nos dias atuais, acaba-se por ultrapassar o que realmente é fato e o que se torna em perigo imaginário no pensamento coletivo, sendo um fenômeno alarmante no âmbito social que consome com a tranquilidade coletiva.

Dessa forma, o Direito Penal acaba por se transformar em instrumento utilizado politicamente, na busca de fins que não lhe são devidos em um Estado Democrático de Direito, quando manuseado no sentido de dar respostas ligeiras às novas formas de criminalidade, assumindo um caráter tão somente simbólico, resultando na satisfação social diante de certas figuras políticas (CALLEGARI, 2010).

Assim, as políticas criminais adotadas pelos regimes vigentes, diante deste novo cenário tendem a perder sua natureza de aplicação, ultrapassando os limites do que é defendido há séculos de humanidade. Callegari (2010, p. 43) é sensato ao afirmar que:

O problema é que a Política Criminal, enquanto expressão da política geral do Estado, responde aos fins e às metas dos governantes. E o que ocorre quando os governantes não têm fins e metas claramente propostos? A resposta só pode ser uma: legislação de emergência para determinados delitos que abalam a sociedade. No entanto, referido abalo também é impulsionado pelos meios de comunicação, criando-se um círculo de insegurança onde todos clamam pela intervenção do Estado. Nesse ponto é interessante ressaltar que aparecem “políticas” de prevenção de esquerda e de direita, propondo a solução para os conflitos sociais existentes através do já conhecido binômio: aumento de penas e incriminação de novas condutas.

Dessa forma, necessário se faz avaliar até que ponto tais medidas são legalmente aceitáveis, análise que acaba por fazer surgir conflituosos debates acerca do limite em que se encontra o poder do Estado em sua reprimenda, em contraponto às garantias fundamentais.

Entretanto, a cada momento observamos o enfraquecimento de tais princípios e a crescente inserção de teorias de cunho extremista nos ordenamentos internacionais, e não somente nestes, mas também no cenário nacional, o que traz grandes preocupações para aqueles que seguem alertas às formas sutis de negação das garantias e direitos fundamentais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Encerrada a pesquisa bibliográfica projetada, após a leitura, elaboração e explanação dos diversos tópicos que deram fundamento ao tema escolhido, o que se percebeu, é que há uma necessidade urgente, acima dos complexos ordenamentos jurídicos que ditam a vida em

sociedade, de uma busca do próprio ser humano a seus preceitos morais e de vida, quando o tema envolve algo tão delicado quanto à busca de ajuda por aqueles que necessitam.

Infelizmente, a migração retratada pelos canais de informação, está atraindo a repulsa da sociedade em uma generalização de fatos que acabam por emprestar a este indivíduo o conceito de criminoso simplesmente por sua condição, sem qualquer garantia de que de fato, um dia o mesmo se comportará dessa forma.

Nesse contexto, o discurso do combate preventivo ao crime e detenção de seus preconizadores aparece como o mais novo e muito bem aceito rito garantidor de segurança pública. Abrem-se espaços para políticas extremistas como a da tolerância zero e a sua aceitação se dá porque enquanto o trabalho policial está sendo realizado na retirada daquilo que se acredita ser o perigo das ruas e “efetivação” do sistema punitivo, não se expõe que, na verdade, o problema, que nesse caso é muitas vezes imaginário, só foi descolado, ou seja, a problemática surge, mas tão logo quanto é inibida retorna, gerando um ciclo infundável de combate superficial à criminalidade.

O que ocorre é que políticas como a da tolerância zero, apontam, bem como provocam, um aumento na sensação de segurança pública, porém não trazem qualquer solução aos problemas sociais que se encerram na explosão das mais diversas condutas criminais.

Não há a preocupação de como receber este migrante, de como inseri-lo no meio social sem explorá-lo como um estranho. Apenas se enxerga nele o potencial de um criminoso, terrorista, pronto a atentar contra o meio em que vive, como se sua maior preocupação não fosse sua própria subsistências. Fecham-se os olhos para essa necessidade, que sim, está acima de tudo. Não se pensa mais na possibilidade de um dia estar na mesma situação que aquele indivíduo, só se busca o interesse individual, acima de tudo.

Assim, necessário se faz colocar em evidência as realidades que ficam ocultas nas soluções perversas apresentadas por políticos, ao mesmo tempo que necessária é a instigação da própria relação moral existente entre os seres humanos enquanto coabitantes de um mesmo planeta, com os mesmo medos, anseios e necessidades.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ANZILIERO, Dineia Largo; BASSO, Maura. A (In)Eficiência da Informalização da Justiça no Brasil e a busca por um Novo Paradigma do Controle Social. In.: **A Crise do Processo Penal e as Novas Formas de administração da Justiça Criminal**. Porto Alegre: Notadez, 2006.

BADIE, Bertrand. **O fim dos territórios**: ensaio sobre a desordem internacional e sobre a utilidade social do respeito. Lisboa: Instituto Piaget, 1995.

BAUMAN, Zygmunt. **Cegueira Moral**: a perda da sensibilidade na modernidade líquida. Tradução: Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2015.

BAUMAN, Zygmunt. **Estranhos à nossa porta**. Tradução: Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2017.

BAUMAN, Zygmunt. **Globalização**: as consequências humanas. Rio de Janeiro: Zahar, 1998.

BRASIL. **Constituição Federal** / obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Antonio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Livia Céspedes. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

CALLEGARI, André Luis Callegari. **A política criminal de exceção como política criminal no estado de direito**. Porto Alegre: Editora São Leopoldo: Unissinos, 2010.

CASARA, Rubens R. R. **Estado Pós-democrático**: neo-obscurantismo e gestão dos indesejáveis. 3 ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2018.

GOMES, Luiz Flávio. **Direito Penal do inimigo (ou inimigos do direito penal)**. Disponível em: <http://www.revista.juridicaunicoc.com.br/midia/arquivos/ArquivoID_47.pdf>. Acesso em 20 jul. 2017.

GUIA, Maria João. **Imigração e Criminalidade**: Caleidoscópio de Imigrantes Reclusos. Edições Almedina. Coimbra, 2008.

HELD, David; MCGREW, Anthony. **Prós e contras da globalização**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

HERKENHOFF, João Baptista. **Direitos Humanos**: A construção Universal de uma utopia: a dialética dos direitos humanos. – Aparecida, São Paulo: Editora Santuário, 1998.

HOBBSAWN, Eric. **Globalização, democracia e terrorismo**. Tradução: Jpsé Viegas. São Paulo: Companhia das letras, 2007.

JAKOBS, Gunther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito penal do inimigo**: noções e críticas. Org e trad. André Luis Callegari; Neureu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005

MACHADO, Felipe Daniel Amorim Machado. Direito e política na emergência à flexibilização de direitos fundamentais no discurso do direito penal do inimigo. In: **Revista de Estudos Criminais** – 33. Ano IX. Porto Alegre/RS, Abr./Jun. 2009.

MARINUCCI, Roberto e MILESI, Rosita. **Migrações Internacionais Contemporâneas**. 2005. Disponível em: <<http://www.migrante.org.br/index.php/refugiados-as2/143-migracoes-internacionais-contemporaneas>>. Acesso em 13.06.2018, às 14:21.

MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais**: teoria geral, comentários aos arts. 1 a 5 da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2006. (Coleção temas jurídico).

NETO, Moysés Pinto. **O rosto do Inimigo**: Um convite à desconstrução do Direito Penal do Inimigo. Criminologias: Discursos para a academia. Ed. Lumen Juris. Rio de Janeiro, 2012.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 6. ed. São Paulo: M. Limonad, 2004.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**. 2. ed., rev. ampl. e atual. São Paulo: M. Limonad, 2003.

SOUZA, Alcenir Gomes de Souza. Os modernos movimentos de Política Criminal e sua relação com as Teorias da Pena. Disponível em:
<http://conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.25865>.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**: uma nova crítica do direito. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004.

TEDESCO, João Carlos. **Imigração e integração cultural**: interfaces: Brasileiros em Verona – Itália. Passo Fundo: UPF, 2003.

TEDESCO, João Carlos. **Entre raízes e rotas**: identidades e culturas em movimento: aspectos da imigração brasileira na Itália. Passo Fundo: Ed. Universidade de Passo Fundo, 2012.

TEDESCO, João Carlos. **Estrangeiros, extracomunitários e transnacionais**: paradoxos da alteridade nas migrações internacionais: brasileiros na Itália. Passo Fundo: Ed. Universidade de Passo Fundo, 2010.

TEDESCO, João Carlos. **Imigração e integração cultural**: interfaces: brasileiros na região de Vêneto - Itália. 2. ed. Passo Fundo: Ed. Universidade de Passo Fundo, 2006.

WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. **Mixofobia**: a construção dos imigrantes ilegais como “sujeitos de risco” e o tratamento jurídico-penal da imigração irregular na União Europeia como retrocesso rumo a um Direito Penal do autor. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

Mediação no Brasil: um meio alternativo de resolver conflitos e combater a crise democrática no Poder Judiciário

Laura Covatti dos Santos¹

INTRODUÇÃO

A vida em sociedade estimula o indivíduo a se relacionar e realizar negociações com os seus semelhantes, seja em razão de vontades pessoais ou necessidades para a sobrevivência. Esses vínculos podem se desenvolver em várias áreas, como por exemplo, comercial, de consumo, de família, de trabalho entre outras, dando origem às chamadas relações jurídicas.

Embora muitas relações sejam pacíficas, a exorbitância de processos que ingressam no Poder Judiciário e demoram até a sua resolução demonstram que normalmente a única saída encontrada pelas partes, diante das colisões de interesses, seja acionar a tutela jurisdicional. A busca por uma resposta emitida pelo Poder Judiciário vislumbra a segurança jurídica de ter um direito assegurado em tempo razoável, sendo informado com a sentença quem está certo e quem está errado.

Dessas circunstâncias surge a conexão entre o direito e a coletividade, tendo em vista o amparo constitucional atribuído a qualquer cidadão que acredita ter o seu direito lesado ou ameaçado. A Constituição Federal, no inciso XXXV do artigo 5º prevê o direito de ingresso ao Poder Judiciário, assim, quando mais de um sujeito tem pretensão sobre o mesmo objeto, torna-se possível optar pelo auxílio de um terceiro imparcial para escolher a melhor saída.

O Estado-Juiz tem o encargo de analisar as demandas e julgá-las conforme o seu entendimento, ocorre que, a solução encontrada nem sempre agrada ambas as partes, situação que poderia ser diversa caso houvesse uma facilitação na aproximação dos envolvidos em momento anterior à resposta do juízo. De fato, a cultura de judicializar está inserida na sociedade atual, afastando o compartilhamento de sugestões entre as partes e acentuando ainda mais o descontentamento advindo com a sentença.

¹ Mestranda do Programa de Pós-Graduação em Direito pela Universidade de Passo Fundo/RS – UPF, linha de pesquisa Relações Sociais e Dimensões do Poder. Bolsista UPF. Integrante do grupo de pesquisa Dimensões do Poder e Relações Sociais. Integrante do grupo de estudos das obras de Hannah Arendt. Advogada. Conciliadora Voluntária no Juizado Especial Cível (JEC/UPF). Pós-graduada em Direito Civil – Direito de Família Avançado pela Faculdade Anhanguera de Passo Fundo/RS. Graduada em Ciências Jurídicas e Sociais pela Faculdade Anhanguera de Passo Fundo/RS. Brasil. Passo Fundo/RS. E-mail: lauracovattidosantos@gmail.com.

Com a crise democrática instalada no Poder Judiciário, novas possibilidades começaram a ser colocadas em prática para identificar agilmente os problemas que decorrem da relação jurídica, trazendo satisfação a partir da tomada de decisão entre os litigantes. Nesse contexto, o problema de pesquisa questiona: A mediação pode ser utilizada para amenizar a crise democrática no âmbito do Poder Judiciário?

Utilizando-se do método hipotético-dedutivo e da revisão bibliográfica, com suporte na legislação brasileira, doutrinas, meios eletrônicos e publicações científicas, a pesquisa está dividida em três partes. Num primeiro momento, investigam-se algumas considerações sobre o Poder Judiciário e a função exercida pelos juízes, observado o direito fundamental de acesso à justiça. Na sequência, verifica-se o contexto da crise democrática na via judicial e as consequências decorrentes dessa situação, tal como os problemas externos e internos.

Por fim, como hipótese de solução, avaliam-se os resultados positivos da implementação da mediação judicial, a ser utilizada como um mecanismo voltado à comunicação, democracia e participação dos envolvidos na construção da decisão. Esse tema além de ser contemporâneo, reflete um dos principais problemas da sociedade complexa do século XXI: a crise democrática no Poder Judiciário e a incessante busca por novas alternativas de resolução de conflitos.

1. ACESSO À JUSTIÇA: O PODER JUDICIÁRIO E O PAPEL DESEMPENHADO PELOS JUÍZES

O Estado Democrático de Direito foi inaugurado no Brasil com a promulgação da Constituição Federal de 1988, a qual trouxe em seu preâmbulo alguns pilares em prol da qualidade de vida da sociedade, entre eles: liberdade, segurança, igualdade e justiça. Assim, após o longo período de ditadura militar, o novo texto incluiu os direitos e deveres dos cidadãos, organizou os três poderes e definiu como regime a democracia semidireta (Brasil, Constituição Federal, 1988).

Consequentemente, com a transformação dos tempos a sociedade evoluiu e as leis passaram a acompanhá-la regulamentando² as relações sociais modernas, as quais parecem

² Para Bezerra, “Nenhuma sociedade poderia subsistir se omitisse diante do choque de forças sociais e do conflito de interesses que se verificam constantemente em seu interior. Não haveria vida coletiva se permitisse que cada indivíduo procedesse de acordo com os seus impulsos e desejos pessoais sem respeitar os interesses dos demais. Assim, para evitar que os indivíduos e os grupos se digladiem, prejudicando a convivência comum, a sociedade cria sistemas de regulamentação da vida social pelo que estabelece normas para a conduta de seus membros e exige deles absoluta obediência e respeito, sob pena de lhes infligir os mais variados castigos. Esse processo de regulamentação da conduta em sociedade recebeu o nome de controle social” (2001, p. 48-49).

estar ainda mais complexas na medida em que surgem desejos e anseios do ser humano. Dessa forma, tanto os fatores básicos para a sobrevivência humana quanto para a convivência cotidiana se encarregam de incentivar a formação de novos vínculos e o desfazimento de outros.

As pessoas idealizam seus objetivos e lutam até materializá-los, de modo que, os interesses poderão ser únicos ou colidir com os dos demais membros da sociedade. Esse atrito, conhecido como “pretensão resistida”, designa a “resistência” que irá ocasionar o “conflito”, por isso, quando os sujeitos estiverem insatisfeitos e/ou discordarem sobre determinado assunto possuem o direito de acesso à justiça (Bezerra, 2001, p. 34; 40).

Em síntese, quando as expectativas da relação jurídica são frustradas e o indivíduo sente-se lesado, normalmente o Poder Judiciário é acionado para auxiliar no deslinde do problema. A máquina judiciária começa a se mover e as partes esperam que o encaminhamento do processo seja realizado com harmonia, equidade, rapidez e cobrança de valores justos, pouco importando à “competência, ritos, formas” (Torres, 2005, p. 21).

Nesse sentido, o conjunto de regras positivadas servem de respaldo para assegurar aos cidadãos o auxílio da justiça a qualquer momento, afinal, o “ordenamento jurídico” não deve significar um mero objeto possuidor de inúmeras leis no mundo jurídico. Almeja-se com o direito escrito a sua eficácia e a aplicabilidade nos casos concretos, observando sempre o período da história em que sucederam os fatos (Bezerra, 2001, p. 92-93; 96).

O artigo 5º da Constituição Cidadã, no inciso XXXV³, estabelece o acesso à justiça como um direito fundamental, passível de ser utilizado por qualquer pessoa (Brasil, Constituição Federal, 1988). Esse direito é essencial para estruturar a vida em sociedade e torná-la “mais igualitária e republicana”, todavia, ao completar trinta anos da promulgação da Constituição Federal, questiona-se se estaria ela cumprindo os verdadeiros propósitos da sua redação (Sadek, 2014, p. 57).

Analisando a Constituição sob a perspectiva da legalidade, Sadek ressalta o cuidado transferido para compartilhar com todos os membros da sociedade esse rol de direitos positivados, evitando as desigualdades. Contudo, depois de tantos anos “[...] são, ainda hoje, significativas as barreiras e as dificuldades para a realização dos direitos e, em decorrência, há obstáculos na construção da cidadania⁴” (2014, p. 57; 59).

³ Silva divide esse inciso em duas partes e explica: “[...] A primeira garantia que o texto revela é a de que cabe ao Poder Judiciário o monopólio da jurisdição [...]. A segunda garantia consiste no direito de invocar a atividade jurisdicional sempre que se tenha como lesado ou simplesmente ameaçado um direito, individual ou não [...]” (1999, p. 13).

⁴ Segundo Gorczewski, “[...] o conceito de cidadania passa a incorporar em si – além do direito a ter direitos – exigências como

A cidadania também vem expressa na Constituição de 1988 como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, conforme o inciso II, do artigo 1º (Brasil, Constituição Federal, 1988). Aliás, o seu contexto se expande, indo além dos direitos políticos, ou seja, demonstra o conhecimento da coletividade sobre os seus direitos enquanto “titulares de direitos fundamentais”, bem como do reconhecimento de cada indivíduo observada a “dignidade como pessoa humana” (Silva, 1999, 10-11).

A cidadania e a dignidade da pessoa humana podem partir do mesmo pressuposto, qual seja, da busca por um processo civil mais humanizado. Nas palavras de Macedo, a cidadania pode ser designada com base nos diversos direitos positivados na Constituição, cabendo ao cidadão cobrá-los e ao Poder Estatal tutelá-los. Por sua vez, a dignidade da pessoa humana mostra-se mais ampla, abarcando tanto a lei constitucional como a infraconstitucional (2017, p. 257).

A partir desse diagnóstico, cidadania, dimensão subjetiva dos direitos fundamentais, e dignidade da pessoa humana, valor fundante do Estado brasileiro, são conceitos que perpassam por todo o espaço decisório, cumprindo aos poderes legislativo, executivo e judiciário, em suas respectivas funções sua observância em grau máximo, embora nos limites deste trabalho o enfrentamento fica por conta do processo civil e, conseqüentemente, do papel do Poder Judiciário na realização desses valores (Macedo, 2017, p. 257).

O Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015) foi construído com viés democrático, considerando o acesso à justiça como um direito necessário em qualquer fase processual – em primeira ou segunda instância. O artigo 3º⁵ exemplifica a transformação do Código de 1973 para o de 2015, estando o atual preocupado em instigar o exercício da cidadania e proporcionar indistintamente a dignidade da pessoa humana (Macedo, 2016, p. 263).

A partir dessas constatações, pode-se dizer, uma parcela da população tem ciência do seu direito de acesso à justiça, bem como, do descaso das inúmeras ações paradas⁶ no Poder Judiciário. No entanto, cumpre ressaltar, esse Poder, integrante do Estado, “[...] não surgiu por acaso, mas para servir ao propósito de viabilizar a convivência entre os homens. Sua finalidade é utilitária [...]”, afirma Vilela (2015, p. 725).

Quanto à legitimidade do Poder Judiciário como um poder político e o protagonismo do juiz, Vilela demonstra inquietação no seguinte sentido:

de tolerância, solidariedade, justiça e especialmente a exigência de participação política” (2010, p. 3010-3011).

⁵ Lei nº 13.105/2015 - Art. 3º: Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito.

⁶ Conforme Macedo, “Um processo que se estenda por 10 ou 20 anos nos escaninhos forenses por certo não está permitindo o acesso à justiça e muito menos promovendo a dignidade da pessoa humana” (Macedo, 2017, p. 264).

Se a pergunta formulada fosse: o que torna o Judiciário um ser político, a resposta seria simples: o Judiciário faz parte do Estado que é o arranjo que os seres humanos desenvolveram para poderem viver juntos. Sendo parte desse todo que é o Estado – que é um ente político – essa também é a natureza do Judiciário, que nada mais é do que parte do Estado. No entanto, complicando um pouco mais a coisa, poderíamos perguntar se ao Judiciário deveria ser atribuída a mesma natureza do Estado, uma vez que cabe ao Judiciário julgar os litígios entre o Estado e o cidadão. Em outras palavras, o cidadão que litiga contra o Estado não está em certa desvantagem, tendo em vista que o juiz da causa é ninguém menos que seu adversário? (Vilela, 2015, p. 122).

Embora a principal atividade do juiz, no âmbito do Poder Judiciário, seja resolver demandas com a consciência de atuar imparcialmente como representante do Estado, as atividades executadas pelos julgadores ainda suportam críticas. Ao impulsionar o seu trabalho, cabe à figura do Estado-Juiz analisar os casos e tentar solucionar os litígios, indicando-se, quando possível, a realização de conciliação entre os polos ativo e passivo (Vilela, 2015, p. 134).

A profissão de juiz empodera o sujeito, por essa razão a imprescindibilidade da conduta ética ao trabalhar nos feitos judiciais. A imagem do representante do Poder Judiciário pode ser concebida de diversas formas, seja pelo “[...] profissional incumbido de realizar a justiça, [...] como guardião das garantias constitucionais, como cidadão atuante na estrutura social, como aplicador da lei, como crítico da lei [...] ou como agente de exigências de melhoria do sistema jurídico e social [...]”, esclarece Beneti (1997, p. 9).

Inclusive, a palavra juiz apresenta polissemia por aceitar diversas interpretações, especialmente ao indicar quem está no exercício da sua função – um funcionário público que irá acompanhar um extenso número de processos – e quem deva se organizar e estruturar as ideias que irão brotar no decorrer das suas apreciações. Entre as suas tarefas está a de dar início e término ao trabalho (Beneti, 1997, p. 10), afastando a morosidade processual e respondendo os envolvidos no processo que, frequentemente, já estão desgastados.

O volume de processos que ingressa a cada ano, em todas as esferas do Judiciário brasileiro, soma-se ao resíduo existente, contribuindo essa aglutinação para dificultar a entrega de uma jurisdição mais rápida, prejudicando, dessa forma, o tão almejado acesso à Justiça. Ocorre que aumenta o número de ações propostas a cada ano, mas a estrutura do Poder Judiciário não se harmoniza para um efetivo atendimento. Assim, não sendo satisfatoriamente ampliados e dinamizados os serviços judiciais, o crescimento dos processos ocasiona uma desproporção, porque o número de feitos julgados fica aquém do número de causas que ingressa, aumentando os resíduos e, com isso, gerando um clima de insatisfação e descrença na Justiça, por mais esforço e trabalho dos operadores do direito (Torres, 2005, p. 44).

Em razão da demora no trâmite de incontáveis feitos judiciais e das burocracias impostas pela lei para serem seguidas pelo Estado-Juiz, questiona-se em qual ponto reside a insuficiência geradora desse desvirtuamento da imagem do Poder Judiciário e dos juízes. Afinal, qual o mal que está conduzindo o Poder Judiciário ao descrédito? O que fez aumentar o volume de trabalho dos juízes levando à alta concentração de processos? E, ainda, como essa situação pode ser

revertida sem a perda da qualidade das decisões?

Segundo Dallari, no Brasil os juízes não geram obstáculos, pois são bons, o que influencia negativamente a imagem desses atores é o Poder Judiciário. Na verdade, os três Poderes, “[...] apresentam falhas e vícios que comprometem sua eficiência e deixam amplos caminhos abertos para audaciosos, oportunistas, indivíduos que buscam sempre um proveito pessoal sem considerar barreiras éticas [...]” (2002, p. 79).

À vista disso, Beneti acredita que o movimento da máquina judiciária depende tanto dos “instrumentos processuais” quanto dos “instrumentos não processuais”, significa dizer, o comportamento do juiz parece ser o diferencial nos diversos momentos da sua atuação: quando realiza audiências, folheia os processos ou então lança os documentos processuais em qualquer lugar na presença dos litigantes (1997, p. 23).

Desse modo, observa-se que havendo litígio e ausente o consenso extrajudicial entre as partes, o Poder Judiciário permanece sendo acionado para resolver as pendências das relações jurídicas. Não obstante, quem opta pela via judicial alimenta a cultura de judicializar demandas, as quais acabam se propagando ao longo dos anos e corroborando para que os sistemas de justiça brasileiro continuem vagarosos e sem muitas expectativas.

2. A CULTURA DE JUDICIALIZAR DEMANDAS E O ATUAL SISTEMA DE JUSTIÇA BRASILEIRO

A democracia semidireta ⁷, adotada pela Constituição, abrange tanto a forma representativa quanto a participativa. Pela representativa⁸, o povo tem o poder de escolher os seus governantes, concedendo a eles a responsabilidade de conduzir a vida pública para agirem em nome da sociedade (Silva, 2014, p. 138). A participativa, por sua vez, acolhe o cidadão para

⁷ Campilongo explica: “A representação política é uma característica e um sintoma da sociedade moderna. Os povos antigos não a conheceram. Com o advento da modernidade, enquanto no plano jurídico estabilizou-se a universalização do Direito, no campo político afirmou-se a democratização da participação. Direito universal é direito posto por decisões. A participação democrática, por seu turno, é premissa para que decisões coletivas sejam tomadas. Tudo isso pressupõe um excesso de possibilidades de escolha, vale dizer, alternativas para o direito a ser positivado e opções entre diferentes linhas políticas. Só com a modernidade essas condições estruturais foram oferecidas aos sistemas jurídico e político”. (2000, p. 75-46).

⁸ Para Bobbio, “[...] o único modo de se chegar a um acordo quando se fala de democracia, entendida como contraposta a todas as formas de governo autocrático, é o de considerá-la caracterizada por um conjunto de regras (primárias ou fundamentais) que estabelecem *quem* está autorizado a tomar as decisões coletivas e com quais *procedimentos*. Todo grupo social está obrigado a tomar decisões vinculatórias para todos os seus membros com o objetivo de prover a própria sobrevivência, tanto interna como externamente. Mas até mesmo as decisões de grupo são tomadas por indivíduos (o grupo como tal não decide) [...]. No que diz respeito às modalidades de decisão, a regra fundamental da democracia é a regra da maioria, ou seja, a regra à base da qual são consideradas decisões coletivas – e, portanto, vinculatórias para todo o grupo – as decisões aprovadas ao menos pela maioria daqueles a quem compete tomar a decisão [...]” (1997, p. 18-19, grifos do autor).

quando querendo, interaja com o Poder Público por meio dos mecanismos previstos constitucionalmente (artigo 14) (Brasil, Constituição Federal, 1988).

A democratização no Poder Judiciário é tão importante quanto nos demais Poderes, no entanto, para isso virar realidade, algumas mudanças precisam ser executadas nos fatores internos ou externos. Em ambos os “problemas” devem ser detectados e sanados, embora os “internos” tenham sido alvo de mais debates e sinalizam mais gravidade quando comparados com os externos (Lima, 2005, p. 318).

A democratização externa considera, primeiramente, a moderação nos gastos com os “serviços judiciários”⁹ a fim de não serem ocasionadas mais desigualdades com a divisão da sociedade entre ricos e pobres. Num segundo momento, fala-se na discrepância entre a primeira e a segunda instância, essa apresentando maior quantidade de magistrados ou melhor qualidade nos objetos utilizados para o trabalho. Disso, urge a necessidade de “descentralizar a organização judiciária” para reduzir as “deficiências” do atual sistema de justiça brasileiro (2002, p. 152-153).

As questões internas que dificultam a incidência da democracia no âmbito do Judiciário remetem às antigas relações de poder no cenário político¹⁰, as quais valorizavam e davam oportunidades às pessoas com base no “critério da pessoalidade”. Essas benesses eram transmitidas por todo o “aparelho burocrático do Estado”, aliás, no Poder Judiciário, os juízes, eram removidos ou promovidos conforme o grau de intimidade mantido com os responsáveis pela realização das nomeações¹¹. Diferentemente, nos dias de hoje, as alterações são realizadas com base no mérito individual do sujeito (Lima, 2015, p. 319).

Como toda regra tem sua exceção, há de ressaltar que vários juízes conseguiram com honestidade crescer no seu cargo sem depender de trocas de favores com os tribunais ou com “atores políticos”. Afinal, o correto para os magistrados, no exercício da sua função, é servir ao Poder Judiciário com democracia, comportando-se sempre em concordância com a Constituição e o Direito (Lima, 2005, p. 320).

⁹ “Torna-se indispensável que se defenda com firmeza a concepção dos serviços judiciários como serviços essenciais de que o povo necessita [...]” (Dallari, 2002, p. 152).

¹⁰ Para Lima, trata-se da “[...] confusão entre o público e o privado [...] era, a razão da existência das distintas negociações políticas. Acordos entre forças políticas – particularmente onde as oligarquias familiares disputavam a primazia do favor do poder central [...]” (2005, p. 318).

¹¹ Dallari corrobora no sentido de ser imprescindível “[...] a atualização do processo de admissão de novos juízes, o conhecimento público dos critérios utilizados para promoções, a simplificação de procedimentos administrativos, também precisam ser democratizados [...]” (2002, p. 77).

Além da ausência de persistência dos juízes em seguir com o caráter democrático no Estado, outra situação agravante está na posição hierarquicamente superior que os mesmos ocupam, pois com a transição do Estado de Direito para o Democrático de Direito aqueles que foram nomeados no período militar, pela confiança e não em decorrência do mérito, permaneceram no poder (Lima, 2005, p. 320-321).

Isso leva a crer que, com algumas exceções, “[...] a estrutura do Poder Judiciário, na Constituição de 1988, tenha permanecido quase idêntica à que se tinha em 1946 e em 1967/69, o que sugere, desde já, a facilidade com que o Poder Judiciário convive, tanto com a democracia como com autoritarismo”, destaca Lima (2005, p. 320-321).

A “falta de uma cultura democrática” caracteriza um dos empecilhos à “democratização do Poder Judiciário”. Para Lima, há complexidade nesse assunto, pois aqueles que prosperaram na carreira de juiz:

[...] traduzem, porém, uma minoria que não tinha como alterar um quadro mantido e dominado por uma poderosa e eficiente estrutura, e ainda, além de legalmente institucionalizado, culturalmente enraizado, o que é bem mais problemático. [...] a falta de uma cultura democrática, transfigurada também na ausência de apreço à democracia e à transparência dos atos internos e, de julgamentos do Poder Judiciário (2015, p. 319-320).

O Brasil já suportou muitas crises, seja no campo social, político, econômico ou cultural, no entanto, o mais curioso de se observar está na simultaneidade do momento em que se manifestam (Campilongo, 2000, p. 53-55). Cada sistema precisa ter a sua autonomia para organizar-se com base no seu entendimento, de modo que, o sistema jurídico e o político não pratiquem atos estranhos aos seus ofícios (Campilongo, 2000, 76-77).

Dessas possibilidades urge a força da redação constitucional, a qual delimita expressamente os limites de atuação de cada sistema para um não interferir na matéria do outro, logo,

Quando os papéis se invertem e os juízes se avocam na condição de representantes do povo, ou os políticos pretendem amordaçar o Judiciário e submetê-lo à lógica do consenso popular, criam-se bloqueios que impedem o funcionamento tanto do sistema jurídico quanto do sistema político. O mecanismo pensado para impedir a politização do direito e para proteger a representação das intromissões de um Judiciário que pretende substituir os políticos é a Constituição (Campilongo, 2000, p. 76-77).

O Poder Judiciário, “[...] recebe parcela considerável das rendas públicas, cabendo a ele próprio planejar suas atividades e fixar as prioridades quanto às despesas. Tudo isso é feito em nome do povo e com recursos fornecidos pelo povo [...]”, afirma Dallari. Entretanto, essa autonomia atribuída ao Judiciário gerou apreensão na mídia brasileira pelas “deficiências e

mazelas”¹² assistidas (Dallari, 2002, p. 75).

Outras falhas muito freqüentes se referem à prática do nepotismo, ao desvirtuamento da função judicial para objetivos políticos, à excessiva demora no encaminhamento dos processos, havendo muitos casos em que se passaram meses e até anos à espera da apresentação de um relatório ou da redação de um voto ou acórdão. Os prazos legais e regimentais são freqüentemente desrespeitados sem que isso acarrete qualquer consequência para os faltosos (Dallari, 2002, p. 76).

O número de processos tramitando no Poder Judiciário sinalizam o nível de “litigiosidade” imerso na sociedade, desde o ano de 1988 o número de ações superou o de habitantes brasileiros. Sadek observa três grupos que acarretam a desarmonia no sistema de justiça brasileiro: “[...] de um lado, os que litigam em demasia, os que conhecem quais são seus direitos e sabem como demanda-los e, por outro, os que sequer conhecem e não reclamam seus direitos” (2014, p. 59-60).

Esse alto índice de demandas sinaliza efeitos negativos, inclusive por não garantir a presença de uma verdadeira pretensão garantida (Sadek, 2014, p. 60). Em outras palavras, as pessoas ingressam no Judiciário por inúmeros motivos, os quais, por vezes, não indicam direitos violados ou ameaçados, a simples expectativa se torna o estímulo para movimentar a máquina.

Outro ponto fundamental para beneficiar a democratização do Poder Judiciário trata-se do estreitamento no vínculo entre magistrados e cidadãos. Para Dallari, os juízes de qualquer instância só estão praticando o seu exercício como julgadores devido o poder que lhes é atribuído pelo povo¹³ (2002, p. 147). Nesse sentido, há necessidade de haver o equilíbrio de poderes entre os juízes e o povo, de modo que, o tratamento civilizado seja recíproco.

O distanciamento entre o juiz e o sujeito – seja figurando como parte ou testemunha – também se verifica em razão da linguagem rebuscada e técnica utilizada pelos julgadores. Principalmente no momento das audiências, quando há pessoas que não compreendem o significado dos termos jurídicos, criando ainda mais complicação para a comunicação entre ambos e para o fluído deslinde do processo (Dallari, 2002, p. 148).

¹² “[...] Passou-se a ter, então, farto noticiário, revelando o desperdício de recursos financeiros, gastando-se em coisas luxuosas e supérfluas quantias consideráveis, ao mesmo tempo em que faltam recursos para a ampliação dos serviços essenciais e a melhoria das instalações da primeira instância, a modernização do equipamento e outras coisas verdadeiramente relevantes para o aperfeiçoamento dos serviços judiciários” (Dallari, 2002, p. 76).

¹³ “O povo compreende, portanto, as pessoas de todas as camadas sociais, que se acham integradas numa unidade, merecendo todas as pessoas, enquanto participantes do mesmo povo, exatamente o mesmo respeito, a mesma consideração e a mesma garantia de direitos [...]. [...] todas as pessoas são essencialmente iguais e devem receber o mesmo tratamento” (Dallari, 2002, p. 147).

Esse descrédito na justiça pode surgir tanto dos problemas internos quanto dos externos, afastando o povo e trazendo insatisfação. A criação dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, com a Lei nº 9.099/1995, também não supriu a morosidade processual e a carência de democracia no Judiciário, especialmente em razão da limitação do seu alcance (Dallari, 2002, p. 153).

Para Torres, estão ausentes da Constituição de 1988 instrumentos e infraestrutura para satisfazer as finalidades propostas por um Estado Democrático de Direito, levando a figura do Poder Judiciário à desvalorização. Nessas circunstâncias, as pessoas ao não acreditarem na força do Judiciário e na correta “distribuição da Justiça”, optam por sanar os seus problemas sem o auxílio de um terceiro imparcial, resolvendo sozinhas para se esquivar da morosidade processual (2005, p. 30-31).

Racionalizar para construir novos caminhos de acesso à justiça e para alcançar a pacificação social sustenta-se de forma plausível. A democracia prevista na Constituição Federal de 1988 e posteriormente na Lei nº 13.105/2015 (Código de Processo Civil de 2015), na Lei nº 13.140/2015 (Lei de Mediação) e na Emenda 2 da Resolução 125/2010 positivaram outro mecanismo com a finalidade de sanar conflitos consensualmente: a mediação.

3. MEDIAÇÃO DE CONFLITOS: DEMOCRATIZANDO OS ESPAÇOS DO PODER JUDICIÁRIO

A infinidade de processos na via judicial acarretou a morosidade processual e sinalizou um alerta para quem permanece cultivando a cultura da sentença no Poder Judiciário. Sendo assim, buscou-se desenvolver um método cujo objetivo se destina a resgatar o diálogo entre os envolvidos no litígio, bem como, resolvê-lo numa perspectiva de tempo reduzido.

Nesse contexto, a resolução de controvérsias pela via judicial seguiu outros rumos, quando a democracia, o equilíbrio e a comunicação motivaram a positivação da mediação nos sistemas de justiça brasileiro. No momento atual, a legislação brasileira coloca à disposição do cidadão a escolha de atribuir ao juiz o poder para analisar, interpretar e decidir quem tem a razão ou então optar pelo auxílio de um mediador para conduzir a conversa pacífica entre os litigantes.

Os conflitos decorrem das relações sociais e o Direito aparece para amenizá-los e harmonizar a convivência em sociedade. Todavia, “[...] só atinge essa finalidade quando utilizado

e aplicado de forma justa. O direito é algo construído, algo impensável e irrealizável sem o homem que o produz e o aplica, que dele se utiliza e a quem deve servir [...]”, refere Bezerra (2001, p. 44).

Não raras vezes a opção de muitas pessoas têm sido não acessar à justiça pela via judicial, entre os motivos está a demora para obter uma resposta, os gastos processuais e a burocracia dos procedimentos criando barreiras para a compreensão dos jurisdicionados. Sendo assim, “[...] é preciso reconhecer outras formas possíveis de solucionar os conflitos e que são experiências válidas em outros países, podendo aqui ser francamente utilizadas sob orientação e coordenação do Poder Judiciário”, sustenta Torres (2005, p. 15.)

Novas alternativas¹⁴ precisavam ser implementadas para suprir as deficiências dos procedimentos tradicionais, afinal, com o passar do tempo as adversidades aumentaram, assim como as desigualdades sociais, fazendo surgir a todo instante novos embates. Antes dos sistemas de justiça brasileiro adotarem a mediação de conflitos como uma medida possivelmente efetiva, já se estudava o seu instituto e os seus benefícios ao observar a aplicação em outros países¹⁵ (Torres, 2005, p. 167).

O Instituto da Mediação é um caminho possível que se disponibiliza às partes envolvidas num litígio, contando para isso com um terceiro estranho, atuando para facilitar uma compreensão do problema, sem interferir diretamente, mas conduzindo os participantes para um ponto de equilíbrio. Em que pese não esteja inserido como texto legal, é um instrumento jurídico colocado à disposição da sociedade e do Poder Judiciário para viabilizar um paradigma de Justiça (Torres, 2005, p. 168).

O Estado, como fonte de poder, tem a obrigação de promover sugestões às partes para a resolução de conflitos. Com base nisso, o cenário brasileiro sofreu alterações após a Resolução número 125/2010, reconhecendo a “instituição da Política¹⁶ Judiciária Nacional de tratamento adequado de conflitos” e exteriorizando a imprescindibilidade de oferecer novos instrumentos de consenso a serem aplicados pelos tribunais (Tartuce, 2017, p. 70-72).

Sob nova ótica, a redação do Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015) priorizou os métodos consensuais de conflitos, determinando aos aplicadores¹⁷ do direito que instiguem

¹⁴ “[...] a confiança gradativamente vem aumentando nos instrumentos menos formais, diretos e rápidos no atendimento do direito reclamado pelo cidadão [...]” (Torres, 2005, p. 168).

¹⁵ “[...] é uma experiência que se efetiva em vários países, principalmente, nos Estados Unidos da América, mas não deixa de ser um mecanismo de solução de conflitos e que pode ser utilizado, desde que supervisionado pelo Poder Judiciário, com estrutura suficiente para acatamento da sociedade” (Torres, 2005, p. 168-169).

¹⁶ “[...] por meio da Resolução n. 125/2010, instituiu a política judiciária nacional de tratamento dos conflitos de interesses, que foi aprovada com o objetivo principal de contribuir com a ampliação do acesso à Justiça e a pacificação dos conflitos por meio dos métodos consensuais e diretos. Com essa política, buscou-se devolver à sociedade a autonomia e a responsabilidade na busca das soluções de conflitos, com ênfase na paz social (Scaini; Pizzol, 2013, p. 23).

¹⁷ Lei nº 13.105/2015 - Art. 3º: [...] § 3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de

positivamente os envolvidos a optar pela mediação. Para facilitar, pode ser realizada antes ou no curso do processo judicial, além de ser cabível também pela esfera extrajudicial (Brasil, Lei nº 13.105, 2015).

O próprio Código de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil ao dispor sobre o papel do advogado à administração da Justiça versou no artigo 2º, parágrafo único, inciso VI sobre a necessidade de incitar a mediação aos seus clientes para alcançar a paz social com a construção de soluções inteligentes, isso evita que o litígio sofra proporções maiores (Código de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil, 2015, p. 2).

Para os objetivos desse novo espaço de trabalho serem compreendidos pelos advogados, foram elaborados alguns manuais explicativos, entre eles o de iniciativa da “Secretaria de Reforma do Judiciário, vinculada ao Ministério da Justiça”. De acordo com Motta Júnior,

O Manual teve por propósito consolidar em definitivo a relevância do instituto da mediação para a advocacia. Pretendeu-se compartilhar com classe as especificidades de um método que, há alguns anos, poderia ser considerado ousado ou até idealista. Hoje, no entanto, não pairam dúvidas acerca do alinhamento da mediação com a visão moderna de acesso à ordem jurídica justa. Não faltam vozes balizadas a confirmar a adequação, a efetividade e a tempestividade do instituto, e a bradas a premência da implantação formal e generalizada do método no sistema jurídico brasileiro (Motta Júnior, 2014, p. 144).

Diante dessa nova prática, o advogado deve ter a postura¹⁸ diferenciada desde à análise da situação narrada pelo seu cliente até chegar à conclusão de ser ou não cabível a mediação. Esclarecer as dúvidas do litigante também se mostra necessário, além de prepará-lo para as sessões de mediação, dando o conhecimento sobre o funcionamento desse instituto que traça objetivos diferentes de uma sentença prolatada por um julgador (Orlando, 2014, p. 75).

A Lei nº 13.140/2015 orienta a sociedade sobre a mediação de conflitos, reconhecendo-a como uma “atividade técnica exercida por terceiro imparcial sem poder decisório”. De fato, essa é uma das principais características que distinguem o mediador do juiz, visto que, esse profere a sentença com base na sua visão e conhecimentos, e aquele “auxilia” e “estimula” as partes a localizarem o problema da relação (Brasil, Lei nº 13.140/2015).

Os reflexos da mediação surtirão efeitos a partir da decisão dos envolvidos, uma vez que ambos buscarão o equilíbrio para nenhum sair prejudicado. Dessa forma, a atualização,

conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.

¹⁸ Orlando explica: “A contribuição do advogado para o êxito da mediação é inestimável. Contudo, mostra-se indispensável uma adaptação comportamental e estratégica em sua postura, com vistas a potencializar as chances de sucesso da mediação e amainar, ao invés de incrementar, o grau de litigiosidade entre as partes (Orlando, 2014, p. 76).

dedicação e habilidade do profissional do Direito em saber sobre o procedimento da mediação judicial indica o seu diferencial no mercado de trabalho. Além do operador desafogar o Poder Judiciário estará se adaptando e adequando às inovações do Direito contemporâneo.

Com aspecto informal, na mediação não se fala em audiência, ocorrem sessões voltadas ao encontro dos “mediandos” priorizando o contato e a conversação. Outra novidade proveniente da mediação são as chamadas “reuniões de pré-mediação”, onde aquele que busca ajuda tem o seu acolhimento ao ser ouvido individualmente e depois abre-se espaço para a parte contrária esclarecer a sua versão dos fatos (Vasconcelos, 2014, p. 38).

Há momentos, no decorrer das sessões em que se permite ouvir as partes sozinhas para posteriormente juntá-las e provocar a troca de informações. Vasconcelos acrescenta, as reuniões “conjuntas” podem ser revezadas com as individuais, dando mais qualidade ao trabalho do mediador, desde que esse tenha o cuidado de

[...] destacar e resumir os avanços obtidos, facilitando, assim, a identificação e exploração dos interesses comuns, sentimentos, questões e necessidades, respeitados os padrões jurídicos, econômicos e técnicos a serem considerados na formalização do consenso eventualmente obtido” (Vasconcelos, 2014, p. 38-39).

A mediação trabalha de forma transdisciplinar, envolvendo diversas áreas, como por exemplo, direito, psicologia, filosofia e assistência social. Além disso, trata-se de um “[...] procedimento não-adversarial (autocompositivo) de solução de disputas, diferentemente dos processos adversariais (heterocompositivos) que são aqueles em que um terceiro exerce a autoridade para decidir [...]”, explica Vasconcelos (2014, p. 39-40).

Pelo “princípio da confidencialidade” se atribui segurança aos mediandos, pois tudo aquilo que for mencionado durante as sessões não poderá ser utilizado para qualquer outra finalidade, salvo exceções¹⁹. Em razão da “informalidade”, ao invés da decisão ser sentenciada como de costume nos trâmites judiciais, será redigido um termo²⁰ com o acordo, eliminando-se qualquer outra observação escrita realizada durante a sessão (Vasconcelos, 2014, p. 53).

Em que pese a presença dos advogados nas sessões de mediação, a sua atuação se

¹⁹ “[...] O dever de manter sigilo abrange todas as informações obtidas na sessão, salvo autorização expressa das partes, violação à ordem pública ou às leis vigentes, não podendo o mediador ser testemunha do caso, nem atuar como advogado dos envolvidos em qualquer hipótese” (Vasconcelos, 2014, p. 53).

²⁰ “A Lei de Mediação brasileira concretiza a tendência de reduzir por escrito o encaminhamento final. Segundo o art. 20, o procedimento de mediação será encerrado com a lavratura do seu termo final, quando for celebrado acordo ou quando não se justificarem novos esforços para a obtenção de consenso, seja por declaração do mediador nesse sentido ou por manifestação de qualquer das partes. O termo final de mediação, na hipótese de celebração de acordo, constitui título executivo extrajudicial; quando ele é homologado judicialmente, constitui título executivo judicial (Lei n. 13.140/2015, art. 20, parágrafo único)” (Tartuce, 2018, p. 215).

desenvolve de forma diversa do que ocorre nas audiências judiciais. A intervenção do profissional do direito se dá caso, no momento do acordo, for observada alguma cláusula distante de ser “juridicamente viável”. Logo, a celebração do acordo se efetuará depois de os advogados realizarem a leitura para “revisão legal” do termo, confirmando a possibilidade de ser alcançada a decisão (Pelajo, 2014, p. 99-100).

Desse modo, o instituto da mediação contribui para o empoderamento e participação democrática dos envolvidos, promovendo a figura do mediador como um sujeito imparcial e facilitador no momento da tomada de decisão. Trata-se de uma positivação recente, decorrente da Lei nº 13.105/2015 (Código de Processo Civil de 2015), da Lei nº 13.140/2015 (Lei de Mediação) e da Emenda 2 da Resolução 125/2010, sendo assim, qualquer pessoa do povo deve ter a consciência da evolução do direito por propor esse instrumento, bem como, ter paciência para a adaptação de uma nova cultura.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como visto, este artigo propôs analisar a mediação judicial de conflitos como um mecanismo de duração rápida e de resultados efetivos. A convivência em sociedade estimula a formação de relações jurídicas, no entanto, quando há alguma pretensão resistida, normalmente o sujeito aciona o Poder Judiciário para satisfazer o seu direito, oposto à outra parte.

O direito fundamental de acesso à justiça acolhe os cidadãos para que, ao ser alvos de direitos ameaçados ou lesados tenham a quem recorrer, cabendo ao Estado-juiz analisar, interpretar e com base nos seus conhecimentos, proferir a sentença. Nesse contexto, em detrimento de muitos fatores internos e externos, o Poder Judiciário restou congestionado, levando às incontáveis ações em trâmite.

O reflexo negativo dessa situação identifica-se pela a morosidade processual e pela não razoável duração do processo, sendo que, há processos que perduram durante meses e anos até serem julgados. Em concomitância com a precariedade do Poder Judiciário identificou-se a crise democrática e o descrédito na justiça pelo povo brasileiro

Como em qualquer outro procedimento, o processo ao ingressar no Poder Judiciário deve ter, obrigatoriamente, o seu início, meio e fim, evitando essa demora. Diante das mazelas advindas com o sistema de justiça carente de agilidade, a legislação brasileira colocou à

disposição da sociedade os meios alternativos de resolução de conflitos, entre eles a mediação, um instrumento contemporâneo, célere e democrático.

Na via judicial, a mediação de conflitos se organiza para atender tanto o polo ativo como o passivo, incentivando o diálogo e cessando, na medida do possível, as discussões intermináveis. Sendo assim, um dos fatores positivos advindos com esse novo instituto é o fortalecimento da democracia e a contribuição para o aprimoramento dos sistemas de justiça brasileiro.

Portanto, a aplicação da mediação judicial, seja na fase pré-processual ou no decorrer do processo, abre espaço para os envolvidos participarem juntos da tomada de decisão. Não haverá consequências negativas no sentido de ter um resultado egoísta e prejudicial a um dos mediados, muito pelo contrário, cria-se uma nova estratégia na tentativa de reduzir a crise democrática do Poder Judiciário.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

BENETI, Sidnei Agostinho. **Da conduta do juiz**. São Paulo: Saraiva, 1997.

BEZERRA, Paulo Cesar Santos. **Acesso à justiça**: um problema ético-social no plano da realização do direito. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**: uma defesa das regras do jogo. 6. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1997.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 15 ago. 2018.

BRASIL. **Lei nº. 13.105, de 16 de março de 2015**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em: 27 ago. 2018.

BRASIL. **Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm. Acesso em: 27 ago. 2018

BRASIL. **Código de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil**. Disponível em: <http://www.oab.org.br/Content/pdf/novo-ced.pdf>. Acesso em: 27 ago. 2018.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. **O direito na sociedade com complexa**. São Paulo: Editora Max Limonad, 2000.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **O poder dos juízes**. 2. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2002.

GORCZEVSKI, Clovis. A participação política como exigência intrínseca para o reconhecimento da cidadania. In: REIS, Jorge Renato dos; LEAL, Rogério Gesta (Orgs.). **Direitos sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos**. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2010. 10 t. p. 3010-3029.

LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. Democracia no Poder Judiciário. **Revista Direito e Liberdade**, Mossoró, v. 1, n. 1, p. 317-330, jul/dez 2005.

MACEDO, Elaine Harzheim. Cidadania e dignidade humana na dimensão do processo: humanização do processo. **Revista de Direito Brasileira**, São Paulo, SP, v. 16, n. 7, p. 256 – 275, Jan./Abr., 2017.

MOTTA JÚNIOR, Aldemar de Miranda. Conclusão: Mediação, um Novo Mercado para a Advocacia. In: Escola Nacional de Mediação e Conciliação (Org.). **Manual de Mediação de Conflitos para advogados**: Escrito por Advogados. Disponível em: <http://www.conima.org.br/arquivos/4224>. Acesso em: 27 ago. 2018.

ORLANDO, Fabíola. Relevantes Contribuições do Advogado para a Mediação. In: Escola Nacional de Mediação e Conciliação (Org.). **Manual de Mediação de Conflitos para advogados**: Escrito por Advogados. Disponível em: <http://www.conima.org.br/arquivos/4224>. Acesso em: 27 ago. 2018.

PELAJO, Samantha. A Ética na/da Mediação. In: Escola Nacional de Mediação e Conciliação (Org.). **Manual de Mediação de Conflitos para advogados**: Escrito por Advogados. Disponível em: <http://www.conima.org.br/arquivos/4224>. Acesso em: 27 ago. 2018.

TORRES, Jasson Ayres. **O acesso à justiça e soluções alternativas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. Principais Características da Mediação de Conflitos. In: Escola Nacional de Mediação e Conciliação (Org.). **Manual de Mediação de Conflitos para advogados**: Escrito por Advogados. Disponível em: <http://www.conima.org.br/arquivos/4224>. Acesso em: 27 ago. 2018.

VILELA, Hugo Otávio Tavares. **Além do direito: o que o juiz deve saber: a formação multidisciplinar do juiz**. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2015.

SADEK, Maria Tereza Aína. Acesso à justiça: um direito e seus obstáculos. **Revista USP**, São Paulo, n. 101, p. 55-66, março/abril/maio, 2014.

SCAIN, Luiz Augusto Costa Calgare; PIZZOL, Alcebir Dal. A conciliação e a mediação no TJSC. **Revista Catarinense de Solução de Conflitos**, ano I, nº 1, setembro, 2013.

SILVA, José Afonso da. Acesso à justiça e cidadania. **R. Dir. Adm.**, Rio de Janeiro, 9-23, abr./jun., 1999.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2014

TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos conflitos civis**. 4. ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018.

FRAGILIDADES DAS DEMOCRACIAS LATINO-AMERICANAS E CARIBENHAS: UMA ANÁLISE EMPÍRICA (2006 E 2017)

Armando Albuquerque de Oliveira¹

Caio Victor Nunes Marques²

INTRODUÇÃO

A pesquisa empírica na área jurídica emergiu no último quarto do século passado, principalmente nos Estados Unidos. Assim, os denominados *Empirical Legal Studies* ganharam proeminência e se desenvolveram vigorosamente nos primeiros anos do século XXI.

Esta nova perspectiva da pesquisa no âmbito do Direito compreende de forma ampla tanto as investigações quantitativas quanto as qualitativas na área jurídica. O que a difere a pesquisa meramente normativa da pesquisa empírica é que esta contempla um conjunto sistemático de dados e as suas análises se conformam a um método amplamente aceito no âmbito das ciências sociais (CANE e KRITZER, 2010).

Este artigo faz parte de uma série de estudos empíricos sobre a democracia latino-americana e caribenha. A onda de democratização iniciada na América Latina em 1978 veio acompanhada de avanços e retrocessos. Isso se deve, em certa medida, ao modo através do qual ocorreram os processos de liberalização e de transição das mesmas. Tais processos foram, na maioria dos casos, incompletos. Assim, parte-se do pressuposto que a estagnação e não consolidação das democracias latino-americanas e caribenhas deve-se, em certa medida, a um processo de democratização inconcluso, que privilegiou o aspecto eleitoral em detrimento do aspecto liberal deste regime de governo.

Esta investigação parte de uma concepção empírica de democracia que leva em consideração cinco dimensões deste regime político e não contempla apenas aspectos institucionais, mas também comportamentais e culturais fornecidas pelo *Democracy Index*.

O problema central aqui proposto reside em verificar, empiricamente, como as democracias latino-americanas e caribenhas evoluíram no sentido da consolidação após a

¹Armando Albuquerque de Oliveira. Doutor em Ciência Política (UFPE). Docente Permanente do Programa de Pós-Graduação Em Direito (UNIPÊ). Docente Colaborador do Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas (UFPB). armandoalbuquerque@yahoo.com.br

²Caio Victor Nunes Marques. Graduado em Direito(UFPB) e Mestrando em Direito e Desenvolvimento (UNIPÊ).

Terceira Onda de democratização no período compreendido entre os anos de 2006 e 2017. Assim, a questão aqui colocada é a seguinte: no referido período as democracias da América Latina e do Caribe avançaram, estagnaram ou retroagiram?

Na tentativa de responder esta questão, a hipótese que norteia esta pesquisa é a de que as democracias em questão tiveram percursos distintos, mas considerando a região objeto da mesma, há indícios de fragilidades e estagnação desses regimes democráticos.

Portanto, o principal objetivo deste estudo é prover uma explicação plausível, à luz de evidências empíricas, que possibilite corroborar a sua hipótese: a fragilidade e a estagnação das democracias latino-americanas e caribenhas após a *Terceira Onda*³ no período em questão.

Faz-se necessário asseverar que no período analisado, considerando os 167 países analisados pelo *Democracy Index*, o regime democrático vem atravessando uma fase de recessão em diversos continentes e este trabalho, inicialmente, procurará mostrar este quadro de forma sumária, antes de deter-se no seu objeto e objetivo principais.

Serviui de fonte de dados para esta análise o *Democracy Index* (2006 e 2017), que após 11 anos aponta os avanços e recuos de 24 países considerando cinco dimensões da democracia: a) *processo eleitoral e pluralismo*; b) *funcionamento do governo*; c) *participação política*; d) *cultura política* e e) *liberdades civis*. Uma parte dos dados foi retirada diretamente dos *Indexes*, outra parte foi processada e somente então analisada a partir de uma metodologia comparada e quantitativa.

Para cumprir o objetivo a que se propõe, o texto está dividido fundamentalmente em duas seções. A primeira apresenta a definição e a metodologia de mensuração da democracia elaborada pelo *Democracy Index*, cujos indicadores fornecidos nos anos de 2006 e 2017 serviram de dados empíricos para esta investigação.

A segunda seção apresentará os procedimentos metodológicos aplicados a esta pesquisa, os dados e a análise dos mesmos.

1. DEMOCRACY INDEX: DEFINIÇÃO E MÉTODO DE MENSURAÇÃO DA DEMOCRACIA

O *Democracy Index* é uma produção do *Economist Intelligence Unit* cujo principal

³ Huntington (1991)

objetivo é fornecer uma definição e uma metodologia empíricas para mensuração do regime democrático e a classificação de regimes políticos em 167 países. Ele oferece uma definição empírica de democracia que vai além daquela meramente eleitoral e propõe cinco dimensões constitutivas deste regime: a) *processo eleitoral e pluralismo*; b) *funcionamento do governo* c) *participação política*; d) *cultura política*; e e) *liberdades civis*. A sua metodologia⁴ propõe uma mensuração deste regime a partir de uma escala de 0 a 10 alicerçada na avaliação de 60 indicadores agrupados naquelas cinco dimensões. Propõe, ainda, uma tipologia de regimes políticos que compreende a *democracia plena*, a *democracia falha ou imperfeita*, o *regime híbrido* e o *regime autoritário*.

Na dimensão relativa ao *processo eleitoral e pluralismo (electoral process and pluralism)* leva-se em consideração, entre outros indicadores, a existência de eleições livres e justas para o Legislativo e o Executivo, a existência do sufrágio universal da população adulta, a igualdade de condições na campanha eleitoral, as condições de possibilidade de o eleitor votar sem ameaças significantes de organismos estatais e não-estatais, a aceitação da transparência do financiamento dos partidos políticos, a liberdade de organização partidária independente do Estado, a possibilidade efetiva dos partidos de oposição conquistar o governo e a possibilidade dos cidadãos formarem organizações livres da interferência do Estado.

No que concerne ao *funcionamento do governo (functioning of government)* alguns dos indicadores contemplados são: a importância dos representantes livremente eleitos implementarem as políticas governamentais, a condição do Legislativo como corpo político supremo com clara hegemonia sobre os outros ramos do governo, a existência de um efetivo sistema de *checks and balances* sobre o governo, a inexistência de poder estrangeiro na determinação das funções ou políticas governamentais, a ausência de interferências indevidas no governo por parte dos militares e dos serviços de segurança, a ausência do exercício de poder paralelo significativo, através de grupos econômicos, religiosos ou de outra ordem, junto às instituições democráticas, os eleitores devem dispor de mecanismos de *accountability* em relação ao governo nos períodos entre os processos eleitorais, a autoridade do governo deve se estender sobre todo o território do país, as ações governamentais devem ser abertas e transparentes com acesso público à informação, a corrupção não deve ser um problema significativo, etc.

⁴ Cf. *Democracy Index 2017*.

No tocante à *participação política (political participation)* eis alguns dos indicadores relevantes: um alto percentual de comparecimento nos processos eleitorais, a existência de um razoável grau de autonomia e voz nos processos políticos das minorias (étnicas, religiosas, etc.), uma considerável participação das mulheres no parlamento, o engajamento dos cidadãos com a política, um elevado nível de adultos alfabetizados (acima de 90%) e um sério esforço das autoridades no sentido de promover a participação política.

No que tange à *cultura política (political culture)* são os principais indicadores: a existência de um razoável grau de consenso e coesão por parte da sociedade que apoie o funcionamento de uma democracia, uma baixa parcela da população que deseje lideranças fortes, sem parlamentos e sem eleições, uma baixa parcela da população que prefira ser governada por militares e/ou tecnocratas, uma alta parcela da população (acima de 80%) deve acreditar que a democracia beneficia a performance econômica, um alto grau de apoio à democracia (acima de 90%) e uma forte separação entre a Igreja e o Estado.

Finalmente, em relação às *liberdades civis (civil liberties)* são levados em consideração os seguintes indicadores entre os demais: a existência de liberdade da mídia eletrônica, a existência de uma mídia robusta, a liberdade de expressão e protesto, a liberdade de organização profissional e sindical, a inexistência da tortura através do Estado, o grau de independência do judiciário em relação à interferência do governo, o grau de liberdade e tolerância religiosa, a igualdade jurídica, um sistema efetivo de segurança pública, a proteção do direito de propriedade e da livre iniciativa, proteção das liberdades civis, a inexistência de significativa discriminação de raça, cor, credo, etc.

Com base nestas categorias os regimes políticos são classificados a partir de determinados valores mensurados numa escala de 0 a 10. Assim, para que um regime político seja considerado uma *democracia plena (full democracy)*, faz-se necessário que ele obtenha uma pontuação total (*overall score*) de 8 a 10. Para que seja classificado como democracia falha (*flawed democracy*), é necessário obter um escore total de 6 a 7.9. Quando um regime político possui um escore total entre 4 e 5.9, recebe a classificação de híbrido (*hybrid regime*). Por fim, quando um regime possui tal escore abaixo de quatro é considerado autoritário (*authoritarian regime*).

Ainda de acordo o *Democracy Index*, uma *democracia plena* se caracteriza por possuir: a) respeito às liberdades políticas e civis; b) uma cultura política democrática; c) uma governança satisfatória; d) um judiciário independente cujas decisões são efetivadas; e e) os problemas no

funcionamento da democracia são limitados.

As *democracias falhas* contemplam: a) respeito pelas liberdades políticas e civis; b) problemas com a governança; c) baixos níveis de participação política; e d) uma cultura política subdesenvolvida.

Os *regimes híbridos* possuem: a) eleições com substanciais irregularidades que frequentemente as impedem de serem livres e justas; b) fragilidades no funcionamento do governo, na participação e na cultura políticas (maiores que nas democracias falhas); c) corrupção difundida; d) frágil Estado de direito; e) sociedade civil pouco desenvolvida; f) forte ameaça à liberdade de imprensa; e f) judiciário sem independência.

Finalmente, os *regimes autoritários* contemplam: em muitos casos regimes literalmente ditatoriais; b) a inexistência de pluralismo político ou uma forte limitação do mesmo; c) algumas instituições formais da democracia, mas com pouca substância; d) eleições, quando existem, que nem são livres, nem justas; e) forte violação das liberdades civis; f) apenas mídia estatal ou controlada por grupos que apóiam o regime; g) censura e repressão aos críticos do regime; e h) absoluta falta de independência do poder judiciário.

Procedimentos utilizados com base no *Democracy Index* 2006 e 2017

A mensuração e a classificação dos regimes políticos latino-americanos com base no *Democracy Index* seguiram os seguintes passos:

a) Inicialmente, foram incorporados os 24 países da América Latina e do Caribe constantes dos Indexes 2006 e 2017.

b) Em segundo lugar foram retirados alguns dados relativos aos 167 países analisados pelo *Demcoracy Index* nos anos em questão e feita uma comparação dos mesmos e ilustrados através de tabelas e gráficos.

c) Em terceiro lugar, os escores das cinco dimensões da democracia, médias e outros dados foram retirados diretamente dos dois *Indexes*.

d) Em quarto lugar, foram construídas tabelas e gráficos para ilustrar todos os dados analisados no decorrer da investigação.

e) Em quinto lugar foi realizada a comparação dos dois *Indexes* e estabelecida a diferença entre os valores de cada dimensão nos 24 países.

f) Em sexto lugar foi feita a média e a diferença da mesma para cada uma das cinco demissões.

g) Finalmente, foram conservados todos os demais conteúdos dos *Indexes* relativos à tipologia dos regimes políticos, seus indicadores e escores.

2. APRESENTANDO E ANALISANDO OS DADOS:

Inicialmente, nesta seção, passa-se a apresentar os dados macros da democracia no mundo nos anos de 2006 e 2017 para que se possa, posteriormente, realizar uma análise em relação aos dados relativos à América Latina e ao Caribe.

2.1 A DEMOCRACIA NO MUNDO

Observando os dados sobre a classificação dos regimes políticos fornecidos pelo *Democracy Index 2017*, analisados em 167 países, nos períodos em questão (tabela 1 e gráficos 1, 2 e 3), pode-se verificar que ocorreu uma forte redução nas democracias plenas (nove a menos) e, por conseguinte, na diminuição no percentual de países plenamente democráticos (-5,4 %) e, principalmente, no percentual de pessoas que vivem sob países que contemplam uma democracia plena (4,5%), o que reduziu neste período quase dois terços da população que vive sob a democracia (uma diminuição de 8,5%).

Uma nota positiva, se assim pode ser dito, é o fato do número de regimes autoritários apresentarem uma redução de três países. Qualitativamente, registra-se o fato dos EUA, pelo segundo ano consecutivo, ser classificado como uma democracia falha obtendo um escore total de 7,98 contra 8,12 do Uruguai, único país latino-americano a ser classificado como democracia plena. Os maiores problemas dos EUA apresentados pelos índices de 2017 estão relacionados às dimensões do funcionamento do governo (7,14) e da participação política (7,22). O *Democracy Index* afirma que a pontuação global média caiu de 5,52 em 2016 para 5,48 em 2017(em uma escala de 0 a 10)⁵.

TABELA 1

REGIME POLÍTICO	2006	2017	% 2006	% 2017	% 2006	% 2017
Full Democracies	28	19	16,8	11,4	13	4,5
Flawed Democracies	54	57	32,3	34,1	38,3	44,5
Hybrid Regimes	30	39	18	23,4	10,5	16,7
Authoritarian regimes	55	52	32,9	31,1	38,2	34

Fonte: *Democracy Index 2006 e 2017*

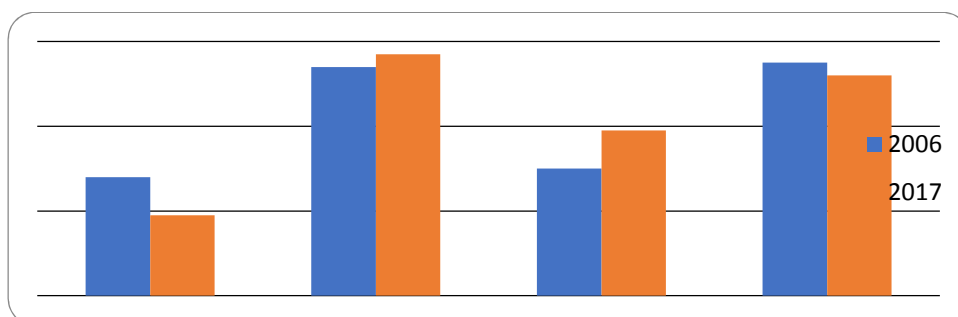
*Número de países segundo os diversos regimes políticos.

**Percentual de países sob os diversos regimes políticos.

***Percentual da população vivendo sob os diversos regimes políticos.

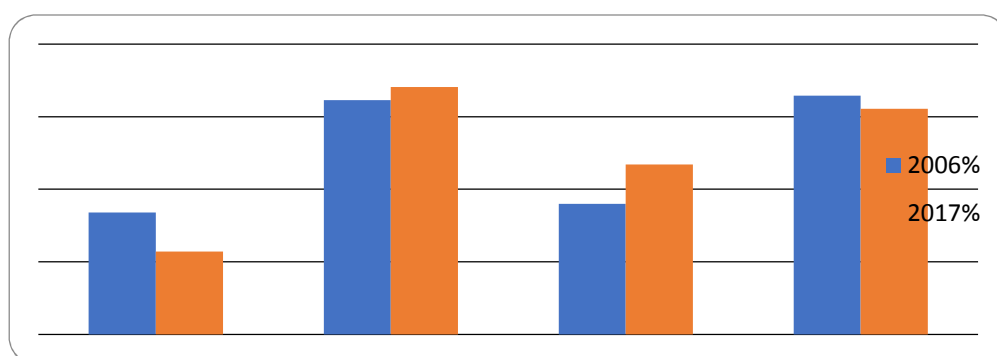
⁵ *Democracy Index*, 2017, p. 2.

GRÁFICO 1



Número de países segundo os diversos regimes políticos.

GRÁFICO 2

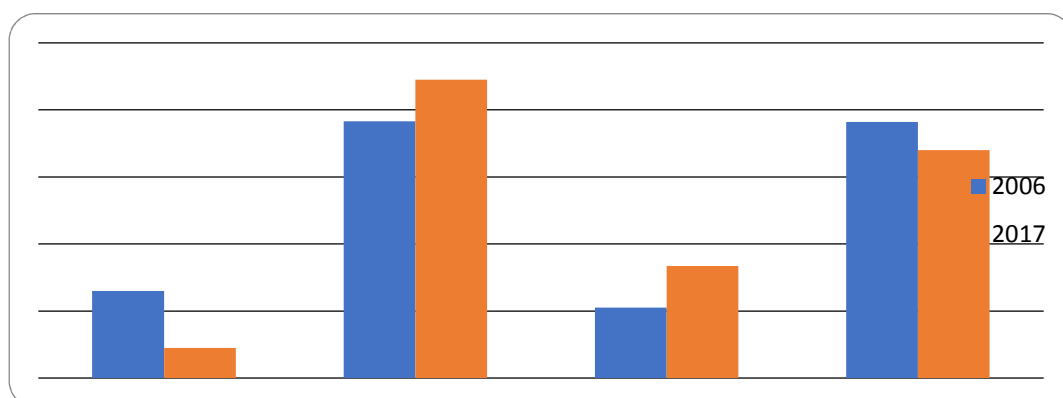


Percentual de países sob os diversos regimes políticos.

Como pode ser observado, entre 2006 e 2017 ocorre uma considerável redução (de 28 para 19) das democracias plenas no mundo em números inteiros e em termos percentuais (Tabela 1).

Observa-se, ainda, que, por consequência, ocorre uma forte queda no percentual do número de pessoas que vive sob o regime democrático no mundo (de 13% em 2006, para 4,5 em 2017).

GRÁFICO 3



Percentual da população vivendo sob os diversos regimes políticos.

2.2 A DEMOCRACIA NA AMÉRICA LATINA E NO CARIBE

Após uma panorâmica da democracia no mundo, passa-se agora a analisar as democracias latino-americanas e caribenhas a partir das cinco dimensões contempladas pelo *Democracy Index*.

2.2.1 PROCESSO ELEITORAL E PLURALISMO

As democracias na América Latina e no Caribe, mesmo após a *terceira onda*, sempre se configuraram como *democracias eleitorais*, ou seja, elas conservam as dimensões relativas ao processo eleitoral que Schumpeter (1961), Dahl (1989 e 2001), Huntington (1991) e Przeworski (2003), entre tantos outros, consideram importantes para um governo democrático: a) eleições periódicas, livres e justas; b) cidadania inclusiva. Embora não haja problemas relativos à cidadania inclusiva, verifica-se, ainda, diversos problemas em relação à periodicidade, à liberdade e, principalmente, às condições de igualdade na competição política (ALBUQUERQUE e MARTINS, 2016).

Desta forma, a democracia nesta região não avançou no sentido de consolidar o caráter liberal deste regime (Zakaria, 2003), qual seja, uma democracia que para além das condições necessárias relativas à escolha dos seus governantes também assegurasse aos cidadãos os direitos civis e políticos e a plena capacidade de governar dos seus representantes legitimamente eleitos (Mainwaring *et alli*, 2001).

A dimensão em questão, expressa na tabela 2, mostra que seis países melhoraram os seus escores (Trinidad e Tobago, Argentina, Honduras, Paraguai, Peru e Equador). Sete países (México, República Dominicana, Guatemala, Bolívia, Nicarágua, Venezuela e Haiti) diminuíram os seus escores e os demais mantiveram os mesmos escores nos dois anos.

Assim, apesar de apresentar uma redução na sua média entre 2006 e 2017 de 0,42 (tabela 2), observa-se que esta dimensão permanece contemplando a melhor média entre as cinco em 2017, qual seja, 7,98. Registre-se aqui, como nota negativa, o fato da Nicarágua e Venezuela caírem - 3,83 pontos juntamente com a Bolívia com - 1,33, configurando, assim, os três países com maior declínio nesta dimensão nos anos em questão.

TABELA 2

País	PEP 2006	PEP 2017	DIFERENÇA
Costa Rica	9,58	9,58	0
Uruguai	10,00	10,00	0
Chile	9,58	9,58	0
Brasil	9,58	9,58	0
Panamá	9,58	9,58	0
Trinidad e Tobago	9,17	9,58	0,41
Jamaica	9,17	9,17	0
México	8,75	7,83	- 0,92
Argentina	8,75	9,17	0,42
Suriname	9,17	9,17	0
Colômbia	9,17	9,17	0
Honduras	8,33	8,25	0,08
El Salvador	9,17	9,17	0
Paraguai	7,92	8,75	0,83
Guiana	8,33	8,75	0,42
República Dominicana	9,17	9,17	0
Peru	8,75	9,17	0,42
Guatemala	8,75	7,92	- 0,83
Bolívia	8,33	7,00	- 1,33
Nicarágua	8,25	3,42	- 4,83
Equador	7,83	8,75	0,92
Venezuela	7,00	2,17	- 4,83
Haiti	5,58	5,17	- 0,41
Cuba	1,75	1,33	- 42
MÉDIA	8,40	7,98	-0,42

Processo eleitoral e Pluralismo

2.2.2 FUNCIONAMENTO DO GOVERNO

Segundo os indicadores do *Democracy Index*, o funcionamento do governo constitui o terceiro maior problema de ordem política na América Latina e no Caribe. A implementação das políticas governamentais, a separação efetiva dos poderes e a inexistência de um efetivo sistema de *checks and balances*, a ausência de mecanismos de *accountability* em relação ao governo nos períodos entre os processos eleitorais e o alto nível de corrupção ⁶ comprometem profundamente a consolidação de um regime democrático.

Esta dimensão apresenta 10 países que melhoraram os seus escores de 2006 para 2017, sendo eles: Uruguai, Trinidad e Tobago, México, Suriname, Colômbia, Paraguai, Guiana, República Dominicana, Peru e Equador. Diferentemente, 12 países tiveram os seus escores reduzidos (Costa Rica, Chile, Brasil, Panamá, Honduras, El Salvador, Guatemala, Bolívia, Nicarágua, Venezuela, Haiti e Cuba). Dois países, Argentina e Jamaica, mantiveram os mesmos escores nos dois anos (Tabela 4).

⁶ Os países da América Latina e do Caribe, à exceção do Uruguai, permanecem com níveis médio e alto de corrupção. Ver *Corruption Perceptions Index 2017*.

Pode-se destacar nesta dimensão como fato positivo o desempenho da Colômbia e do Peru, que obtiveram um aumento nos seus escores de 2,43 e 2,07, respectivamente. O registro negativo fica por conta do Brasil (- 2,50) e Haiti (- 1,43).

Finalmente, verifica-se que esta dimensão é a que apresenta a menor redução na média dos escores considerados os dois anos, isto é, - 0,06.

TABELA 4

País	FG 2006	FG 2017	DIFERENÇA
Costa Rica	8,21	7,14	- 0,07
Uruguai	8,21	8,93	0,72
Chile	8,93	8,57	- 0,36
Brasil	7,86	5,36	- 2,50
Panamá	7,14	6,79	- 0,35
Jamaica	7,14	7,14	0
Trinidad e Tobago	6,79	7,14	0,35
México	6,07	6,43	0,36
Argentina	5,00	5,00	0
Suriname	6,07	6,43	0,36
Colômbia	4,36	6,79	2,43
Honduras	6,43	5,36	- 1,07
El Salvador	5,43	5,36	- 0,07
Paraguai	5,00	6,07	1,07
Guiana	5,36	5,71	0,35
República Dominicana	4,29	5,36	1,07
Peru	3,29	5,36	2,07
Guatemala	6,79	5,71	- 1,08
Bolívia	5,71	4,64	- 1,07
Nicarágua	5,71	3,29	- 2,42
Equador	4,29	4,64	0,35
Venezuela	3,64	2,86	- 0,78
Haiti	3,64	2,21	- 1,43
Cuba	4,64	4,29	- 0,35
MÉDIAS	5,83	5,77	- 0,06

Funcionamento do Governo

2.2.3 PARTICIPAÇÃO POLÍTICA

A participação política permanece sendo a dimensão mais problemática da democracia na região. Em primeiro lugar pesa contra ela o fato de o voto ser obrigatório em 11 dos 24 países aqui analisados⁷. Assim, verificar a participação política quando o voto é obrigatório torna-se um sério problema para um requisito fundamental da democracia representativa: um alto percentual de comparecimento nos processos eleitorais⁸. Além disso, a existência de um razoável grau de autonomia e voz nos processos políticos das minorias (étnicas, religiosas, etc.), uma considerável participação das mulheres no parlamento, o engajamento dos cidadãos com a política, um elevado nível de adultos alfabetizados (acima de 90%) e um sério esforço das autoridades no sentido de promover a participação política são exigências básicas numa democracia consolidada.

A despeito disso, quando comparada entre 2006 e 2017, verifica-se que a mesma apresenta uma diferença entre as médias de 0,36 (tabela 5). Apenas sete países tiveram seus escores reduzidos (Uruguai, Chile, Colômbia, Trinidad e Tobago, Jamaica, Honduras e Haiti).

Desses países, 12 apresentam escores crescentes e, entre eles, destacam-se a República Dominicana (2,78), o México (2,22), Guiana, El Salvador e Brasil (1,67) Suriname (1,22) e Guatemala (1,11). Portanto, apenas seis países mantiveram o status estabelecido em 2006.

TABELA 5

País	PP 2006	PP2017	DIFERENÇA
Costa Rica	6,11	6,67	- 0,56
Uruguai	5,00	4,44	- 0,56
Chile	5,00	4,44	- 0,56
Brasil	4,44	6,11	1,67
Panamá	5,56	6,11	0,55
Jamaica	5,00	4,44	- 0,56
Trinidad e Tobago	6,11	5,56	-0,55
México	5,00	7,22	2,22
Argentina	5,56	6,11	0,55
Suriname	4,44	5,66	1,22
Colômbia	5,00	4,44	- 0,56
Honduras	4,44	4,44	0
El Salvador	3,89	5,56	1,67
Paraguai	5,00	5,00	0
Guiana	4,44	6,11	1,67
República Dominicana	3,33	6,11	2,78

⁷ Dos 25 países nos quais o voto é obrigatório, 11 estão na América Latina e Caribe, são eles: Argentina, Bolívia, Brasil, Equador, Honduras, México, Panamá, Paraguai, Peru, República Dominicana, Uruguai.

⁸ O indicador 27 que trata desta questão afirma o seguinte: "Participação eleitoral/participação nas eleições nacionais. (Participação média nas eleições parlamentares e/ou presidenciais desde 2000. Participação como proporção da população em idade de votar). 1 se consistentemente acima de 70% 0,5, se entre 50% e 70%, 0 se estiver abaixo de 50% Se a votação for obrigatória, pontuação 0. Pontuação 0 se as pontuações para as perguntas 1 ou 2 forem 0.

Peru	5,56	5,56	0
Guatemala	2,78	3,89	1,11
Bolívia	4,44	5,00	0,56
Nicarágua	3,33	3,89	0,56
Equador	5,00	5,56	0,56
Venezuela	5,56	6,11	0,55
Haiti	2,78	2,22	-0,56
Cuba	3,89	3,89	0
MÉDIA	4,65	5,20	0,55

Participação política

2.2.4 CULTURA POLÍTICA

Um dos problemas seminais da América Latina e do Caribe no que concerne à democracia é exatamente a cultura política. Mais precisamente, é o segundo maior obstáculo para o avanço e a sua consolidação nesta região. A existência de um razoável grau de consenso e coesão por parte da sociedade que apóie o funcionamento de uma democracia é de suma importância⁹.

Assim, diante deste quadro é possível observar na tabela 6 que 10 países apresentam aumento nas suas médias (Uruguai, Chile, Jamaica, Argentina, Colômbia, El Salvador, Guatemala, Nicarágua, Equador e Haiti). A nota positiva fica para as significativas diferenças da Nicarágua e do Haiti (1,88) e Argentina, Equador com 1,25. Observa-se, ainda, que apenas seis dos 24 países tiveram suas médias reduzidas nos dois anos, sendo eles: Brasil, Panamá, Trinidad e Tobago, México, Honduras e Venezuela.

No entanto, provavelmente pelo fato de possuir a segunda menor média das cinco dimensões nos dois anos (4,95, em 2006 e 5,24, em 2017), a cultura política obteve uma diferença positiva (0,29 – tabela 8), apesar de pouco significativa. Percebe-se, assim, que a cultura política permanece sendo a segunda dimensão mais comprometida das democracias da região.

TABELA 6

País	CP 2006	CP 2017	DIFERENÇA
Costa Rica	6,88	6,88	0
Uruguai	6,88	7,50	0,62
Chile	6,25	7,50	1,25
Brasil	5,63	5,00	- 0,63
Panamá	5,63	5,00	- 0,63
Jamaica	6,25	6,88	0,63
Trinidad e Tobago	5,63	5,00	-0,63
México	5,00	4,38	-0,62
Argentina	5,63	6,88	1,25
Suriname	5,00	5,00	0
Colômbia	4,38	5,00	0,62

⁹ O Latinobarômetro de 2016 faz um histórico do apoio à democracia entre os anos de 1995 e 2016.

Honduras	5,00	4,38	- 0,62
El Salvador	4,38	5,00	0,62
Paraguai	4,38	4,38	0
Guiana	4,38	4,38	0
República Dominicana	5,63	5,63	0
Peru	5,00	5,00	0
Guatemala	4,38	5,00	0,62
Bolívia	3,75	3,75	0
Nicarágua	3,75	5,63	1,88
Equador	3,13	4,38	1,25
Venezuela	5,00	4,38	-0,62
Haiti	2,5	4,38	1,88
Cuba	4,38	4,38	0
MÉDIAS	4,95	5,24	0,29

Cultura política

2.2.5 LIBERDADES CIVIS

Finalmente, as liberdades civis que apresentam indicadores tais como a existência de liberdade da mídia eletrônica, a liberdade de expressão e protesto, a liberdade de organização profissional e sindical, o grau de independência do judiciário em relação à interferência do governo, o grau de liberdade e tolerância religiosa, a igualdade jurídica e um sistema efetivo de segurança pública entre outros, se configuram como as segundas melhores médias nos dois anos (8,02, em 2006 e 7,15, em 2017), provavelmente, por motivo inverso ao da cultura política, apresenta a maior diferença negativa entre as cinco dimensões: - 0,87 (tabela 7).

O *Democracy Index 2017*, intitulado *Free speech under attack*, mostra como a dimensão das liberdades civis sofreu um declínio principalmente do que diz respeito à liberdade de expressão. Assim, a tabela 7 mostra que todos os países tiveram diferenças negativas com alguns deles sofrendo drásticas reduções nesta dimensão a exemplo da Guatemala (- 2,65), do México (- 2,35) e da Venezuela (- 2,06).

TABELA 7

País	LC 2006	LC 2017	DIFERENÇA
Costa Rica	9,41	9,12	- 0,29
Uruguai	9,71	9,71	0
Chile	9,71	9,12	- 0,59
Brasil	9,41	8,24	- 1,17
Panamá	8,82	7,94	- 0,88
Jamaica	9,12	8,82	- 0,3
Trinidad e Tobago	8,24	7,94	- 0,3
México	8,53	6,18	- 2,35
Argentina	8,24	7,65	- 0,59
Suriname	7,94	7,65	- 0,29
Colômbia	9,12	7,94	- 1,18
Honduras	7,06	6,18	- 0,88
El Salvador	8,24	7,06	- 1,18
Paraguai	8,53	7,35	- 1,18
Guiana	8,24	7,35	- 0,89
República Dominicana	8,24	7,06	- 1,18
Peru	7,94	7,65	- 0,29
Guatemala	7,65	5,00	- 2,65
Bolívia	7,65	7,06	- 0,59
Nicarágua	7,35	7,06	- 0,29
Equador	7,94	6,76	- 1,18
Venezuela	5,88	3,82	- 2,06
Haiti	6,47	6,18	- 0,29
Cuba	2,94	2,65	- 0,29
MÉDIAS	8,02	7,15	- 0,87

Liberdades Civis**2.3 COMPARANDO O DEMOCRACY INDEX 2006 E 2017**

Por fim, quando se compara o desempenho dos 24 países da América Latina e Caribe no que diz respeito aos seus regimes políticos, chegamos ao seguinte quadro (que pode ser visualizado melhor, país a país, no apêndice).

Em primeiro lugar as mudanças dos regimes de democracia plena, democracias falhas, regimes híbridos e regimes autoritários, em números inteiros, são insignificantes como é possível observar na tabela abaixo:

TABELA 8

REGIME POLÍTICO	2006	2017	DIFERENÇA
<i>Full Democracies</i>	2	1	1
<i>Flawed Democracies</i>	17	16	1
<i>Hybrid Regimes</i>	4	5	1
<i>Authoritarian regimes</i>	1	2	1

As modificações observadas em 2006 e 2017, dizem respeito à mudança de *status* da Costa Rica (que decaiu de democracia plena para democracia falha), de Honduras, Guatemala, Bolívia, Nicarágua e Haiti que deixam de ser classificadas como democracias falhas e passam a se configurar como regimes híbridos e, por fim, a Venezuela que deixa de ser um regime híbrido

e passa a ser considerada um regime autoritário.

Em segundo lugar, é possível também verificar que as médias das dimensões, nos anos em questão, são também insignificantes do ponto de vista quantitativo como pode ser observado na tabela a seguir:

TABELA 9

Dimensões	PEP	FG	PP	CP	LC
Médias 2006	8,40	5,83	4,65	4,95	8,02
Médias 2017	7,98	5,77	4,20	5,24	7,15
Diferença	- 0,42	- 0,06	- 0,45	0,29	- 0,87

Médias das dimensões 2006 e 2017 e diferença entre as mesmas.

Finalmente, mais insignificante ainda, do ponto de vista numérico é a diferença das médias das dimensões, qual seja, 0,20. Assim, pode-se afirmar que do ponto de vista das análises aqui realizadas, as democracias latino-americanas e caribenhas apresentaram nos anos de 2006 e 2017, de acordo com os dados do *Democracy Index*, uma situação de estagnação e, por conseguinte, mantendo-se, mais uma vez, afastadas do caminho da consolidação das instituições democráticas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Esta investigação teve como objetivo prover uma explicação plausível, à luz de evidências empíricas, que as democracias latino-americanas e caribenhas durante 11 anos, e a partir da análise do *Democracy Index* 2006 e 2017, permanecem frágeis, estagnadas e, portanto, não consolidadas.

Inicialmente, o *Democracy Index* aponta um refluxo das democracias plenas para as democracias falhas no mundo (de 28 para 19) e reconhece que em 2017 ocorreu realmente uma recessão dos regimes democráticos. Ao analisar a América Latina e o Caribe, verifica-se que esta tendência não ocorre tão intensamente. Há, na verdade, repercussões na classificação e nos dados de alguns países, como não poderiam deixar de ser, porém sem maior significância em números inteiros entre os anos de 2006 e 2017. Dessa forma, passa-se de duas para uma democracia plena e de 17 para 16 democracias falhas. Portanto, entre 24 regimes políticos 17 deles permanecem na categoria de democracia, ou seja, aproximadamente 71% dos mesmos.

Não obstante o *Democracy Index* 2017 tenha apontado no sentido de graves problemas da democracia no mundo tais como o declínio da participação popular nas eleições, as fragilidades do funcionamento do governo, o declínio da confiança nas instituições, o

distanciamento entre as elites políticas e o eleitorado, o declínio das liberdades civis entre outras, pode-se afirmar que a hipótese desta investigação foi, em larga medida, corroborada pelas evidências empíricas que confirmam a estagnação e a não consolidação das democracias na América Latina e no Caribe. Que as insuficiências das mesmas, neste contexto, permanecem, ou seja, as democracias eleitorais continuam se sobrepondo às democracias liberais.

Quais são as evidências que permitem fazer estas afirmações? Em primeiro lugar, a dimensão relativa ao processo eleitoral e pluralismo permanece sendo aquela que melhor expressa a qualidade das democracias na região em 2006 e 2017 respectivamente (8,40 e 7,98)

Em segundo lugar, o funcionamento do governo já começa a apontar falhas que comprometem estas democracias e, portanto, sofrem uma queda nos respectivos escores (5,83 e 5,77).

Em terceiro lugar, a participação política apresenta a menor média entre todas as dimensões, 4,65 e 5,20.

Em quarto lugar, a cultura política surge como a segunda menor média entre estas dimensões 4,95 e 5,24.

Finalmente, as liberdades civis voltam a confirmar a boa posição que os países desta região mantêm 8,01 e 7,15.

Portanto, ao concluir esta investigação, afirma-se que à exceção das dimensões relativas ao processo eleitoral e às liberdades civis, as democracias da América Latina e do Caribe, à exceção da uruguaia, permanecem com sérios problemas que as fragilizam e repercutem nos aspectos relativos à governança, à participação e à cultura política.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ALBUQUERQUE, Armando e CECATO, Maria Aurea Baroni. *“Problemas do desenvolvimento político: as frágeis democracias latino-americanas”*, in: Armando Albuquerque, Manoel Alexandre C. Belo, GONÇALVES, Rogério Magnus Varela Gonçalves, Romulo Rhemo Palitot Braga (Orgs). **Desenvolvimento: aspectos sociais, econômicos e político-criminais**. Curitiba: Juruá, 2012.

ALBUQUERQUE, Armando e MARTINS, T. M. J. . “Fragilidades da democracia brasileira na Nova República: o difícil caminho da consolidação”. In: Armando Albuquerque e Yamandu Acosta Roncagliolo (Org.) **Teorias da Democracia e Direitos Políticos**. Montevideu: CONPEDI, 2016, v. 1, p. 130-149.

DAHL, Robert A. **Polyarchy: Participation and Opposition**. New Haven and London: Yale

University Press, 1971.

CANE, Peter e KRITZER, Herbert M. **The Oxford Handbook of Empirical Legal Research**. Oxford: University Press, 2010.

DAHL, Robert A **Democracy and it's Critics**. New Haven and London: Yale University Press, 1989.

DAHL, Robert A. **Sobre a democracia**. Tradução de Beatriz Sidou. Brasília: Editora UnB, 2001.

Democracy Index 2006. Disponível em http://www.economist.com/media/pdf/Democracy_Index_2007_v3.pdf. Acesso em 28 fev. 2017.

Democracy Index 2017. Disponível em http://pages.eiu.com/rs/753-RIQ-438/images/Democracy_Index_2017.pdf Acesso em: 28 março. 2017.

HUNTINGTON, Samuel. *The Third Wave: Democratization in the Late Twentieth Century*. Oklahoma, University of Oklahoma Press, 1991.

MAINWARING, Scott. BRINKS, Daniel & PÉREZ-LIÑÁN, Aníbal. Classificando regimes políticos na América Latina. **Revista de Ciências Sociais**, Rio de Janeiro, 2001, vol. 44, n. 4, 645 a 687.

PRZEWORSKI, Adam. Minimalist Conception of Democracy: A Defense in Robert Dahl, Ian Shapiro, and José Antonio Cheibub **The Democracy Sourcebook**. Cambridge: Massachusetts Institute of Technology, 2003.

SCHUMPETER, Joseph A. **Capitalismo, socialismo e democracia**. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, 1961.

ZAKARIA, Fareed. **The Future of Freedom**. New York, W. W. Norton & Company, 2003.

APÊNDICE

REGIMES POLITICOS

País	RP 2006	RP 2017
Costa Rica	DP	DF
Uruguai	DP	DP
Chile	DF	DF
Brasil	DF	DF
Panamá	DF	DF
Jamaica	DF	DF
Trinidad e Tobago	DF	DF
México	DF	DF
Argentina	DF	DF
Suriname	DF	DF
Colômbia	DF	DF
Honduras	DF	RH
El Salvador	DF	DF
Paraguai	DF	DF
Guiana	DF	DF
República Dominicana	DF	DF
Peru	DF	DF
Guatemala	DF	RH
Bolívia	DF	RH
Nicarágua	RH	RH
Equador	RH	DF
Venezuela	RH	RA
Haiti	RH	RH
Cuba	RA	RA

DP: Democracia plena; DF: Democracia falha;
RH: Regime híbrido; RA: Regime autoritário.

O USO DA TERRA E SUAS MUDANÇAS: um olhar sobre a colonização e a sustentabilidade ambiental

Laélia Eugênia Corrêa Aragão¹
Henrique Martins Teles²
Germana Parente Neiva Belchior³

INTRODUÇÃO

É inegável que o processo de colonização se deu de forma irresponsável e violenta. As atitudes de força e violência adotadas pelos colonizadores para forçar o domínio sobre os colonizados foram extremas. O modelo de exploração intensiva adotado também foi extremo e irresponsável para com os ecossistemas encontrados. A sua exploração descontrolada deixou marcas de destruição e as chagas dessa exploração dos recursos naturais permanecem nos países colonizados até os dias atuais.

Uma dessas chagas é observada no uso da terra, pois o processo de exploração trouxe problemas não só ambientais, mas econômicos e sociais para esses países que sofreram esse processo de “conquista”, para não dizer apropriação violenta. Dessa forma, a proposta desse artigo se pauta no seguinte questionamento: como a colonização afetou o uso da terra nos países colonizados no que se refere a manejos sustentáveis? O que se pretende observar é como esse processo colonizador afetou os países colonizados quanto à utilização da terra, como também o manejo sustentável das mesmas.

A hipótese analisada se constitui por meio de que o sistema de colonização afetou os países colonizados, pois os mesmos começaram a adotar técnicas rudimentares do uso da terra sem se importar com a adaptação necessária ao meio em que elas estavam sendo inseridas.

¹ Mestranda em Desenvolvimento e Meio Ambiente pela Universidade Federal do Ceará. Especialista em Direito Urbanístico e Ambiental pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Pesquisadora do Grupo Ecomplex: Direito, Complexidade e Meio Ambiente, da UNI7. E-mail: laeliaaragao@hotmail.com.

² Mestrando em Desenvolvimento e Meio Ambiente pela Universidade Federal do Ceará. Graduado em Hotelaria pelo Instituto Federal do Ceará. E-mail: henriquemteles85@gmail.com.

³ Doutora em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Mestre em Direito pela Universidade Federal do Ceará. Professora do Curso de Graduação e do Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro Universitário 7 de Setembro (UNI7/CE). Coordenadora do Grupo de Pesquisa Ecomplex: Direito, Complexidade e Meio Ambiente, da UNI7. E-mail: germana_belchior@yahoo.com.br.

Técnicas essas que futuramente se tornariam obsoletas, porém não deixariam de ser utilizadas e reforçadas em seu uso a ponto de ser inserida no pensamento da população local como um costume, uma tradição a ser mantida e protegida.

Um pressuposto adotado nesse artigo é que essas técnicas ultrapassadas perduram no cotidiano dos países colonizados, todavia os países colonizadores se mantêm ativos na descoberta de novas tecnologias, soluções e práticas para melhorar o uso da terra, bem como a produção dos produtos agrícolas e a manutenção dos sistemas de produção. Ou seja, a busca por um modelo de produção sustentável que respeite a capacidade de suporte dos sistemas explorados e que os mantenha saudáveis e férteis.

Assim, o objetivo do presente ensaio é compreender as principais conseqüências que o processo de colonização trouxe para os países colonizados no que se refere ao modo de utilização da terra, bem como a extração dos recursos naturais. Dessa forma, a idéia é perceber que os países colonizadores adotam modelos de desenvolvimento mais sustentável em seus territórios na atualidade que suas “antigas colônias”.

Os métodos utilizados foram o hipotético-dedutivo haja vista que o presente ensaio parte de uma problemática utilizando uma hipótese como processo de inferência dedutiva e o método histórico cuja premissa é investigar acontecimentos do passado verificando sua possível influência na atualidade. Nesse sentido, o método histórico se faz necessário, porque o artigo traz em sua estrutura o processo de colonização, sendo um fato marcante da história mundial. Quanto ao procedimento metodológico será uma pesquisa bibliográfica, tendo em vista que houve contribuições de vários autores.

Quanto à abordagem o artigo se pauta em uma análise *ex-post-facto* partindo de um evento já realizado, neste caso as colonizações. Desta forma, busca-se investigar os fatores determinantes como os aspectos econômicos, sociais e ambientais. Dentro dessa perspectiva este ensaio pretende analisar a adoção de tecnologias mais sustentáveis e ecologicamente responsáveis pelos países desenvolvidos, outrora colonizadores, e a manutenção de tecnologias e modelos de produção ultrapassados por países subdesenvolvidos, ou seja, colonizados.

O artigo foi dividido em três momentos, no primeiro aborda-se como ocorreu o processo de colonização partindo-se de um aspecto geral e posteriormente trazendo a realidade atual frente a todo esse sistema colonizatório. Em um segundo momento, discute-se as conseqüências da colonização dentro de um viés ambiental, principalmente quanto ao uso/exploração das terras ali ocupadas. E finalizando o debate faz-se um comparativo dos países

colonizados e os colonizadores no que tange as contradições percebidas quanto ao manejo sustentável da terra, bem como suas formas de preservar o meio ambiente.

1. O PROCESSO DE COLONIZAÇÃO

Analisando o termo colonização existem duas ideias que perpassam pela compreensão entre os estudiosos. A primeira interpretação é aquela que vem de um simples povoamento e a outra é aquela que coloca como sendo uma exploração do solo. Nesse sentido, a ideia de colônia tem sentido de terra que se ocupa/produz e também de sujeição da sua população aos comandos maiores de um colonizador.

Colonização do ponto de vista geográfico remete ao deslocamento do homem em busca de um alargamento de sua área de controle, descoberta, povoamento e apropriação de novos espaços. A colônia por essa mesma ótica se mostra como uma porção subalterna de um império, a conseqüência imediata da prática do processo mercantilista, a formação periférica do capitalismo (MEMMI, 1977).

Na realidade brasileira nos primeiros anos que seguiram à viagem de Cabral a proposta não era de cultivo, moradia e povoamento. A proposta era um processo de exploração da terra e de sujeição dos povos que ali habitavam. Os objetivos estavam na extração direta dos recursos, domínio territorial, submissão e escravidão das populações nativas. Dessa forma, em diferentes épocas da história a colonização pode ter assumido diferentes formas, contudo o propósito sempre foi o mesmo exploração e dominação de outros povos (FERRO, 1996).

Esse período foi repleto de atividades voltadas para a exploração e subsistência. Observou-se um processo de expansão econômica da Europa nos séculos XV e XVI, através da descoberta de técnicas de navegação pelo financiamento burguês de Portugal culminando na expansão marítima européia, tendo Portugal como o detentor do estandarte de pioneiro no desbravamento marítimo desencadeando assim, uma extensa onda de conquistas e iniciando os processos de colonização dos trópicos pela Europa.

Nesse contexto, a perspectiva da colonização realça um aspecto cruel e desumano dos colonizadores, pois sua única intenção era o lucro mesmo que esse viesse com exploração, transformação de paisagem e destruição de culturas. A análise desse panorama denuncia a colonização como um episódio vergonhoso, tirano e maquiavélico que tristemente fez parte da história mundial.

Com referência a esse trágico episódio que foram as colonizações o autor Bartolomé de Las Casa (1996, p. 32) enfatiza dizendo:

Os espanhóis, com seus cavalos, suas espadas e lanças começaram a praticar crueldades estranhas; entravam nas vilas, burgos e aldeias, não poupando nem as crianças e os homens velhos, nem as mulheres grávidas e parturientes e lhes abriam o ventre e as faziam em pedaços como se estivessem golpeando cordeiros fechados em seu redil. Faziam apostas sobre quem, de um só golpe de espada, fenderia e abriria um homem pela metade, ou quem, mais habilmente e mais destramente, de um só golpe lhe cortaria a cabeça, ou ainda sobre quem abriria as entranhas de um homem de um só golpe. Arrancavam os filhos dos seios da mãe e lhes esfregavam a cabeça contra os rochedos [...] Faziam certas forcas longas e baixas, de modo que os pés tocavam quase a terra, um para cada treze, em honra e reverência de Nosso Senhor e de seus doze Apóstolos (como diziam) e deitando-lhes fogo, queimavam vivos todos os que ali estavam presos. Outros, a quem quiseram deixar vivos, cortaram-lhes as duas mãos e assim os deixavam.

Assim, a colonização nada mais é que uma dominação de um povo sobre o outro. Desse modo, a colonização se divide em dois tipos: a colonização externa e a interna. A colonização externa é aquela além-mar que as potências européias promoveram na Ásia, América, África e Oceania, cujo seu apogeu foi no final do século XIX. Já a colonização interna é aquela expansão para dentro, ou seja, nas fronteiras estatais de forma a impor aos colonizados sistemas de organização social e econômica, cultura e regras no que tange a dinâmica de ocupação, exploração e produção em sociedade (KEAL, 2003).

Percebe-se então, que essa colonização interna é que desestrutura toda uma hegemonia territorial pela simples justificativa de conquista. Assim, a colonização, tal como a conquista, é semelhante à guerra. Na guerra, o fim é impor ao inimigo a aceitação de uma vontade que lhe é exterior, é destruir-lhe a resistência, podendo ao final impor uma paz vantajosa. Paz essa que é pura e simplesmente seguir os preceitos do país dominante (PROENÇA JÚNIOR, 2004).

Ressalta-se também, que o conceito de natureza para o colonizador era apenas pela necessidade primordial de explorar a riqueza nela existente. O projeto de civilização realizado pelo europeu era única e exclusivamente de dominação do meio ambiente, pois na sua ignorante concepção o homem não fazia parte desta natureza. Logo, essa construção ideológica de exploração marcou a formação de uma sociedade que vê a natureza como algo separado da humanidade, algo que serve apenas para servir e suprir as necessidades.

A imposição da ordem colonial traz a destruição da ordem previamente existente no mundo dos povos colonizados, desconectando-os de suas histórias, de suas paisagens, de suas relações sociais, de seus modos próprios de pensar, sentir e interagir com o mundo (FANON, 1968; SMITH, 1999).

O ambiente em que as sociedades nativas habitavam também sofreu inúmeros abusos e má utilização. No início o extrativismo desenfreado de recursos naturais como madeira e minérios danificou o ambiente causando um desequilíbrio no ecossistema local. Em um segundo momento com a ocupação dos colonizadores no território, o uso da terra se fez de forma mais irresponsável e destrutiva que no momento anterior (SANTOS, 2005).

Neste cenário, importava a multiplicação do capital. Todavia, os impactos da atividade exploradora ao meio ambiente eram desprezados. Por esse motivo a economia era sempre acompanhada pela degradação da natureza e pela exploração desenfreada dos recursos naturais. Destaca-se a agricultura que foi bastante destrutiva no que concerne a destruição de florestas para o cultivo de monoculturas como a cana-de-açúcar, café, soja e algodão. Essa devastação gerou uma reação em cadeia no meio ambiente como a erosão e a compactação do solo.

Destarte, a monocultura surgiu como forma principal adotada para a plantação de produtos agrícolas mais solicitados pelo comércio europeu, sendo, todavia, a exportação desses bens para Europa um enorme acúmulo de capital, fazendo com que a intensificação desse método de cultivo fosse explorado ferozmente. A implantação desse método se fez através de três elementos tão cruéis quanto o processo de colonização em si. Elementos esses que determinariam o futuro econômico socioambiental das nações colonizadas, quais sejam: latifúndio, mão de obra escrava e monocultura (MARTINS, 2009).

Iniciava-se um ciclo de espoliação e exploração, através da adoção de tecnologias ultrapassadas, imposição de técnicas não adaptadas ao ambiente local, inserção forçada de ideais de crescimento econômico sem precedentes a conservação do ambiente, culminando com a destruição do patrimônio cultural e ambiental dos povos nativos e futuramente criando uma dependência tecnológica que criará o subdesenvolvimento dos povos colonizados (LEFF, 2009).

Reitera-se que a colonização acabou destruindo muitas culturas, tradições e sociedades com esse processo de integração de redes políticas e econômicas européias o que ocasionou a desestruturação dos espaços conquistados, como também seu empobrecimento. O espírito colonialista introduzido com a colonização criou a idéia, nas antigas colônias de exploração, de que há uma superioridade incontestável dos métodos e técnicas utilizados nos países colonizadores que precisam ser transferidos para as colônias, sem que se leve em conta áreas fisicamente desiguais. Desta forma, não se deve nem se pode ser radical, mas para que a

América se liberte da dominação colonial, é necessário que ela se conscientize de que necessita procurar os seus caminhos a fim de que se possa construir uma sociedade, mas justa e mais integrada aos desafios do meio ambiente. (ANDRADE, 2000).

Portanto, o processo de colonização trouxe marcas profundas em vários aspectos dentre eles o uso da natureza, como também da terra. O colonizador promoveu a ocupação do espaço modificando a paisagem ambiental para a exploração da terra através da monocultura, buscando a exploração de matérias-primas, se utilizando de técnicas agressivas que afetariam futuramente toda a sistemática econômica, social e ambiental das terras colonizadas. Isto posto, o espaço que se tem atualmente foi moldado ao longo do tempo por diversos usos, como também por diferenciados meios culturais e sociais de exploração.

2.1 CONSEQUÊNCIAS DO PÓS-COLONIZAÇÃO PARA AS TERRAS EXPLORADAS

A colonização brasileira como também européia trouxeram inúmeras conseqüências ambientais para as terras colonizadas, pois houve ameaças as espécies naturais, a diversidade biológica, além de uma fragmentação da paisagem natural causado pelo regime agrícola monocultor, extrativista e latifundiário. Houve um incentivo à imigração européia no sentido de povoar as terras consideradas desabitadas e pouco aproveitadas aos olhos do colonizador.

A colonização foi responsável pela destruição de uma biodiversidade sem precedentes. Aos imigrantes cabia o desbravamento da floresta, a domesticação da natureza, a sua transformação. Isso tudo, possibilitado pela ação do corte e das queimadas. Estas eram vistas como uma vitória da civilização perante a natureza selvagem (CORREA, 2006).

Essa dialética entre cultivar e explorar traz uma concepção baseada na conquista, escravização e subordinação das populações nativas. Houve uma desestruturação das formas de organização social nativas, abriu caminhos para a apropriação de terras sem medidas trazendo reais conseqüências para todos os envolvidos, seja meio ambiente como também, para a sociedade local.

Dessa forma, os desmatamentos provocados pela imigração não foram inicialmente causados com a finalidade de exploração madeireira, pois as derrubadas e as queimadas tinham o propósito de retroceder a mata para o cultivo do solo, a construção de moradias e o fornecimento de lenha para aquecer as famílias. Essa utilização promoveu a exploração irracional dos recursos florestais. Com o tempo, veio a navegação a vapor, ocasionando a

devastação das matas ciliares (BUBLITZ, 2008).

Ressalta-se também, um impacto para os animais, porque com a derrubada das florestas apressou-se o processo de extinção das espécies. Houve também, um desgaste na paisagem ambiental, pois o mau uso do solo gerou o assoreamento dos rios, degradação de bacias hidrográficas e erosão. Essas ações antrópicas acabaram desequilibrando o meio ambiente como um todo gerando conseqüências fortíssimas para os países colonizados. Assim, o panorama atual nos leva a refletir sobre o impacto do processo colonizador para os países (CORREA, 2006).

O homem ao se estabelecer em suas áreas de colonização, precipitadamente alterou o padrão de distribuição natural da fauna e da flora, transportando espécies pelo mundo, principalmente plantas cultivadas e animais domésticos. Os europeus ao chegarem às novas colônias introduziram centenas de espécies de mamíferos assim, espécies exóticas, normalmente não possuem predadores naturais e, como encontraram condições climáticas e alimentícias favoráveis, se estabeleceram e começaram a competir por recursos e abrigo com as espécies nativas, causando uma desarmonia ambiental (PÁDUA, 2010).

Fazendo uma análise do impacto ambiental nas terras colonizadas, não se pode averiguar com exatidão o número de árvores derrubadas, a superfície florestal atingida pelas queimadas, ou seja, as grandes alterações sofridas no ecossistema, pois ao longo da história da humanidade muitos dados não foram considerados relevantes no que se refere a temática ambiental. Contudo, atualmente com a vertente da sustentabilidade há a necessidade de uma abordagem ecológica com viés histórico, ou seja, uma avaliação crítica sobre o uso e apropriação dos recursos naturais no passado (CORREA, 2006).

Trazendo outro contraponto sobre esse processo de colonização e suas conseqüências, a degradação ocorrida nesse período gerou implicações sócio-culturais para as populações colonizadas, pois foi introduzido um modo de produção visando apenas a lucratividade imediata, como também formas de não se enxergar a complexidade ambiental. Razão pela qual, há a necessidade de se pensar uma nova forma de sociedade e de desenvolvimento, que observe essa complexidade envolvendo novos saberes, novos comportamentos e uma nova visão não antropocêntrica (CARVALHO; NODARI, 2008).

Assim, os países colonizados trazem uma cultura de que a terra serve para ser explorada com a finalidade de rendimento. Dessa forma, o agronegócio pode ser um exemplo bem claro dessa cultura alienante de exploração da terra, pois gerou mudanças significativas no cenário

ambiental, haja vista que força uma forma agressiva de produção para satisfazer as necessidades humanas. Destarte, esse processo de exploração mudou a concepção de uso da terra para fins de subsistência para uma operação comercial e lucrativa. Logo, a produção foi desenvolvida para os demais setores da economia, principalmente o agronegócio. Isso por sua vez, desestrutura a concepção de natural de economia, pois há uma separação entre o homem e a terra.

Nessa perspectiva é necessário alinhar os processos econômicos, os processos de conservação, regeneração dos ecossistemas, com a valorização cultural dos recursos, ou seja, esse tipo de abordagem complexa deve orientar estratégias de investigação, de políticas ambientais e de desenvolvimento sustentável, que reconheçam os efeitos das políticas econômicas atuais sobre a dinâmica dos ecossistemas (LEFF, 2000).

Analisando o panorama do uso da terra após a colonização verificamos que se pauta em uma problemática complexa, pois ocorrem interações de forças biofísicas e socioeconômicas. Reitera-se, portanto, que essa visão mecanicista do uso da terra deixou um legado para os países colonizados que contribuiu para a visão atual de subdesenvolvimento, dado que esse processo é a penetração de empresas capitalistas modernas em estruturas arcaicas (FURTADO, 2003).

Como o processo da colonização trata-se de uma problemática complexa e essa concepção coaduna-se com a ideia de que o complexo é um arcabouço de acontecimentos, ações, interações, retroações, determinações formando uma teia de inquietações e incertezas, as quais trazem como reflexão que não existe um todo fechado e coeso. O que se percebe é que não há como compreender as consequências desse processo colonizador como um paradigma simplificador de disjunção e redução, as consequências precisam ser vistas pelo viés da disjunção, conjunção e implicação trazendo assim uma visão mais aberta de todo o problema (MORIN, 2011).

Fazendo um paralelo das consequências advindas da colonização podemos perceber que anteriormente o mundo era visto sob uma perspectiva holística, com recursos abundantes, zonas comuns como florestas, zonas de pesca e interações coletivas dos recursos advindos da natureza. No entanto, com a mudança desse paradigma as terras passaram a serem vistas sob um viés mecanicista, ou seja, o domínio humano sobre a natureza (CAPRA, 2018).

Sendo assim, podemos perceber que a herança deixada pelos colonizadores foi uma relação de dependência dos países ditos desenvolvidos, haja vista que há um controle do progresso tecnológico destes como também, um processo de reprodução cultural e de consumo. Isto por sua vez, é percebido nos modelos adotados no que se refere ao uso

sustentável da terra, pois injeta uma cultura de desenvolvimento em modelos que não estão aptos a receber tal suporte.

3. COLONIZADORES X COLONIZADOS: CONTRADIÇÕES ENTRE O USO SUSTENTÁVEL DA TERRA

No que se refere ao uso da terra para cada um desses atores sociais é percebido uma diferenciação quanto a sua paisagem propriamente dita. Pois, a paisagem nada mais é que a interação entre os fenômenos naturais e os simbólicos, estes entendidos como culturais e antrópicos. Logo, a paisagem expressa o comportamento humano sobre a terra e no caso em análise entre os países colonizadores e colonizados existem diferenças bem peculiares no que tange ao uso da terra (FERREIRA, 2008).

Desse modo, podemos trazer como proposta de análise quanto ao uso da terra a questão da agricultura, pois ao longo da história vimos que os mais perspicazes dividiram os territórios em partes e tomaram posse dessas partes, estabelecendo quais dessas unidades eram produtivas e improdutivas. Dessa maneira, existem diferentes concepções quanto ao uso da terra, pois existem aqueles que usam para sobreviver e aqueles que usam para lucrar, sendo por sua vez estritamente ligado ao capitalismo materializado através da agricultura.

Assim, a agricultura se artificializa como forma de reproduzir o ambiente natural e satisfazer as necessidades humanas trazendo conseqüências como o desmatamento, exaustão dos solos, e poluição das águas. Ressalta-se que a longo prazo, ou se continuar no ritmo em que está, o ambiente natural sobretudo os recursos naturais escassos não serão capazes de suprir a demanda humana (FERREIRA, 2008).

Ressalta-se que o conceito de propriedade agrícola mudou seu foco ao longo dos anos, deixando de ser uma atividade de sustento para uma atividade comercial. Logo, a agricultura exercida pelos povos colonizados possui uma relação muito forte com o capital ecológico, já a monocultura trazida pelos colonizadores tem como objetivo a acumulação de capital através da troca dos produtos agrícolas da forma mais rápida possível. Desta maneira, ao descartar a conservação do ambiente utilizado em prol de uma utilização mais agressiva da terra, vários impactos socioambientais são desencadeados.

Os países colonizadores implantaram o sistema de monocultura em diversos países colonizados. A cana de açúcar é um dos exemplos de cultivo singular implantados no Brasil

colonial em detrimento da policultura de subsistência. Dessa forma, influencia de uma estrutura social e econômica colonial interessada apenas na produção agrícola para a troca por capital e acumulação de riquezas de maneira rápida é a responsável pela disfuncionalidade da produção de recursos alimentares no Brasil (CASTRO, 2012).

Dentro dessa perspectiva, a lógica baseada na lucratividade estava apenas preocupada com a quantidade produzida possibilitando um artificialismo, utilização de áreas não aptas para exploração, além de ter contribuído para a pobreza e danos irreversíveis ao meio ambiente. Nesse viés, percebe-se que o processo de colonização afetou drasticamente os países subjugados em todos os aspectos, dentre eles podemos destacar a dependência econômica que até hoje é uma dificuldade para muitos países (FERREIRA, 2008).

Trazendo o debate para a questão da sustentabilidade infere-se uma dualidade no que se refere aos grandes e pequenos produtores, principalmente em relação aos países capitalistas avançados. Dessa maneira, os países com uma economia forte possuem condições mais favoráveis de promover um uso racional dos recursos, enquanto que países com uma economia mais fraca ou pouco significativa não possuem. Verifica-se então, que o conceito de sustentabilidade é uma reunião de fatores sociais, políticos e econômicos (ABRAMOVAY, 1994).

Com isso, a prática da sustentabilidade esta literalmente ligada aos aspectos estruturantes de um país, como sua formação social, econômica e política. Assim, tudo depende de como a sociedade fará uso de suas potencialidades de modo a promover um processo de transformação e harmonização dos recursos que são utilizados para possibilitar o desenvolvimento.

De acordo com a professora Germana Belchior (2017, p. 135):

A sustentabilidade é um conceito sistêmico e dinâmico, o que significa dizer que seus elementos estão em constante transformação; busca-se a continuidade da interação dos aspectos ambientais, sociais, econômicos, políticos, culturais, espirituais, ou seja, devem ser consideradas todas as partes para que o todo seja avaliado. Percebe-se, portanto, que a sustentabilidade está em sintonia com o princípio sistemático do paradigma da complexidade. Esse processo de ordem-desordem-desorganização e de autorregulação é característico do princípio da sustentabilidade.

Por conseguinte, a sustentabilidade vai resultar da capacidade de uma sociedade fazer um adequado uso daquilo que o meio ambiente oferece, ou seja, é necessário driblar as desigualdades sociais entre e dentro dos países, de modo que não comprometa o futuro da humanidade (SACHS, 2004).

Há uma idéia de sustentabilidade alinhada com o desenvolvimento cujo objetivo é a

satisfação das necessidades atuais sem comprometer as futuras gerações. Todavia, essa perspectiva difere dos países desenvolvidos e países em desenvolvimento, pois a realidade de suas peculiaridades e potencialidades é inerente aos problemas e oportunidades que cada um possui na sua conjuntura social, econômica e política (GUZMAN, 1998).

Em vista disso, podemos perceber que os processos de dominação advindos do período da colonização foi um grande divisor de águas no que se refere as características que hoje utilizamos como países desenvolvidos e em desenvolvimento. Dessa maneira, o conceito de sustentabilidade não deixa de estar associado a esse divisor, pois a forma como os países utilizam os seus recursos esta intrinsecamente vinculada as suas estruturas basilares de formação social, econômica e política.

Encaminhando a análise para os países em desenvolvimento percebemos que os modelos de produção utilizados ao longo da história foram aqueles mais tradicionais, onde não possuía ou pouco possuía o uso de tecnologias que viabilizassem um conceito mais sustentável de uso da terra. Dessa forma, os impactos foram em maiores proporções, isto é, impactos sobre os recursos naturais, como solo, água e ar, impactos na produção de alimentos, relações de trabalho, saúde e qualidade de vida da sociedade (FERREIRA, 2008).

Destarte, a agricultura latina americana pouco refletiu avanço quanto à sustentabilidade, pois houve pouco progresso na segurança alimentar, na receita da população rural e na degradação do meio ambiente. Logo, a capacidade institucional para viabilizar uma agricultura mais sustentável é ainda muito fraca e muitas tecnologias disponíveis têm dificuldades de adoção (KAIMOWITZ, 1998).

Isto posto, observamos que os países em desenvolvimento refletem um histórico de uso da terra pouco sustentável, pois os aspectos enraizados em sua formação socioeconômica trouxe um paradigma de exploração com lucratividade, trazendo como conseqüência a visão arcaica de que a terra sempre estará a disposição da humanidade.

Portanto, considera-se que a compreensão da sustentabilidade não é equivalente em todos os países do mundo, pois tal concepção é influenciada por fatores culturais, geográficos e principalmente o grau de desenvolvimento econômico. Assim, a idéia de se considerar uma visão única e homogênea de sustentabilidade no uso da terra sofre consideráveis limitações, dado que a atividade agrícola envolve muitos aspectos como questões socioambientais, econômicas e políticas (FERREIRA, 2008).

Posto isto, chegamos a conclusão que a concepção de sustentabilidade quanto ao uso da terra teve relação direta com o processo de ocupação/colonização, pois as raízes culturais deixadas ao longo dos anos de ocupação foi a mola propulsora para uma conscientização do que venha ser o papel da terra para a humanidade e o que pode ser feito para um uso mais sustentável.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os fatos históricos apresentados no corpo deste trabalho sinalizam que o processo de colonização foi e ainda é um dos responsáveis pela devastação ambiental e pela criação de dificuldades encontradas pelos países ditos “subdesenvolvidos” no que se refere, a adoção de ações que visem a sustentabilidade ambiental nos dias atuais. Salienta-se que apesar do processo colonial e de todos os seus danos vários países colonizados têm buscado caminhos alternativos para tentar alcançar a tão sonhada sustentabilidade.

Nesse contexto, podemos citar algumas ações políticas que foram tomadas com o objetivo de abrandar as conseqüências advindas da colonização acerca do meio ambiente como, por exemplo, o caso da Constituição Mexicana que em 1917 foi a primeira constituição latina a estabelecer parâmetros de preservação ao meio ambiente e a Constituição Brasileira de 1988 que conferiu status de proteção ao meio ambiente brasileiro (CUNHA, 2009).

Seguindo essa mesma linha tiveram movimentos populares reivindicando decisões e ações em prol de uma maior proteção e busca pela sustentabilidade. Assim, mesmo com algumas ações políticas e populares a favor da sustentabilidade alcançar o propósito de preservação ambiental e justiça social esta parece estar longe da realidade atual nos países subdesenvolvidos. É necessário, portanto, uma compreensão do processo histórico vivenciado nesses países bem como, a manutenção dos problemas socioambientais atuais.

Os fatos históricos ligados ao processo colonizatório desenvolveram a criação de um sistema elitista de mimetismo cultural que esteriliza o pensamento de pertence e que estimula a manutenção dos excedentes monetários de recursos naturais ou dos meios produtivos nas mãos de poucos, promovendo ações políticas para a manutenção da desigualdade social (FURTADO, 1974).

Nesse sentido, as limitações ambientais resultantes do mau uso da terra estão intimamente relacionadas a fatores socioeconômicos com pouca tecnificação e carência de mão

de obra qualificada. Isto posto, verifica-se que ignorar tais limitações contribui para a manutenção dessa cultura agrícola degradante e por vezes exploratória combinando exploração econômica, expropriação territorial e a tentativa de destruir a soberania originária natural, por meio de políticas assimilacionistas.

Em uma corrente inversa, os países desenvolvidos adotam cada vez mais medidas de proteção e conservação ambiental. Atualizam-se constantemente em tecnologias mais sustentáveis, adotam ações educacionais para a manutenção do meio ambiente e traçam planejamentos futuros em busca da sustentabilidade. Logo, podemos observar uma discordância factual entre os países desenvolvidos e os subdesenvolvidos no que se refere ao uso de práticas sustentáveis.

Assim sendo, constata-se que o processo colonizatório trouxe marcas profundas quanto ao uso da terra, haja vista que o processo de modernização no qual a história do mundo é contada como a realização de uma visão do fenômeno político concebida no Ocidente liberal, não se sustenta, pois, sua estruturação deixou um legado de vulnerabilidade ambiental quanto ao uso da terra nos países em desenvolvimento.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ABRAMOVAY, R. A dualização como caminho para agricultura sustentável. **Estudos Econômicos** - Vol. 24, nº especial: 157-182 – 1994 - FIPE. Disponível em: <http://www.econ.fea.usp.br/abramovay.pdf>. Acesso: mai/2018.

ANDRADE, Manuel Correia de. **A trajetória do Brasil (de 1500 a 2000):** a produção do território, definição de fronteiras, região, nação e integração regional. São Paulo: Contexto, 2000.

BUBLITZ, J. **Forasteiros na floresta subtropical:** notas para uma história ambiental da colonização alemã no Rio Grande do Sul. *Ambiente & Sociedade*, Campinas, v. 11, n. 2, p. 323-340, 2008.

CAPRA, Fritjof.; MATTEI, Ugo. **A revolução ecojurídica:** o direito sistêmico em sintonia com a natureza e a comunidade. Tradução Jeferson Luiz Camargo. São Paulo: Editora Cultrix, 2018.

CARVALHO, M. M. X.; NODARI, E. S. As origens da indústria madeireira e do desmatamento da floresta de araucária no médio Vale do Iguaçu (1884-1920). **Cadernos do CEOM Chapecó**, n. 29, p. 63-82, 2008.

CASTRO, C. N. **A agricultura no nordeste brasileiro:** Oportunidades e limitações ao Desenvolvimento. IPEA, Rio de Janeiro, 2012.

CORREA, S. M. de S.; BUBLITZ, J. **Uma introdução à eco-história da colonização do Rio Grande**

- do Sul**. 1ª ed. Passo Fundo/Santa Cruz do Sul: Universidade de Passo Fundo/ Universidade de Santa Cruz do Sul, 2006, 142p.
- CUNHA, Manuela Carneiro da. **Cultura com aspas e outros ensaios**. São Paulo: Cosac & Naify, 2009.
- FANON, Frantz. **Os condenados da terra**. Tradução de José Laurênio de Melo. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1968.
- FERRO, Marc. **História das colonizações**: das conquistas às independências séculos XIII a XX. Tradução Rosa Freire D'Águilar. São Paulo: Companhia das Letras, 1996.
- FERREIRA, C. M. **Fundamentos para implantação e avaliação da produção sustentável de grãos**. Santo Antônio de Goiás: Embrapa Arroz e Feijão, 2008.
- FURTADO, Celso. **Raízes do Subdesenvolvimento**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.
- FURTADO, Celso. **O mito do desenvolvimento econômico**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1974.
- GUZMÁN, E.S. Origem, evolução e perspectivas do desenvolvimento sustentável. p.19-32. In: **Reconstruindo a Agricultura**: ideias e ideais na perspectiva de um desenvolvimento rural sustentável. ALMEIDA, J.; NAVARRO, Z. (coordenadores). 2 ed. Porto Alegre: UFRGS, 1998.
- KEAL, Paul. **European Conquest and the Rights of Indigenous Peoples: The Moral Backwardness of International Society**. Cambridge: Cambridge University Press, 2003, p. 39.
- KAIMOWITZ, D. O avanço da agricultura sustentável na América Lantina. p.57-70. In: **Reconstruindo a Agricultura**: ideias e ideais na perspectiva de um desenvolvimento rural sustentável. ALMEIDA, J.; NAVARRO, Z. (coordenadores). 2 ed. Porto Alegre: UFRGS, 1998.
- LAS CASAS, Bartolomé de. **O paraíso destruído**: brevíssima relação da destruição das Índias. 6. ed. Porto Alegre: L&PM, 1996.
- LEFF, E. Complexidade, Interdisciplinaridade e Saber Ambiental. In: Philippi Jr, A. (Org.) **Interdisciplinaridade em Ciências Ambientais**. São Paulo: Signus, 2000. p. 19-51.
- LEFF, E. Ecologia, **Capital e Cultura**. A territorialização da racionalidade ambiental. São Paulo: Ed. Vozes, 2009.
- MARTINS, José de Souza. **Fronteira**: A degradação do Outro nos confins do humano. São Paulo: Contexto, 2009.
- MEMMI, Albert. **Retrato do colonizado precedido pelo retrato do colonizador**. Tradução de Roland Corbisier e Mariza Pinto Coelho. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1977.
- MORIN, Edgar. **Introdução ao pensamento complexo**. Tradução Eliane Lisboa. 4ed. Porto Alegre: Sulina, 2011.
- PÁDUA, J. A. As bases teóricas da história ambiental. **Estudos avançados**. São Paulo: USP, v. 24, n. 68, p. 81-101, 2010.
- PROENÇA JÚNIOR, Domício. Estudos estratégicos. In: BRIGAGÃO, C.; PROENÇA JÚNIOR, D.

(eds.). **Panorama brasileiro de paz e segurança**. São Paulo: Editora Hucitec, 2004, p. 114–152.

SACHS, I. (2004). **Ambiente & Sociedade**. v. VII nº. 2. Disponível em: . Acesso em: abril/2018.

SANTOS, Milton; SILVEIRA, María Laura. **O Brasil: território e sociedade no início do século XXI**. São Paulo: Editora Record, 2005.

A IMPORTÂNCIA DOS MOVIMENTOS SOCIAIS NO ROMPIMENTO DO MODELO NEOLIBERAL DA BOLÍVIA E NA INSUPIÊNCIA DO PROCESSO DE ELABORAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO DE 2009 POR MEIO DA LUTA PELA ASSEMBLEIA CONSTITUINTE

Victor Döhl Simes¹

Maria Aparecida Lucca Caovilla²

INTRODUÇÃO

A América Latina está inserida no contexto da modernidade eurocêntrica, a qual perpetua as opressões contra o povo, em favorecimento de uma minoria da elite branca. Dessa forma, mudanças de paradigmas são essenciais para a interação e harmonia entre os seres humanos, inclusive, com a natureza, com o objetivo de permitir a participação de cada indivíduo na organização da política e da sociedade, possibilitando o acesso aos bens e serviços, assim como as mais variadas expressões culturais e étnicas próprias, em busca de alcançar o Bem Comum da Humanidade.

Nesse sentido, o ciclo de insurgências na Bolívia, iniciado com a revolução de 1952, estendido até as manifestações de 2000-2005, promovido por setores específicos da população boliviana, permitiu a modificação da história do país, mormente a partir da convocação para a realização da Assembleia Constituinte, a qual possibilitaria a participação do povo na construção do novo texto constitucional, que foi escrito com o objetivo de transformar os padrões de poder impostos até então.

Desta forma, por meio do presente trabalho, objetiva-se analisar a importância dos movimentos sociais para o rompimento do modelo neoliberal vigente e o início do processo constituinte boliviano, fatores essenciais para, por meio da promulgação da Constituição de

¹ Formando do Curso de Direito da Unochapecó (2018/2). Integrante do Grupo de Pesquisa “Direitos Humanos e Cidadania”. E-mail: victordohl@unochapeco.edu.br

² Doutora em Direito (2015) na área de concentração Direito, Política e Sociedade e Mestre em Direito (2000) pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Docente do Curso de Graduação em Direito e do Programa de Pós-Graduação (Mestrado) em Direito da Unochapecó; Coordenadora do Grupo de Pesquisa Direitos Humanos e Cidadania. E-mail: Caovilla@unochapeco.edu.br

2009, buscar transpassar as diversas injustiças oriundas do processo de colonização e as desigualdades causadas pelo modelo capitalista e eurocêntrico, assegurando a vida e a natureza como essenciais ao desenvolvimento da Bolívia.

1. A CONJUNTURA HISTÓRICA DA BOLÍVIA

Inicialmente, imperioso reforçar que o processo de colonização da América Latina, sabidamente, ocasionou a opressão dos seus povos originários, os quais restaram subordinados a uma elite branca dominadora. Por consequência, os indivíduos dos aludidos povos foram impedidos de continuar construindo a sua própria história, porquanto foram tornados apenas sujeitos passivos, excluídos de qualquer poder de decisão. Os reflexos disso são visíveis, podendo-se citar, por exemplo, a fome, a miséria, o analfabetismo, o não acesso à saúde ou ao esporte, que vem perpetuando-se demasiadamente.

Nesse sentido, cumpre salientar que a estruturação histórica do capitalismo boliviano, conforme leciona Leonel Júnior (2015), se dá a partir da imersão da economia do país na lógica imperialista e neoliberal, fomentada pelo capital. Verifica-se tal situação principalmente na fase de extração de estanho e prata, bem como do aristocrático reacionarismo agrário, as quais foram essenciais para consolidar o modelo eurocêntrico no país, mantendo-se a Bolívia, simplesmente, como um país pobre e exportador de *commodities*. Esse sistema, aliado a dominação racial manifestada através do desenvolvimento capitalista, resultou em um proletariado formado, principalmente, por indígenas e mestiços.

A partir disso, Montenegro (2008) destaca a existência de um conflito central que transcorreu a história boliviana, o qual se deu entre:

- 1) uma tendência “nativa autonomista”, que se identificou com a “massa indo-mestiça” popular e urbana, mas que era representada, sobretudo, por um grupo civil e militar de “raiz nacional e tradição revolucionária” e 2) uma tendência “externa de domínio”, que estava ligada aos interesses da casta de uma elite crioula de “origem espanhola e tradição colonial” possuidora das riquezas. (MONTENEGRO, 2008 apud IAMAMOTO, 2011, p. 13).

Diante desse cenário, com o intuito de transformar o sistema imposto que perpetuava as opressões dos setores excluídos da sociedade, surge o movimento que ficou conhecido como “novo constitucionalismo latino-americano”, iniciado com as constituições do Equador (2008) e da Bolívia (2009), o qual viabiliza, por meio dos seus dispositivos legais, o reconhecimento da autonomia dos indivíduos e, por consequência, a construção de outro

modelo de sociedade, com fundamento no *bem viver*, que prima pelo respeito à diversidade, na convivência, assim como na harmonia com os seres humanos e a natureza, mostrando-se como uma alternativa viável ao projeto civilizatório imposto pela modernidade.

Assim, conforme destaca Wolkmer (2015), as mudanças nos padrões de poder se dão a partir da organização da sociedade civil e dos movimentos sociais frente aos processos de resistência, o que, por sua vez, se dá por meio do poder comunitário comprometido, engajado e participativo, interferindo, dessa forma, no campo jurídico e político do Estado.

Nesse sentido, as variadas manifestações sociais ocorridas na América Latina promoveram processos políticos e sociais, destacando-se aquelas ocorridas na Bolívia, objeto do presente trabalho, as quais se tornaram um fator decisivo na iminente necessidade de realização do processo constituinte, por meio da convocação da Assembleia Constituinte, e, conseqüentemente, na promulgação do inovador texto constitucional boliviano de 2009.

Assim, considerando que as manifestações populares mais impactantes para o processo constituinte aconteceram num passado não tão distante, parte a análise do presente trabalho de um contexto histórico mais recente, a partir da existência do conflito entre dois blocos econômicos na Bolívia, porém abordando também os pontos principais da Revolução de 1952, fato modificativo da história do país.

Nesse sentido, a respeito do conflito acima referido, de acordo com Leonel Júnior (2015), o bloco dominante, constituído pela elite branca, setores das forças armadas que integravam o governo e latifundiários, possuía a hegemonia até o período ditatorial. Por outro lado, o bloco aliado ao campesinato, apresentava um projeto diferente, objetivando a efetivação de princípios, assim como a realização de eleições democráticas na sociedade, em defesa da democracia representativa.

Outrossim, considerando que as profundas modificações no Estado ocorrem a partir da organização da sociedade civil e dos movimentos sociais, como já dito, imperioso se faz destacar as algumas das formas de organização do povo boliviano. Conforme exposto por Leonel Júnior (2015), Álvaro Garcia Linera, vice-presidente da Bolívia desde 2006, em sua obra *A potência Plebeia*, entende que a forma “sindicato” é o tipo clássico de organização proletária no mundo, inclusive na Bolívia.

Corroborando com esse entendimento, Leonel Júnior (2015) leciona que os Sindicatos são atores principais nas transformações sucedidas no cenário político e social boliviano, como a *COB – Central Obrera Boliviana*, a qual, por sua vez, contribuiu diretamente para a efetivação desse processo, conduzindo as manifestações, orientando as massas e unificando as ações dos trabalhadores.

Além disso, outro importante agente de transformação da Bolívia é caracterizado pela forma de organização “comunidade”. Nesse sentido, a maioria dos indígenas-camponeses se organizam em *ayllus*, que são, segundo Leonel Júnior (2015), um modo de organização tradicional andina, caracterizada pela fruição de certa área de terra, considerada como território comum e trabalhada, via de regra, de forma coletiva.

Essas, entre outras formas de organização do povo, foram fundamentais para a revolução nacionalista democrática de 1952. Conforme lecionam Wolkmer e Melo (2013), tal revolução foi um marco histórico na Bolívia, haja vista ter trazido ao país o liberalismo jurídico, fundamentado na homogeneização cultural e política, realizando a nacionalização das minas existentes no país, proporcionou uma reforma agrária, assim como substituiu o exército por milícias populares.

Nesse sentido, Hylton e Thomson (2007) expõem que, no mês de abril de 1952, o Movimento Revolucionário Nacional de classe média (MNR), conduziu uma importante manifestação, unificando os mais importantes setores populares (operários, camponeses, classe média baixa), com duração de três dias, a qual culminou em um modelo, chamado pelos autores, de capitalismo misto de Estado, colocando fim ao regime oligárquico que predominou desde o início do século XIX, desmantelando temporariamente a classe dos latifundiários, bem como nacionalizando as minas. Assim, as empresas estatais administravam a extração e exportação de recursos naturais estratégicos, principalmente os minerais e petróleo. Este modelo, perdurou até a crise do mercado de estanho e a reestruturação neoliberal de 1985.

Outrossim, Yamamoto (2011) aduz que a Revolução de 52 conferiu direitos políticos efetivos aos indígenas camponeses, extinguindo o trabalho servil no campo e transformando o voto em universal, até para os analfabetos. Ainda, a reforma agrária foi importante ao introduzir estes indivíduos na economia boliviana. Entretanto, conclui a autora que a promessa homogeneizadora modernizante não foi, de fato, cumprida. Para tanto, sustenta a existência de dois motivos, qual sejam o preconceito contínuo sofrido pelos indígenas na sociedade, mesmo que não sendo mais institucionalizado pelo Estado e, por outro lado, a sua identidade genérica

de camponês, conferida pela revolução, não garantia o direito à reprodução dos seus métodos de organização política, cultural e territorial.

A esse respeito, Wolkmer e Melo (2013) partilham do entendimento que, se por um lado a democracia liberal possibilitou aos povos o exercício do direito ao voto, participação em concurso público, entre outros, por outro impôs, de certa maneira, a substituição de suas identidades sob as categorias genéricas de “povo” e “campesinos”, tendo sido os seus hábitos, cultura e forma de viver, absorvidos e neutralizados pela cultura branca, colonial e minoritária do país.

Conclui-se, portanto, conforme aduz Leonel Júnior (2015), que a democracia representativa não possibilitou o reconhecimento das formas de organização política, social e cultural dos povos originários da Bolívia, motivo pelo qual a igualdade individual permitida pelo voto serviu apenas para camuflar a desigualdade estrutural decorrente da aludida falta de reconhecimento.

Diante desse cenário, surgem dois importantes atores na sociedade boliviana: os *indianistas*, que podiam ser considerados mais radicais, pois enfatizavam mais a dominação racial do que a de classe, recusando-se a pactuar com alianças por eles rotuladas de “mestiças-crioulas” por reproduzirem um suposto paternalismo racista, motivo pelo qual tinham menos apoio em outros setores sociais; os *kataristas* (em alusão à Tupac Katari, liderança Aymara com papel fundamental nas lutas contra as autoridades coloniais espanholas antes da independência da Bolívia, ao organizar as comunidades contra os espanhóis entrincheirados na cidade de La Paz em 1781), por outro lado, tinham mais influência na sociedade, tendo lançado o “Manifesto de Tiwanaku”, em 1973.

A esse respeito, Hylton e Thomson (2007) aduzem que o manifesto, além de salientar os avanços da revolução nacional, também destacou os seus limites, citando, por exemplo, o fato de os camponeses Quechua-Aymara serem vistos como “estrangeiros” em seu próprio país, em razão das políticas culturalmente homogeneizadoras implantadas pela revolução de 52. Ademais, o grupo dos *kataristas* entendia que o capitalismo e o colonialismo eram o centro da exploração contemporânea, razão porque buscaram aliados de classe. Assim, no final dos anos 1970, organizaram diversas manifestações com suporte da classe camponesa Quechua-Aymara, mudando os rumos da política boliviana.

Dessa forma, segundo Leonel Júnior (2015), foi na década de 80, com o fim da ditadura e reestabelecimento do regime democrático na década de 80, que se iniciou o período neoliberal na Bolívia. Isto porque, o presidente da república à época, Victor Paz Estenssoro, cortou drasticamente os gastos do Estado, culminando na demissão de 23 mil mineiros (equivalente à 80% do total). Esse período foi responsável por enfraquecer ainda mais o Estado e os movimentos sindicais, porquanto era conduzido por política de privatização que resultou no aumento de trabalhadores desempregados, os quais passaram a se submeter aos trabalhos informais das grandes cidades ou ainda retornaram ao campo.

A esse respeito, aduz Iamamoto (2011) que o neoliberalismo significou:

[...] a morte do pouco “capitalismo de Estado” que havia na Bolívia, o fim simbólico de sua grande expressão organizativa durante o século XX, a COB. Para camponeses, significou deterioração dos preços dos seus produtos e o avanço de políticas que afetavam a economia agrária; mas, politicamente, também significou a subordinação ao imperialismo norte-americano com relação às políticas antidrogas. Para indígenas, deixou os seus territórios ainda mais vulneráveis a forças externas agressivas (madeireiras, petroleiras, privatização da água, latifundiários); mas também representou um aparato estatal externo invasivo, incapaz de compreender e incorporar a territorialidade indígena. Foi a população urbana pobre, indígena e vinculada ao setor informal que cresceu com a crise que afetou todas as temporalidades, e que passou a viver em cidades que não contavam com serviços públicos capazes de atender às suas demandas mínimas vitais (educação, saúde, moradia, emprego). (IAMAMOTO, 2011, apud LEONEL JÚNIOR, 2015, p. 61).

Por conseguinte, conforme aduzem Hylton e Thomson (2007), em 1993 toma posse no governo o presidente Gonzalo Sánchez de Lozada, do Movimento Revolucionário Nacional (MNR), juntamente com o vice-presidente *katarista* Víctor Hugo Cárdenas, nascido e criado em uma comunidade Aymara, no Lago Titicaca, demonstrando o seu objetivo de enraizar o regime neoliberal aplicado no país, porém, ao mesmo tempo, estabilizá-lo e legitimá-lo por meio de reformas sociais inovadoras.

Assim, Hylton e Thomson (2007) destacam que as reformas implantadas tinham como meta extinguir as empresas estatais remanescentes no país, abrindo o país para o capital estrangeiro. Dessa forma, durante os anos de 1995 e 1997, as empresas nacionais de petróleo e gás, telecomunicações, companhias aéreas, eletricidade e ferrovias foram vendidas. Entretanto, em que pese as medidas privatistas terem atraído o capital estrangeiro, conforme pretendido, não proporcionaram os benefícios da reativação econômica e do emprego no país, pelo contrário.

Os efeitos da privatização obscureceram ainda mais o panorama econômico. Milhares de trabalhadores foram demitidos, os fundos de pensão enfraqueceram, enquanto as empresas estrangeiras tinham incentivos limitados para fornecer dividendos ou investir lucros localmente. Os ativos da ferrovia e da linha aérea foram despojados e vendidos. Os aluguéis foram transferidos

das telecomunicações, um setor anteriormente lucrativo para o estado. O setor de hidrocarbonetos sofreu as maiores perdas de todos. De acordo com a legislação de Sánchez de Lozada em 1996, a empresa estatal de controle de petróleo e gás, YPFB, foi desmembrada e leiloada, e os royalties a serem pagos pelas multinacionais sob novos contratos foram reduzidos de 50% para 18%. (HYLTON; THOMSON, 2007, p. 100-101).

Diante dessas tensões, a população boliviana novamente teve papel fundamental no desenvolvimento do país, realizando diversas mobilizações e lutas políticas. A esse respeito, Hylton e Thomson (2007) lecionam que, a partir de 2000, os movimentos sociais se posicionaram contrários às medidas de abdicação da soberania sobre a riqueza dos recursos naturais, praticada pelo Estado, bem como em relação a corrupção política, o monopólio sobre a tomada de decisões nacionais e o aumento da violência Estado contra os manifestantes civis.

Nesse sentido, Leonel Júnior (2015) salienta duas situações relevantes desse momento de revolução. A Guerra da Água, ocorrida de janeiro a abril do ano 2000, foi movida pela intenção do governo de privatizar o sistema de abastecimento de água na cidade de Cochabamba e, por outro lado, a Guerra do Gás, ocorrida no ano de 2003, se deu em decorrência da intenção de venda do gás natural boliviano aos Estados Unidos, por meio dos portos chilenos.

Em relação as manifestações ocorridas depois do ano 2000, Yamamoto (2011) entende que, em que pese a participação dos camponeses nas mobilizações, bem como dos grupos de mineiros e indígenas, estas não teriam alcançado o sucesso incomum que obtiveram sem o suporte intenso de setores-urbano-populares.

Nesse sentido, Hylton e Thomson (2007) concluem que, aludidas manifestações foram movidas por um conjunto heterogêneo de grupos sociais, unidos com a classe trabalhadora organizada, demandando a transformação democrática das relações internas entre Estado e sociedade, nas esferas políticas e econômicas do país, bem como das relações externas, com outros Estados e o capital estrangeiro. Partilhavam, outrossim, os mesmos objetivos principais, como a retirada do regime político não representativo e repressivo vigente, estabelecendo total controle Estatal sobre os recursos nacionais, além da convocação da população para uma assembleia constituinte com o fim de reorganizar a política e a economia nacional.

Portanto, considerando a influência e importância das manifestações populares do início dos anos 2000, sobre o processo constituinte, bem como na própria constituição da Bolívia de 2009, abordar-se-á tais eventos mais detalhadamente.

2.1 A DEFESA DOS RECURSOS NATURAIS E A CONVOCAÇÃO DA CONSTITUINTE

Observa-se, portanto, que as reformas neoliberais instituídas na Bolívia deram uma nova aparência ao proletariado no país. Isto porque, tais medidas alteraram a forma de produção, bem como de organização dos trabalhadores, culminando no aumento do número de desempregados e de trabalhadores informais e, por outro lado, na perpetuação de opressões contra o povo, como a corrupção institucionalizada e o favorecimento de empresas privadas em detrimento dos interesses públicos.

Diante desse cenário, sucederam-se, como até então exposto, diversas manifestações na história boliviana, principalmente a partir da revolução de 1952 e, mais recentemente e com mais impacto no processo constituinte e no rompimento do modelo neoliberal na Bolívia, no início dos anos 2000.

Referidas manifestações, de acordo com Leonel Júnior (2015), proporcionaram a formação de uma unidade popular boliviana, reunindo sindicatos de trabalhadores, organizações sociais indígenas, camponeses, juntas de vizinhos e trabalhadores informais. Outrossim, esse bloco popular foi fortalecido por bandeiras anticapitalistas e anticoloniais, tendo sido movidos pelo objetivo comum de derrubar o neoliberalismo inserido no país e reformular a dinâmica democrática do país. Assim, a partir de 2000, com o fortalecimento dessas manifestações, tornou-se possível a análise acerca de novas formas organizativas de luta e mobilização popular.

Assim, as mobilizações populares chamadas de Guerra da Água e (2000) e Guerra do Gás (2003) merecem destaque porque, de acordo com Wolkmer e Melo (2013), caracterizaram-se não somente como uma simples manifestação contrária ao sistema político de tomada de decisões, mas também como uma forma de introdução dos movimentos populares na defesa dos assuntos relacionados aos recursos naturais, bem como os seus reflexos na rotina dos indivíduos envolvidos.

A Guerra da Água se sucedeu nos anos 2000, na cidade de Cochabamba. O serviço de distribuição de água não era prestado com a devida qualidade, diante dos corriqueiros racionamentos e interrupções no fornecimento, bem como não se mostrava suficiente para atender as demandas da população, haja vista pouco mais da metade da população receber cobertura do sistema na época, sendo que o restante se sujeitava a comprar a água de

caminhões que retiravam-na das cisternas ou se abasteciam por meio de sistemas autogestionados, de acordo com Kruse (2005 apud Leonel Júnior 2015).

Aliado a tais fatores, Hylton e Thomson (2007) destacam que aludida guerra, ocorrida no mês de abril de 2000, foi motivada pela oferta do Banco Mundial de conceder um alívio de 600 milhões de dólares nas dívidas, caso fosse realizada a privatização do sistema de água de Cochabamba. Em razão de tal proposta, em setembro de 1999, o governo Banzer entregou os serviços de fornecimento de água de Cochabamba até 2039 a um único licitante, o consórcio transnacional denominado Aguas de Tunari, formado pela empresa estadunidense Bechtel Enterprise Holdings, juntamente com outro consórcio de empresas.

A esse respeito, Iamamoto identifica que:

Na Guerra da Água, a luta se traduzia na defesa dos manejos tradicionais dos recursos, que não os tratavam como mercadorias, mas sim bens de necessidade vital e que, portanto, não poderiam ser controlados por empresas privadas. Os setores populares se organizaram em torno de consignas em defesa da vida e em repúdio a um governo abusivo, inerte às reivindicações populares por justiça. Tal defesa do manejo tradicional e comunitário dos recursos naturais parece fazer coro a formas de organizações sociais indígenas, mas que é reincorporada na área urbana como um discurso mais universalizante, como a forma de administração de recursos democrática e coerente com as necessidades vitais locais, da comunidade. (IAMAMOTO, 2011, p. 57-58)

Assim, as mobilizações que aconteceram contaram com a participação, uma vez mais, das comunidades, sindicatos, associações populares, Juntas de vizinhos, cocaleiros, entre outros. Em janeiro do ano 2000, as manifestações se intensificaram e o governo, por sua vez, não abria margens para negociação, reprimindo os manifestantes com força policial. Em fevereiro, os protestos alcançaram contornos ainda maiores, com o povo ocupando a praça principal da cidade de Cochabamba.

Por conseguinte, no dia 04/04/2000 aconteceu a manifestação que ficou conhecida como “batalha final”. Os manifestantes ocuparam a sede do consórcio Agua de Tunari, marcharam em vários pontos da cidade, efetuaram bloqueios no campo e em outras regiões do altiplano andino, bem como nas próprias áreas urbanas, formando barricadas em locais da cidade. Nesse sentido, Hylton e Thomson (2007) aduzem que na referida data, os manifestantes romperam o isolamento militar ao redor da Praça 14 de setembro e, na sequência, deram início a uma assembleia ao ar livre, a qual contou com a participação de entre 50.000 e 100.000 pessoas.

Ademais, os autores destacam que a pluralidade de grupos que participou das manifestações de abril em Cochabamba foi marcante:

[...] *regantes* (coordenadores de pequena escala da distribuição regional de água); camponeses do vale e das terras altas (alguns indígenas); cocaleiros de Chapare; a federação sindical regional, liderada por operários de fábricas; estudantes e intelectuais progressistas; associações de bairro, algumas delas lideradas por mineiros “relocados”; Camponeses migrantes Aymaras da parte sul da cidade; crianças de rua; as classes médias; e organizações cívicas (HYLTON; THOMSON, 2007, p. 104).

Em consequência da insurgência da população, o governo acata as demandas das manifestações, retirando o consórcio Aguas del Tunari da cidade no início de abril, transferindo a venda e distribuição da água, de um consórcio multinacional aprovado pelo governo boliviano e instituições financeiras internacionais, para uma empresa coletiva autogerida (SEMAPA). De acordo com Hylton e Thomson (2007), na cidade de Cochabamba, “o povo” (*el pueblo*) foi capaz de retomar os recursos naturais entregues à iniciativa privada, sustentando o prevaecimento dos direitos de uso sobre os direitos de propriedade. Ainda, a população foi responsável por lutar pela convocação da assembleia constituinte que viria a se tornar um esboço da nova constituição.

Já a outra revolução popular, denominada Guerra do Gás, ocorrida em 2003, no governo do presidente Gonzalo Sácncnez de Lozada, de acordo com Leonel Júnior (2015), foi motivada pela medida adotada pelo governo de vender o gás natural boliviano aos Estados Unidos, por meio dos portos chilenos, país com o qual existe um ressentimento histórico pela apropriação da costa boliviana, na guerra de 1879. Para o autor, tal fato evidencia que o governo estava disposto a manter a política de privatização e exportação dos recursos naturais, os quais, por sua vez, integram o sistema de reprodução cultural e social dos camponeses e das comunidades indígenas, de sorte que privatiza-los significaria retirar algo inerente a tais indivíduos.

Ademais, aduz Garcês (2010) que o governo começou a tratar com a Pacifica LNG (consórcio formado pela Repsol, British Gas, British Petroleum, Total e Prisma) objetivando a exportação do gás líquido boliviano até a Califórnia, nos EUA, a preço reduzido e através da costa do Chile. Nesse sentido, Gordon e Luoma expõem que

De acordo com uma estimativa, apesar de o lucro corporativo estar projetado em quase 1.900 milhões de dólares anualmente, a Bolívia receberia apenas 190 milhões. A companhia estrangeira que transportaria o gás boliviano pelo Chile até o México, ganharia 1.100 milhões de dólares por ano (GORDON; LUOMA, 2008 apud GARCÊS 2010, p. 23).

Diante desse cenário, a população se mobilizou novamente, sendo que, de acordo com Leonel Júnior (2015), foi novamente utilizada a tática de luta de bloquear as diversas estradas, tendo a paralisação geral se localizado na cidade de El Alto, na qual os manifestantes pleiteavam

a retomada do gás para o povo, a saída do presidente, a revogação do decreto de hidrocarbonetos e a não repressão aos grupos sociais mobilizados, além da convocatória para uma assembleia constituinte, demandas estas que ficaram conhecidas como “agenda de outubro”.

De outro lado, imperioso destacar que, de acordo com Iamamoto (2011), as assembleias locais e os *cabildos* (assembleias multidunárias reunindo todos os setores mobilizados, como os realizados na Guerra da Água) eram os lugares para a tomada de decisões. Nesse sentido, Hylton e Thomson (2007) compreendem que

As assembléias da Coordenadoria eram onde os comunicados e as análises políticas estratégicas aconteciam. As decisões tomadas eram então discutidas em reuniões ao ar livre ou nos *cabildos* de 50.000 a 70.000 pessoas - multidões grandes demais para caber em qualquer lugar exceto praças públicas. Aqui, as decisões finais foram tomadas: “Nestes pontos das reuniões...havia uma corrente de participação e comentários democráticos”. Embora os representantes se dirigissem à multidão, o fluxo de discussão e proposta não era unidirecional. “A multidão respondia a diferentes propostas expressando um sentimento coletivo, seja aplaudindo ou fazendo barulhos desaprovadores, como vaias ou assobios. Às vezes, os líderes tinham que seguir o povo”. (HYLTON; THOMSON, 2007, p. 104).

Por conseguinte, os autores supramencionados aduzem ainda que, durante os meses de setembro e outubro de 2003, greves de fome da comunidade camponesa indígena, bloqueios de estradas e confrontos com forças militares no campo foram essenciais para que o movimento popular se desenvolvesse. No dia 19 de setembro, reuniram-se mais de 50.000 pessoas em La Paz e 20.000 em Cochabamba, todos protestando contra a proposta de exportação de gás pelo Chile. Em 14 de outubro, os protestos alcançaram as cidades de Oruro, Potosí, Sucre, Cochabamba e Santa Cruz, para onde marcharam os camponeses saídos de Yapacaní (ao norte) e San Julián (a leste). Aplicando uma vez mais a tática tipicamente usada, bloquearam as estradas de Cochabamba, Potosí e Sucre. Nesta última cidade, além dos bloqueios, cerca de 25 mil manifestantes apedrejaram a Suprema Corte ali sediada. Além disso, o centro da mineração (Catavi, Siglo XX e Huanuni) também foi bloqueado e, em Oruro, mercados foram fechados e marchas realizaram-se aos arredores da praça central.

Na sequência, no dia 17 de outubro de 2003, os manifestantes foram às ruas de La Paz, capital política da Bolívia, direcionando-se até a Plaza San Francisco. Nesse sentido, Sinclair Hylton e Forrest Thomson lecionam que os integrantes destas mobilizações:

[...] eram membros de associações de bairros populares de El Alto; membros das associações de moradias de Aymara, de Munaypata, Villa Victoria e Villa Fátima; mulheres de mercado pertencentes a associações de associações urbanas; estudantes e jovens desempregados; os trabalhadores mineiros de Huanuni; cocaleiros e colonos camponeses dos vales subtropicais de

Yungas; e membros de comunidades camponesas Aymaras do planalto. Seus números variaram entre 250.000 e 500.000, tornando-se a maior manifestação da Bolívia desde outubro de 1982, quando as forças da oposição encerraram o longo período de ditadura militar (1964-1982), inauguraram a era da democracia representativa e trouxeram a Unidade Democrática Popular (UDP), um governo de coalizão de centro-esquerda, para o poder. (HYLTON; THOMSON, 2007, p. 9).

Dessa forma, com o aumento significativo das manifestações e as forças de segurança estando pouco dispostas a reprimir a população, o presidente Sánchez de Lozada é forçado a renunciar, no final dia 17 de outubro de 2003.

Depois da renúncia de Sánchez, quem assume o poder é Carlos Diego Mesa Gisbert, desprovido de apoio político e pressionado pela agenda de outubro imposta pelas forças populares. Assim, quando o presidente recusou aprovar a nacionalização dos hidrocarbonetos, a instabilidade política é retomada e as lutas ressurgem no ano de 2005, conforme aduz Leonel Júnior (2015), as quais se assemelharam com as de outubro de 2003, mobilizando setores semelhantes, empregando táticas similares e, por conseguinte, levando a episódios parecidos às ruas da capital.

A esse respeito, Hylton e Thomson (2007) relatam que, no dia 06 de junho de 2005, entre 400.000 e 500.000 manifestantes, a maioria descendentes de Aymaras, saíram de El Alto com direção a capital, mantendo La Paz paralisada por duas semanas. Dentre os insurgentes, havia também professores rurais e urbanos, padeiros, açougueiros, mulheres do mercado, vendedores ambulantes, estudantes do ensino médio e universitários, operários, desempregados, camponeses sem terra, crianças de rua e membros da comunidade do interior de La Paz. Em que pese a falta de homogeneidade dos manifestantes, todos postulavam a nacionalização dos hidrocarbonetos e realização da assembleia constituinte.

Como resultado desse cenário, no final do dia 06, o presidente Mesa renuncia ao cargo.

Entretanto, Sinclair e Forrest destacam que:

[...] os protestos continuaram a se espalhar entre 7 e 8 de junho: os bloqueios nas estradas quase dobraram de 61 para 119, e nas terras baixas, colonos fronteiriços e comunidades guaranis ocuparam sete campos de gás pertencentes a duas multinacionais do petróleo, BP-Amoco e Repsol YPF. Três usinas hidrelétricas também foram tomadas, enquanto em Tapacarí, Cochabamba, camponeses comunitários fecharam válvulas de oleodutos. As classes médias finalmente intervieram também. Liderados por prefeitos das capitais, quase 100 greves de fome ocorreram em sete dos nove departamentos, com mais de 700 pessoas de classe média exigindo nacionalização dos hidrocarbonetos, a renúncia de Hormando Vaca Díez e a convocação de eleições e da assembleia. (HYLTON; THOMSON, 2007, p. 125).

Assim sendo, conforme asseveram os autores, no dia 9 de junho, milhares de mineiros e

camponeses das comunidades de Chuquisaca, Potosí e Oruro se organizaram e partiram para a Plaza 25 de Mayo, em Sucre, objetivando impedir a sucessão de Mesa por Vaca Díez. Em razão dos bloqueios e por necessitar de custódia militar para proteger sua vida, Hormando Vaca Díez (presidente do congresso) cedeu, assim como fez Mario Cossio (presidente da câmara dos deputados). Na sequência, próximo da meia noite do dia 9 de junho de 2005, Eduardo Rodríguez Veltzé, presidente da Suprema Corte, é empossado no cargo de presidente, o qual, por sua vez, imediatamente convoca eleições gerais, agendadas já para dezembro do mesmo ano. Logo, as manifestações se desmobilizaram no dia 12 de junho.

A esse respeito, Sue Iamamoto entende que:

Uma das características mais notáveis das mobilizações de 2000 a 2005 é a forma como estas sensibilizaram setores da sociedade boliviana bastante distintos, seja por questões de classe, geográficas (cidade e campo, altiplano andino e terras baixas) ou culturais e étnicas. Cidades centrais, como Cochabamba, La Paz, Oruro, pararam inteiramente. El Alto, a irmã pobre de La Paz, cidade de mais de 800.000 habitantes situada 4 mil metros acima do nível do mar, na borda superior de La Paz, na qual 74% afirmam a identidade indígena Aymara, teve suas ruas tomadas por barricadas e todo o seu território controlados pelas juntas vicinais. Os centros mineiros e mobilizaram, enviando trabalhadores em marcha para os centros urbanos convulsionados. Os camponeses também pararam, promovendo bloqueios que travavam o comércio do país e isolavam as cidades. Por fim, memórias coloniais da resistência indígena marcaram fortemente as mobilizações, com o cerco da cidade de La Paz feito aos moldes do realizado por Tupac Katari mais de duzentos anos antes (IAMAMOTO, 2011, p. 33).

Nas eleições de dezembro de 2005 é eleito Evo Morales, com um total de 54% dos votos. Segundo Leonel Júnior (2015), a esperança de transformação da sociedade, depois de todas as lutas travadas, foi direcionada àquele resultado político. Entretanto, o desafio de realizar as mudanças almejadas, a partir de uma estrutura de Estado ainda liberal e amparada na democracia representativa, seria um grande desafio.

Em relação à eleição de Evo Morales, Hylton e Thomson (2007) reforçam ainda que, um dos reflexos das manifestações, foi a escolha de um presidente indígena que atendeu às reivindicações da maioria indígena do país, principalmente no que tange a representação política e soberania nacional sobre os recursos naturais. Ocorre que, além da nacionalização dos hidrocarbonetos, outra demanda da “Agenda de Outubro” era a assembleia constituinte, com o objetivo de “re-fundar” a nação, por meio de um novo texto constitucional, alterando o sistema de representação local, regional e nacional, reorganizando as relações entre Estado e sociedade, rumo a um horizonte de descolonização e democratização.

Nesse sentido, Leonel Júnior (2015) compreende que o início das transformações deveria ser dar por meio de duas medidas: a nacionalização dos hidrocarbonetos e a convocatória para

uma Assembleia Constituinte. A primeira foi efetivada em maio de 2006, ao ser anunciado pelo governo o Decreto Supremo 28.701, o qual determinava além da nacionalização dos recursos naturais de hidrocarboneto, também que a produção de outras empresas fosse direcionada à YPFB – *Yacimientos Petroliferos Fiscales Bolivianos* -, nacionalizando suas ações para assegurar que a YPFB tivesse mais de 50% das produtoras de petróleo em território boliviano. Restava, dessa forma, a promulgação da constituição para reestruturar o Estado nos moldes que garantissem os avanços descolonizadores e democráticos postulados pela população.

A esse respeito, destaca-se o entendimento de Carlos Romero Bonifaz:

Sem dúvidas, a questão étnico-cultural e a problemática regional, se mantiveram como duas fraturas estatais cuja resolução implica inevitavelmente transformações na estrutura estatal, associadas a uma recomposição do poder político, tanto em termos funcionais como territoriais. Ou seja, restava pendente o redesenho institucional do Estado como requisito indispensável para melhorar substancialmente as condições da democracia. (BONIFAZ, 2009, p. 894).

Assim sendo, conforme exposto por Leonel Júnior (2015), o processo constituinte boliviano teve início depois de instalado o governo Evo Morales. Em março de 2006, aprovou-se a Assembleia Constituinte, através da promulgação da Lei Especial Convocatória n. 3.364, a qual, para o autor, foi imperiosa para consolidar a luta política e social da época, porque se tornou meio de unificação das diferentes forças e movimentos que pleitearam as mudanças.

Nesse sentido, Fernando Garcês entende que a Assembleia Constituinte representou:

[...] a abordagem de várias organizações sociais, especialmente indígenas e camponesas, como busca de um espaço para reorganização da distribuição do poder colonial no país e controle de recursos naturais renováveis e não renováveis desejáveis. Por parte da demanda pela criação de autonomias departamentais, o que se busca é consolidar o poder do agronegócio da ponta de lança oligárquica, representada no Comitê Cívico de Santa Cruz, através do controle político e econômico de importantes recursos produtivos, especialmente da água, florestas, terras e hidrocarbonetos. (GARCÊS, 2010, p. 26).

Diante desse contexto, portanto, é possível vislumbrar que, durante estas manifestações, portanto, ocorreram diversas iniciativas de unificação de pautas e lutas, sendo que, de acordo com lamamato (2011), as pautas gerais de nacionalização e industrialização dos recursos naturais, reforma agrária e assembleia constituinte foram cumpridas em razão dos processos e períodos de luta, com a massiva participação da população, e não por causa de programas anteriormente estabelecidos pela organização política do Estado.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conclui-se que o poder popular foi essencial para as mudanças na Bolívia, porquanto criou critérios para o debate político e econômico, incluindo suas autoridades nos níveis nacional, regional e local, o que, por sua vez, possibilitou a transformação do Estado por meio da proposta de construir a nova carta constitucional. Em nenhum outro país da América Latina os movimentos sociais alcançaram, por iniciativa própria, tantos êxitos na modificação do país.

A crise de hegemonia ocorrida entre 2000 e 2005, principalmente, foi um momento ímpar, de união nacional e autodeterminação das massas. Não significou tão somente a criação de plataformas unificadas para as reivindicações específicas dos grupos manifestantes, mas uma experiência de vida para os participantes das manifestações. Isto porque, a defesa dos recursos naturais, como a água e os hidrocarbonetos, a nacionalização das minas, a reforma agrária, a autonomia jurisdicional indígena não eram apenas questões econômicas relacionados aos interesses específicos dos setores manifestantes, pois tinham significado também sentimental, diante das histórias vividas e compartilhadas em cada manifestação, motivo ímpar para terem alcançado o sucesso.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

BONIFAZ; C. R. El proceso Constituyente Boliviano. In: CARBONELL; M., CARPIZO; J., ZOVATTO; D. **Tendencias del constitucionalismo em iberoamérica**. México, 2009, tradução nossa.

GARCÉS, Fernando. **El pacto de Unidad y el Proceso de Construcción de una Propuesta de Constitución Política del Estado**. La Paz, Bolívia: Preview Gráfica, 2010, tradução própria.

HYLTON, Forrest; THOMSON, Sinclair. **Revolutionary Horizons: Past and Present in Bolivian Politics**. New York, USA: Verso, 2007, (tradução nossa).

IAMAMOTO, S. A. S. O nacionalismo boliviano em tempos de plurinacionalidade: Revoltas antineoliberais e constituinte (2000-2009). Dissertação de mestrado. Departamento de Ciência Política da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008.

LEONEL JÚNIOR, Gladstone. **O novo constitucionalismo latino-americano: um estudo sobre a Bolívia**. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2015.

WOLKMER, Antonio Carlos; LIXA, Inove Fernandes (Orgs.) **Constitucionalismo, descolonización y pluralismo jurídico em América Latina**. Florianópolis, UFSC-NEPE, 2015.

WOLKMER, Antonio Carlos; MELO, Milena Petters (Orgs.) **Constitucionalismo Latino-Americano - Tendências Contemporâneas**. Curitiba, Juruá, 2013.

PLANEJAMENTO FAMILIAR E O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA LIBERDADE

Anamarya Martins

Débora Vogel da Silveira Dutra

INTRODUÇÃO

Atualmente, o conceito de família é muito mais flexível do que era há décadas atrás. As transformações sociais, econômicas, culturais e políticas influenciaram diretamente nas novas construções da ideia de família hoje vigente, bem como no que tange ao planejamento familiar da mesma.

O presente trabalho, através do método dedutivo, aborda os elementos que compõem a discussão acerca de quem tem a responsabilidade acerca do planejamento familiar, e em que medida o Estado tem poder de interferência nessas decisões de cunho mais pessoal. Também, aborda-se o princípio constitucional da liberdade, uma vez que, o mesmo compõe um dos elementos fundamentais de um Estado democrático de Direito que zela pelo respeito ao cidadão e às suas escolhas.

O tema não se esgotará ao final deste trabalho, que pretende apenas apresentar uma leitura acerca de tema complexo que envolve diversos outros elementos que compõem o conceito de família.

1. A FAMÍLIA PATRIARCAL E A FAMÍLIA CONTEMPORÂNEA

Neste século vivenciamos a constante variação dos padrões de relacionamento e do conceito de família devido às muitas interferências internas (no meio ambiente familiar) e externas como o avanço tecnológico e científico, por exemplo. Em virtude disso delimitar o conceito de família e suas ações tem sido tarefa árdua visto que cada família possui uma visão diferenciada sobre si própria.

Assim, observamos que o padrão típico de família nuclear composto pelo pai, mãe e filhos já não é mais o único aceito na sociedade. A sociedade se transformou, as pessoas mudaram seus objetivos, construíram outros valores e o resultado foram novos arranjos familiares.

É inegável que o mundo deu um salto no quesito evolução tecnológica, porém essa evolução não atingiu toda a população, e grande parte da sociedade ainda acredita que o Estado

é capaz de suprir toda e qualquer necessidade trazida pelas novas mudanças que se observam no cotidiano.

A respeito disso comenta Carvalho (2005, p.16) que “no imaginário coletivo ficou, no entanto, reforçada a aposta num projeto de Estado suficientemente forte para assegurar políticas sociais e operar a partilha da riqueza produzida”.

Conseqüentemente denota-se que essa visão de Estado que tudo resolve não obtem êxito, pois grande parte da população depende diretamente do Estado e de suas políticas públicas para sobreviver. Dessa forma verifica-se que atualmente o contraste socioeconômico é monstruoso e a igualdade é um sonho quase inatingível.

Mesmo configurando-se como paliativos, muitos programas sociais contribuíram para retirar da linha da miséria, uma significativa parcela da população brasileira.

Dentro desse quadro socioeconômico, a tradicional família patriarcal que serviu como base para a sociedade brasileira, teve seus alicerces abalados pelas transformações de cunho tecnológico que direta ou indiretamente serviram para influenciar na mudança de mentalidade e na forma de ver e experimentar o mundo. A realidade atual é facilmente percebida por todos, em consonância disso, comenta Acosta e Vitale (2005, p.25), em umas das suas renomadas obras sobre a família:

Embora a família continue sendo objeto de profundas idealizações, a realidade das mudanças em curso abalam de tal maneira o modelo idealizado que se torna difícil sustentar a ideia de um modelo “adequado”. Não se sabe mais, de antemão, o que é adequado ou inadequado relativamente à família. No que se refere às relações conjugais, quem são os parceiros? Que família criaram? Como delimitar a família se as relações entre pais e filhos cada vez menos se resumem ao núcleo conjugal? Como se dão as relações entre irmãos, filhos de casamentos, divórcios, recasamentos de casais em situação tão diferenciadas? Enfim, a família contemporânea comporta uma enorme elasticidade.

Dessa forma, vê-se nitidamente que está acontecendo uma era que vêm transformando e desalinhando conceitos clássicos construídos ao longo da história sendo que o principal causador é o avanço tecnológico.

Sempre quando acontecem processos de transformações em determinada área pública, o reflexo recai diretamente sobre a sociedade civil. Assim, afirma Kaloustian (2008, p. 43) “neste particular a constituição do mercado de trabalho capitalista e a inserção/exclusão das mulheres neste contexto produziram efeitos sobre a estrutura familiar”.

Historicamente, desde a década de 1960 até o presente momento, as grandes transformações na vida da mulher tiveram por base dois acontecimentos importantes: o

trabalho remunerado e a difusão da pílula anticoncepcional. Esses dois fatores foram marcantes para as grandes transformações que envolveram as famílias brasileiras da passagem do século XX para o XXI.

Acosta e Vitale informa que,

[...] a propagação da pílula anticoncepcional interferiu decisivamente na sexualidade feminina sendo que nesse momento a mulher deixou de ter sua vida e sua sexualidade atadas à maternidade como um “destino” e recriou seu mundo subjetivo. Além do mais a expansão do feminismo ampliou a atuação da mulher no mundo social, essa transformação aliada ao trabalho remunerado abalou os alicerces familiares (2005, p.21,22).

Com todas essas transformações sociais a mulher empreendeu ainda mais sua luta em busca da tão sonhada igualdade de gênero. Desde então seu papel no lar vem adquirindo novas dimensões. Ela corre em rumo de objetivos de vida e idealizações que as afastam do modelo até então típico: a família nuclear.

É bem verdade que para a mulher o trabalho acabou acumulando-se ao mesmo tempo que ela necessita firmar-se no mercado de trabalho e dar conta da sua vida familiar.

Sendo assim o contexto de família que foi se modificando com o passar dos anos, mantém ainda, em uma estrutura diversa daquela que existia no passado, grande relevância para a sociedade.

Nesse sentido, afirma Kaloustian (2008, p. 12):

[..] é a família que propicia os aportes afetivos e sobretudo materiais necessários ao desenvolvimento e bem-estar dos seus componentes. Ela desempenha um papel decisivo na educação formal e informal, é em seu espaço que são absorvidos os valores éticos e humanitários, e onde se aprofundam os laços de solidariedade é também em seu interior que se constroem as marcas entre as gerações e são observados valores culturais.

Ora, a principal responsável pela transmissão dos valores que a família alimenta é em grande parte a figura da mulher. Entretanto é possível verificar que, ao passo que a mulher avança socioeconomicamente e conquista maior independência e reconhecimento profissional, vê-se na maioria dos casos que a base familiar se desgasta e ocorre a separação do casal. Novamente formam-se outras uniões conjugais filhos de pais diferentes, membros desconhecidos que agora convivem sob o mesmo teto aumentando a probabilidade de conflitos e crescendo a rede para fora do núcleo.

Contudo o alvo principal da exclusão ao planejamento familiar são as famílias de baixa renda, marcadas por inúmeras crises. O prejuízo no ciclo de vida delas é manifesto pelo desemprego, pela desnutrição, pelos nascimentos pré-conjugais, pela instabilidade e violência

intrafamiliar, pelos distúrbios mentais, pela delinquência, pelo abuso de substâncias tóxicas, pelo alto índice de mortalidade infantil, pela incapacidade física, pela morte precoce e pelo estresse contínuo de habitações inadequadas além das dívidas.

Consequentemente essas famílias apesar de serem considerados iguais perante a lei, infelizmente não são atingidas por ela. É daí que nascem os diferentes arranjos familiares: do acelerado avanço tecnológico e da pobreza que não permite a inclusão dessas pessoas no mundo da informação, Santos e Freitas (p. 1814).

2. PLANEJAMENTO FAMILIAR E POLÍTICAS PÚBLICAS EFICIENTES

O planejamento familiar é um dos temas mais comentados com relação a políticas públicas e avanço econômico dos países. Quanto mais planejada as famílias, mais desenvolvido o país se torna, tamanha força existente nesse instituto. Inclusive o foco específico é o controle da natalidade ainda, mais recentemente a saúde da mulher e o uso de métodos anticoncepcionais, como explica Santos e Freitas (p. 1817).

No início da revolução industrial o planejamento familiar não era alvo de preocupação do Estado, contudo quando este percebeu que poderia usar a família como controle social, deu início a criação de políticas públicas de medicina higienista.

Esse novo mecanismo focava na instrução primária dos cidadãos, repouso no final de semana, ensino da higiene doméstica, cuidado com a educação das crianças por parte da mãe, (sendo que os infantes também passaram a ser instrumentos de interesse do Estado) entre outros objetivos.

Cada um com sua intenção, na ponta a família interessada em manter sua reputação ilibada e de outro o Estado preocupado com os “indivíduos inutilizados ou inúteis”, verdadeiros pesos mortos que não ofereciam nada de contributivo a ele. (DONZELOT, 1986, p.29).

Do que já fora visto, é importante evidenciar que em nossa Lei Maior, a Constituição Federal de 1988, no artigo 227, § 7º dispõe que o planejamento familiar é uma livre decisão do casal cabendo ao Estado propiciar os recursos educacionais e científicos para que ele seja realizado. Conforme esclarece Castanho (2014, p. 31) “apesar do ordenamento jurídico brasileiro, impedir a intervenção direta do Estado na vida privada, o exercício de vigilância continua operando por meio de informativos até o fornecimento de métodos científicos e contraceptivos”.

O problema em questão é as famílias que não realizam o planejamento familiar trazendo consequências imensuráveis que atingem toda a sociedade. Malthus (1996, p.271) descreve em suas observações um comportamento típico das famílias pobres despreocupadas com o planejamento:

[...] o trabalhador pobre, para usar um expressão vulgar, vive ao deus-dará. Suas necessidades do momento ocupam toda a sua atenção e eles raramente pensam no futuro. Mesmo quando tem a oportunidade de poupança, raramente a fazem, mas tudo o que está além de suas necessidades de momentos, genericamente falando, vai para a cervejaria. Por essa razão se diz que as leis dos pobres da Inglaterra diminuem um dos mais fortes estímulos à sobriedade e a atividade e, conseqüentemente, á prosperidade.

Saliente-se ainda, desde que Malthus criou essa teoria baseado em seus estudos, com ela nasceu uma forte preocupação a respeito da superpopulação mundial e suas conseqüências. Mesmo que nos dias atuais existam diversos estudos a respeito da teoria Malthusiana por esta ser polêmica, vale a pena analisar pontos cruciais que poderão ser utilizados na luta pelo exercício do acesso ao planejamento familiar por todos os cidadãos.

Em primeiro lugar os objetivos fundamentais da República federativa do Brasil estão explícitos e indiretamente estão interligados com o instituto planejamento familiar, veja o artigo 3º da Constituição Federal de 1988:

- I - Construir uma sociedade livre, justa e solidária;
- II - Garantir o desenvolvimento nacional;
- III- Erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;
- IV - Promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Inquestionavelmente, nenhum desses objetivos traçados poderão se concretizar sem que a realização do planejamento familiar seja priorizada. A própria Constituição declara que a família é a base da sociedade, porém quando essa encontra-se debilitada todas as demais estruturas são atingidas.

Segundo Nort (2002, p.23) a respeito do que comentamos a pouco, afirma que : “O Planejamento Familiar é um direito básico, algo que as pessoas desejam mundialmente. Centenas de milhões de mulheres casadas manifestam o desejo de planejar suas famílias, mas não têm acesso à orientação, assistência médica e anticoncepcionais”.

Sabe-se que todos os direitos e deveres existentes num ordenamento jurídico são dotados de uma perspectiva de transformar a nação num território organizado e pacífico, onde o Estado defina e haja conforme lhe cabe como também seus súditos.

Contudo observamos famílias que não priorizam planejar seu futuro e o Estado que vêm falhando na questão dos mecanismos de ações eficientes para cada região, haja vista ser o Brasil um país de grande área territorial composto de Estados cuja cultura é muito diversas uma das outras.

De fato, quando tratamos do tema Família sabemos que cada uma se enxerga de ângulo diverso às outras como já explicitado anteriormente, por isso, o Estado deve elaborar métodos de acompanhamento e vigilância devidamente estudado e adequado para cada região.

Vê-se que os métodos utilizados pelo Estado não estão alcançando os objetivos do planejamento familiar que é chegar a conclusão de qual é o momento adequado para ter um filho e nem os objetivos da República Federativa do Brasil elencados anteriormente. Primordialmente deve-se focar na elaboração de novos métodos para o planejamento familiar, analisando em primeiro lugar as principais falhas dos já existentes.

Antes de qualquer elaboração de mecanismos de ordem pública é necessário compreender que o planejamento familiar não é apenas o ato de contracepção, mas acima de tudo de planejamento da concepção.

A respeito da inclusão social dos cidadãos e do acesso ao planejamento familiar descreve a renomada autora Castanho (2014, p.108):

[...] no contexto do planejamento familiar tem-se que, quando os indivíduos são privados de um programa eficiente e inclusivo, não estarão somente privados de acesso aos meios materiais mas também do direito de liberdade, igualdade, vida e saúde, direitos estes cujos núcleo é a dignidade da pessoa humana. A consequência é perversa, vez que, além de as famílias serem colocadas à margem da sociedade, porque constituídas sem qualquer estrutura, e elas, de modo fático, será atribuída toda a responsabilidade pelo fracasso do projeto parental. Infelizmente esta é a situação atual de muitos brasileiros.

A autora ainda ensina que a inclusão social no planejamento familiar deve ser trabalhado com muita diligência, evitando que parte da sociedade se transforme em pessoas privadas de cidadania.

Segundo a teoria Marxista descrito na obra de Castanho (2014, p. 39):

Ela fundamenta suas objetivações a partir dos exemplos obtidos de países desenvolvidos onde a redução do crescimento populacional só ocorreu após a adoção de reformas socioeconômicas e melhoria do padrão de vida da população. Eles são totalmente favoráveis a intervenção direta do Estado no controle de natalidade enquanto que na teoria Malthusiana a causa da pobreza é a superpopulação, para os marxistas a pobreza é a geradora da superpopulação: quando as famílias alcançam melhores condições de vida tendem a diminuir o número de filhos.

Isto porque a intelectualidade nos leva sempre a pesar qualquer atitude á ser tomada, e apesar do Brasil não ser um país extremamente populoso como a Índia por exemplo o número de filhos nascidos anualmente, em maior parte são das famílias de baixa renda e ensino.

3. POLÍTICA POPULACIONAL BRASILEIRA: A NATALIDADE

A política populacional adotada pelo Brasil ao longo da história segundo o renomado autor José Eustáquio Dinis Alves visa “conseguir um ritmo de crescimento da população considerando desejável face ao desenvolvimento das forças produtivas, das necessidades de mão de obra e dos óbices econômicos das chamadas despesas demográficas (2006, p.8).

É válido mencionar que a natalidade está inteiramente ligada á sobrevivência da espécie humana, e objetiva garantir taxas de natalidade superiores às de mortalidade.

Em todo cenário histórico do mundo verifica-se ações voltadas a um equilíbrio geográfico e econômico. Segundo os apontamentos de Castanho (2014, p 44) “[...] no Brasil houve bastante incentivo à natalidade, e a questão do aumento populacional nem sempre recebeu atenção especial, tampouco representou preocupação”. Visto que o Brasil passou do *status* de colônia à república, o aumento da população poderia ser utilizado como instrumento de proteção das fronteiras e principalmente no aspecto econômico pois acreditava-se que quanto “maior número de habitantes, mais disponibilidade de mão de obra e maior número de consumidores, o que favoreceria o desenvolvimento nacional nos moldes capitalistas” como assevera Castanho (2014, p. 44).

A primeira ação natalista no Brasil foi no período de colonização onde os portugueses a fim de fortalecer laços com os nativos, adotaram uma cultura de poligamia, onde apenas o homem poderia se relacionar afetivamente com mais de uma mulher.

No século XIX percebeu-se então a necessidade de manutenção da ação natalista por conta de dois fatores principais: a Guerra do Paraguai em 1864 e a abolição da escravatura em 1888. Nesse ínterim o Brasil necessitava mais do que nunca da multiplicação da população, bem como a entrada de imigrantes no país a fim de realocar trabalhadores onde antes serviam os escravos.

Porém outra mudanças importantes na ação de natalidade ocorreu durante o Estado Novo, pois o presidente do país na época, o tão famoso Getúlio Vargas atribuía o desenvolvimento do Brasil com o crescimento da população, segundo aponta Castanho (2014,

p 45).

Com o desenvolver dessa linha de pensamento as Constituições Federais começaram a elencar leis protetoras às mulheres, por exemplo, bem como direcionadas ao brasileiros natos, e cada vez mais o desenvolvimento do país se dava pela qualidade e crescimento populacional. Em meio do século XIX iniciou-se um grande conflito a respeito do crescimento acelerado da população e seus resultados. Castanho explica que passou a existir alguns conflitos entre classes a respeito do aumento populacional (2014, p.48) Os antinatalistas defendiam a ideia de que o Estado estaria explorando demograficamente o Nordeste brasileiro, enquanto que para os militares da época o crescimento acelerado da população traduzia uma grande ameaça

à segurança nacional e para os empresários um obstáculo para o desenvolvimento nacional.

Nesta altura os profissionais da medicina indagaram o desenvolvimento do planejamento familiar e concluiu-se que mesmo que o crescimento populacional aparente ser um desenvolvimento financeiro do país, poderia também engajar consequências como a baixa qualidade de vida.

Após a constatação do que fora descrito a primeira Instituição questionada foi a Igreja Católica que baseava sua concepção de fé na não utilização de contraceptivos, fundamentada na tese de que o desejo de Deus seria a multiplicação da raça humana. Contudo após essas indagações a Igreja reconheceu a necessidade do planejamento familiar mas mesmo assim questionava os métodos contraceptivos utilizados.

Dai em diante o tema do planejamento familiar e a preocupação quanto as ações destinadas a ele só cresceram. Segundo Castanho “pairava no Brasil um cenário de preocupação quanto às implicações do crescimento populacional, pois havia grande probabilidade de a diminuição da taxa de natalidade não ocorrer de forma espontânea”.

Depois de tantos debates a respeito do planejamento familiar no dia 05 de outubro de 1988 na promulgação da Constituição Federal elencou um artigo específico sobre o tema, dando enfim uma posição jurídica a respeito e deixando claro que o planejamento familiar é um direito da família e que cabe ao Estado propiciar os recursos imprescindíveis para sua consumação.

4. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA LIBERDADE

A liberdade é um direito constitucional garantido pela Carta Magna de 1988. Sua

relevância é extrema, principalmente pelo fato do Brasil ter saído de um período conturbado da história do país, após décadas de um regime militar marcado pela ausência de democracia.

Nesse sentido, direito à liberdade em seus mais amplos aspectos, seja religioso (de crença, em um país laico), seja de expressão e reunião, vai de encontro a ideia básica do exercício da cidadania e das garantidas que cada cidadão brasileiro possui.

No que se refere às questões familiares, os direitos e deveres andam juntos, o que significa que, a Constituição Federal assegura que o Estado é responsável por garantir proteção e amparo às famílias brasileiras. Na prática, tal indicativo deve se configurar através de políticas públicas que visem atender a demanda da sociedade brasileira no quesito do apoio estatal para dificuldades básicas encontradas para garantir a efetividade do princípio da dignidade da pessoa humana.

Assim sendo, é possível interpretar que o Estado possui além de um dever, um certo poder atribuído constitucionalmente, no que tange a sua relação com as famílias brasileiras. Isso não significa que esse mesmo ente estatal possui irrestritos poderes de interferência nas decisões de cunho familiar, íntimo, privado. Aqui, a referência é exatamente à opção e ao direito de liberdade que cabe às pessoas que compõem um núcleo familiar, de aumentarem a mesma ou não, através de sua prole.

Ao mesmo tempo em que o Estado não pode dispor de um poder irrestrito sobre as famílias, em razão da liberdade assegurada pela Constituição, deve o Estado assegurar uma vida digna para todos os cidadãos de seu território, o que inclui programas sociais voltado para a educação e informação acerca dos métodos contraceptivos, da distribuição gratuita dos mesmos e do total amparo da rede pública de saúde (SUS), para todas as questões que envolvem o aumento da prole, principalmente nas famílias mais carentes.

Isso porque, as famílias mais carentes não são apenas pessoas com baixo poder aquisitivo, mas são aquelas que poucas ou nenhuma informação possuem sobre assuntos relevantes da vida social, como é a questão da correta prevenção da gravidez indesejada, assim como a proteção contra as doenças sexualmente transmissíveis, ambos os fatos ligados diretamente à questão da saúde pública no Brasil.

Ao tratarmos do planejamento familiar frente ao princípio constitucional da liberdade, evidenciamos que se trata de um assunto bastante complexo, uma que vez que ambos são peculiares e merecidos de tratamento diverso a cada caso concreto.

Castanho em sua obra (2014, p. 69) descreve que o planejamento familiar na atual Constituição Federal é um direito fundamental a liberdade limitando consideravelmente o domínio e interferência do Estado sobre a família.

Não a que se falar, já fazem trinta anos que o planejamento familiar é guardado na Carta Magna como livre decisão do casal sendo o Estado responsável em propiciar os recursos educacionais e científicos para o efetivo exercício desse direito.

Em suma, com tudo o que fora exposto, conclui-se que o Brasil não necessita usar do método de controle de natalidade como em alguns países, mas focalizar o planejamento familiar como prioridade, trazendo nas mãos o desenvolvimento como consequência.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Restou destacado que o Estado tem grande relevância sim para as questões que envolvem e abordam a temática da família e do seu respectivo planejamento familiar. Ao mesmo tempo em que ao Estado cabe uma parcela importante de responsabilidade acerca da proteção que a família dever ter, de acordo com os preceitos constitucionais, ele também não pode ferir o princípio da liberdade, tão cara e conquistada após longos períodos de luta e desrespeito às escolhas dos cidadãos.

Dessa forma, não cabe ao Estado cercear o planejamento familiar no sentido de limitar a quantidade de filhos que cada família pretende conceber. O Estado deve sim preocupar-se com política públicas de conscientização, educação e prevenção para que os cidadãos brasileiros tenham consciência quando decidem a forma e a quantidade de pessoas que irão compor seu círculo familiar.

O objetivo maior desse trabalho de conscientização é de fato educar para a cidadania, para o respeito com o outro e para a consciência de que a luta necessita ser constante, não só para garantir novos direitos ou àqueles que tem sido negado, mas também atuar na manutenção dos adquiridos pelas lutas sociais.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ACOSTA, Ana Rojas; VITALE, Maria Amalia Faller. **Família Redes, Laços e Políticas Públicas**. 2. ed. São Paulo: Cortez, 2005.

ALVES, José Eustáquio Diniz. **Planejamento Familiar no Brasil**. Instituto de Economia da

Universidade Federal do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, jun.2010.disponível em:>http://www.ie.ufrj.br/apart/pdfs/texto_pf_geda_05jun10.pdf>. Acesso em: 26.ago.2018.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF, outubro 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 26 ago.2018.

CARVALHO, Maria do Carmo Brant de. (Org.). **A Família Contemporânea em Debate**. São Paulo: Cortez, 2003.

CASTANHO, Maria Amélia Belomo. **Planejamento Familiar**: o estado na construção de uma sociedade inclusiva e a participação social para o bem comum. Curitiba: Juruá, 2014.

DONZELOT, Jakes Jacques. **A polícia das famílias**. 2 ed. Tradução M. T. da Costa Albuquerque. Rio de Janeiro: Graau, 1986.

KALOUSTIAN, Sílvio Manoug. **Família Brasileira**: a base de tudo. 8. ed. São Paulo: Cortez, 2008.

MALTHUS, Thomas Robert. **Princípios de Economia Política e considerações sobre sua aplicação prática**. Ensaio sobre a população. Tradução Regis de Castro Andrade *et al.* São Paulo: Nova Cultural, 1996.

MORAIS, Alexandre de. **Direito constitucional**. 32 ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2016.

NORT, Egon. **Planejamento familiar**: solução básica. Florianópolis: Autor, 2002.

SANTOS, Júlio César, FREITAS, Patrícia Martins de. **Planejamento familiar na perspectiva do desenvolvimento**. Grupo de Pesquisa Saúde, Educação e Desenvolvimento, Centro de Ciências da Saúde, Universidade Federal do Recôncavo da Bahia. Av. Carlos Amaral, 1.015, bairro Cajueiro Campos Universitário. 44570-000 Santo Antonio de Jesus BA Economia.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. 4 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

A EDUCAÇÃO DE CRIANÇAS E ADOLESCENTE E A “LEI DA PALMADA”

Débora Vogel da Silveira Dutra

Marya Eduarda Camargo Moura

INTRODUÇÃO

A educação é um dos grandes temas tanto para países desenvolvidos quanto para os países atrasados. Isso porque os países desenvolvidos, através de seus exemplos de sucesso na área educacional, servem como modelo para àqueles que buscam resolver seus inúmeros problemas que denunciam o fracasso na educação de seus países.

Essa educação não é apenas a formal, fornecida pelas instituições de educação, sejam elas públicas ou privadas. A educação em seu conceito mais amplo inicia-se no círculo familiar, no ambiente de convívio primeiro, de desenvolvimento, de base para os mais simples valores que a vida em sociedade exige de cada cidadão.

Dessa forma, são diversas as teorias que discutem métodos, formas e caminhos alternativos que visam alcançar uma educação que dê conta de formar cidadãos responsáveis e conscientes na busca por um mundo melhor.

O presente artigo, através do método indutivo e de uma ampla pesquisa bibliográfica, visa analisar os caminhos pelos quais percorre-se a temática da educação e da formação do cidadão, bem como da polêmica Lei nº 13.010/2014, popularmente conhecida como “Lei da Palmada”, analisando a forma como ela é interpretada na sociedade dentro do contexto educacional.

1. CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988: A QUEM CABE O PAPEL DE EDUCAR CRIANÇAS E ADOLESCENTES?

Rege a Carta Magna, subjetivamente, que a educação é um elemento tão amplo que seria impossível que somente uma instituição ou entidade desse conta sozinha de todo o processo educativo de uma criança, desde a sua mais tenra idade, passando pela adolescência e chegando à maioridade civil aos 18 anos.

Assim, o artigo 205 da Constituição Federal de 1988 dispõe que, “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”.

Sem dúvida que é de extrema relevância o papel da família no contexto educacional, uma vez que é nesse espaço que se estabelecem as primeiras relações sociais, e onde se constroem valores humanos com mais afinco.

A educação em seu aspecto mais formal, acontece via de regra, em momento posterior às vivências em família. Quando uma certa bagagem já foi construída e é efetivamente carregada pelos pequenos cidadãos e cidadãs, que o ambiente escolar, com todos os seus problemas relativos ao processo educacional, se fazem presentes no cotidiano desses sujeitos.

Dessa forma, é de vital importância para uma sociedade em busca de mais justiça social e menos desigualdade, atribuir cada vez mais valor para a questão educacional. Esta, muitas vezes na prática, acaba sendo relegada à segundo plano pelas políticas públicas que preferem investir em setores que dêem um retorno rápido, visível e que de preferência contribua para arrecadar votos em períodos eleitorais.

Portanto, as formas pelas quais o Estado cumpre ou deveria cumprir seu papel de acordo com o artigo constitucional acima indicado, apresenta diferentes nuances no contexto sócioeconômico brasileiro. Através de políticas públicas e dos seus representantes que tem contato mais direto com a sociedade, o Estado implementa programas que deveriam em tese, visar a melhoria na qualidade de ensino e potencializar os resultados melhorando significativamente a vida da população que consegue obter uma formação escolar.

No entanto, anterior à todo esse processo, quando muitas crianças ainda não frequentam espaço escolares, o Estado, constitucionalmente já é responsável, juntamente com a família, pela educação delas. A forma como esse dever do Estado se apresenta muitas vezes é através de leis mais específicas que dizem respeito ao fator educacional.

2. ESTATUTO DA CRIANÇA E ADOLESCENTE (ECA) – LEI Nº 8069/1990

O ECA (Estatuto da Criança e do Adolescente), Lei nº 8.069/1990, representou um grande passo adiante no debate acerca da educação de crianças e adolescentes. Isso porque o referido documento apresenta não somente os direitos desse grupo de cidadãos, mas também seus deveres para com a vida em coletividade.

Esse importante documento também ressalta o compromisso que a família deve ter para com a formação da criança e do adolescente, uma vez que os mesmos são necessariamente representados ou assistidos, conforme a idade que apresentam, ou seja, são incapazes absoluta ou relativamente para os atos da vida civil.

O ECA reforça o papel que cada família deve exercer de forma responsável pela educação das crianças e adolescentes, orientando-as e protegendo-as, juntamente com o Estado e suas políticas públicas e com a escola, enquanto espaço de produção de conhecimento e socialização.

O mundo atual carece de empatia, e é sabido que passamos por uma crise em que os principais valores, tidos como base para que a sociedade se torne um ambiente agradável, não são respeitados. Há muito se ouve falar sobre soluções para melhorar o mundo em que vivemos, e é inegável a importância da educação das crianças e adolescentes para que isso ocorra.

A infância e a juventude são fases de suma importância para o ser humano, pois é nesse momento que o sujeito conhece o mundo em que vive e compreende como esse mundo funciona. É também nesse período da vida que se inicia a aprendizagem acerca dos princípios e valores que regem todo o restante da nossa vida de cada pessoa. Tal fato acaba por influenciar toda uma sociedade, que, a depender de como as crianças e os adolescentes crescem e se desenvolvem, será definida como uma sociedade saudável, ou como uma sociedade problemática.

Se o objetivo for construir uma sociedade em que as pessoas agem com altruísmo e fraternidade, deve-se ensinar para as crianças e os adolescentes os fundamentos básicos dos Direitos Humanos, para que compreendam o Ser Humano como sujeito de Direitos, e assim saibam respeitar os demais e suas diferenças.

O ECA, por sua vez, faz parte da Cultura dos Direitos Humanos direcionados a infância e a adolescência (CALISSI e SILVEIRA, 2013), visto que considera as crianças e os adolescentes como sujeitos de direitos e deveres, independentemente de estar ou não exposto a situação de risco, uma vez que a adota a doutrina da proteção integral.

Essa doutrina dispõe que é dever de todos observar os deveres a ser cumpridos para que as crianças e os adolescentes possam exercer seus direitos, de forma a estabelecer vínculos de solidariedade entre a família, a sociedade e o Estado, para que todos se tornem responsáveis pelos mesmos. Dessa forma, a atenção dada as crianças e aos adolescentes é dobrada, o que é fundamental para que tenhamos uma sociedade equilibrada e baseada nos Direitos Humanos.

O ECA define os critérios legais para definir quem é criança e quem é adolescente a partir de sua faixa etária, de forma que: crianças são as pessoas até doze anos de idade incompletos, e adolescente a pessoa entre doze e dezoito anos de idade.

Além disso, o ECA também regulamenta os direitos fundamentais da criança e do adolescente, como o direito a vida e a saúde (art. 7º a 14), direito a liberdade, ao respeito e a dignidade (arts. 15 a 18-B), e o direito a convivência familiar e comunitária, mostrando o quanto é importante para o desenvolvimento das crianças e dos adolescentes, e conseqüentemente para a sociedade em geral.

3. LEI DA “PALMADA” – LEI Nº 13.010/2014: INTERPRETAÇÕES E DIVERGÊNCIAS

A polêmica Lei nº 13.010 implantada em 2014 e que ficou popularmente conhecida como Lei da Palmada tem recebido inúmeras críticas devido às divergências de interpretação que a mesma causou na sociedade.

A Lei foi criada com o objetivo de proteger as crianças e os adolescentes, zelando pela integridade dos mesmos. Quando promulgada, realizou alterações no ECA, com os artigos 18-A, 18-B e 70-A, visando diminuir os casos de agressão física e psicológicas contra crianças e adolescentes, defendendo de forma efetiva seus direitos.

No entanto, a referida Lei gerou grande rol de posicionamentos diferentes a seu respeito. Parte desses posicionamentos a defendem, afirmando que os castigos físicos aplicados às crianças as afetam de forma negativa, implicando em enormes conseqüências; outra parte critica fortemente a Lei, afirmando que o disposto nela poderia limitar a liberdade dos pais na hora de educar os filhos, de forma que o Estado estaria intervindo na vida privada da família, o que resultaria em crianças mal educadas e sem limites; outra parte, ainda, afirma que a Lei seria inútil, pois não teria aplicabilidade na prática.

Para solucionar os conflitos de interpretação relacionados à Lei, é necessário realizar uma análise de seu teor. A Lei 13.010/14 dispõe:

Art. 18-A. A criança e o adolescente têm o direito de ser educados e cuidados sem o uso de castigo físico ou de tratamento cruel ou degradante, como formas de correção, disciplina, educação ou qualquer outro pretexto, pelos pais, pelos integrantes da família ampliada, pelos responsáveis, pelos agentes públicos executores de medidas socioeducativas ou por qualquer pessoa encarregada de cuidar deles, tratá-los, educá-los ou protegê-los.

Parágrafo único. Para os fins desta Lei, considera-se:

I - castigo físico: ação de natureza disciplinar ou punitiva aplicada com o uso da força física sobre a criança ou o adolescente que resulte em:

a) sofrimento físico; ou

b) lesão;

II - tratamento cruel ou degradante: conduta ou forma cruel de tratamento em relação à criança ou ao adolescente que:

a) humilhe; ou

b) ameace gravemente; ou

c) ridicularize.

Fica claro que a Lei tem por objetivo vedar as condutas que possam submeter à criança a tratamentos cruéis ou degradantes ou castigos físicos com o intuito de educar, corrigir, disciplinar ou sob qualquer outro pretexto. A Lei se encarrega de trazer os conceitos de castigo físico e tratamento cruel ou degradante, para que não haja confusão na aplicação prática.

Nota-se que tanto os pais, quanto os integrantes da família ampliada (tios, avós), os responsáveis pelos agentes públicos executores de medidas socioeducativas, e até mesmo qualquer pessoa encarregada de cuidar, tratar, educar ou proteger as crianças estão inseridas na Lei como possíveis ativos nas práticas vedadas. Tal disposição se trata de uma forma de proteger as crianças contra qualquer forma de abuso de autoridade que possa fazer com que passem por tratamentos humilhantes, ou que firam a sua integridade.

A criança, como sujeito de direitos, deve ser tratada de forma afetiva, compreensiva e moderada; deve-se evitar qualquer forma de agressão contra ela, seja verbal, seja física. O primeiro artigo da referida Lei define os tratamentos que possam de alguma forma fazer com que a criança sofra maus tratos, o que pode, futuramente, resultar em problemas psicológicos muitas vezes irreversíveis.

A cultura dos castigos físicos como forma de educação das crianças e dos adolescentes é muito antiga. É comum ouvirmos histórias de pais que usavam da autoridade e da força para corrigir seus filhos, criando um ambiente ditador em suas casas. Muitas pessoas afirmam que esse tipo de educação é correta e funciona. Porém, quando a correção dada as crianças passa dos limites, e resulta em agressão física, acaba se tornando verdadeiro ato de violência.

Nesse contexto, a violência doméstica é um tema de grande relevância e gravidade, pois desestrutura todo o conceito de dignidade da pessoa humana, visto que a convivência familiar deveria ser afetiva e respeitosa, pois a família é a base da sociedade.

De enorme gravidade é a violência doméstica cometida contra o menor, tendo em vista a sua fragilidade, e o fato de estar em desenvolvimento. Ainda mais grave é o fato dessa violência vir de seus genitores ou de pessoas que devam oferecer carinho e cuidado ao mesmo, o que pode acabar gerando consequências psicológicas graves em um curto espaço de tempo.

Os pais têm o direito e o dever de educar os seus filhos, porém devem estar atentos até aonde a forma que estão utilizando para educá-los está funcionando. Se o método utilizado acaba só por causar medo ou raiva na criança ou no adolescente, não está dando certo.

Vale citar o pensamento da psicóloga Cacilda Paranhos sobre o assunto:

Além da covardia que está presente no ato de bater em alguém mais fraco, a violência não é, definitivamente, um bom instrumento de disciplina. Ela perde o seu efeito a longo prazo e a criança, aos poucos, teme menos a agressão física. Com o tempo, a tendência dos pais é ainda bater mais, na busca dos efeitos que haviam conseguido anteriormente. O resultado desse aumento da violência pode trazer sequelas físicas e psicológicas permanentes para as crianças. Os filhos também vão se afastando gradualmente de seus pais, pois a agressão física, em vez de fazer a criança pensar no que fez, desperta-lhe a raiva contra aquele que a agrediu.” (PARANHOS, 2001)

É fundamental conscientizar os pais de que existem formas mais eficientes de educar os filhos do que aplicar castigos físicos, muitas vezes desumanos, excessivos e cruéis. As crianças e os adolescentes precisam receber uma atenção especial e crescer em um ambiente compreensivo, livre de violência e abusos físicos e morais, a fim de que se tornem, no futuro, cidadãos conscientes de que a violência não resolve problemas.

Ainda, a Lei n. 13.010 de 2014, dispõe que:

Art. 18-B. Os pais, os integrantes da família ampliada, os responsáveis, os agentes públicos executores de medidas socioeducativas ou qualquer pessoa encarregada de cuidar de crianças e de adolescentes, tratá-los, educá-los ou protegê-los que utilizarem castigo físico ou tratamento cruel ou degradante como formas de correção, disciplina, educação ou qualquer outro pretexto estarão sujeitos, sem prejuízo de outras sanções cabíveis, às seguintes medidas, que serão aplicadas de acordo com a gravidade do caso:

I - encaminhamento a programa oficial ou comunitário de proteção à família;

II - encaminhamento a tratamento psicológico ou psiquiátrico;

III - encaminhamento a cursos ou programas de orientação;

IV - obrigação de encaminhar a criança a tratamento especializado;

V - advertência.

Parágrafo único. As medidas previstas neste artigo serão aplicadas pelo Conselho Tutelar, sem prejuízo de outras providências legais.

Conforme dispõe o art. supracitado, aquele dentre os listados no caput, que cometerem os atos vedados pela referida Lei, estarão sujeitos à medidas de correção, aplicadas pelo

Conselho Tutelar. É importante que os pais que praticam violência contra seus filhos tenham acompanhamento especializado, pois por vezes o que os leva a ter essa atitude são problemas psicológicos, ou problemas na vida pessoal, como divórcio e desemprego.

O Conselho Tutelar, tem importante função para que as condutas vedadas pela Lei 13.010/14 sejam reprimidas. Para tanto, o ECA foi alterado em seu art. 13, com a seguinte redação:

Os 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, sem prejuízo de outras providências legais.

É importante que a criança e o adolescente em situação de risco ou vulnerabilidade também receba acompanhamento, pois qualquer tipo de trauma sofrido na infância ou adolescência pode gerar consequência maiores futuramente.

Convém destacar, conforme o Art. 70-A do ECA (alterado pela Lei. 13.010/14), que a União os Estados, o DF e os Municípios devem elaborar políticas públicas para evitar as condutas reprimidas pela Lei contra as crianças e os adolescentes, observando as ações previstas nos incisos do referido art., como promover campanhas educativas para divulgar o direito da criança e do adolescente de serem educados e cuidados sem uso de castigo físico ou tratamento cruel ou degradante e dos instrumentos de proteção aos direitos humanos (inciso I).

Além das alterações no ECA, a Lei n. 13.010/14 também alterou a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (Lei no 9.394, de 20 de dezembro de 1996), dispondo em seu art. 26, §9:

Conteúdos relativos aos direitos humanos e à prevenção de todas as formas de violência contra a criança e o adolescente serão incluídos, como temas transversais, nos currículos escolares de que trata o caput deste artigo, tendo como diretriz a Lei no 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), observada a produção e distribuição de material didático adequado.
(NR)

A atuação da escola é muito importante nesse sentido, pois a mesma participa ativamente da educação da criança e do adolescente, portanto deve conscientizar as crianças e os adolescentes de seus direitos, sempre com o objetivo de prevenir os maus tratos aos mesmos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Restou evidente que o tema que envolve a educação em um contexto mais amplo, não se limitando aos espaços escolares, é um assunto de ampla discussão e perpassa pela legislação vigente, desde a Carta Magna de 1988 até as leis mais específicas sobre o assunto, como é o caso do Estatuto da Criança e do Adolescente e da “Lei da Palmada”.

Diversas foram as formas culturalmente aceitas de se educar crianças e adolescentes pelo mundo afora e no Brasil. Muitas atrocidades já foram cometidas em nome de um ideal de educação que acreditava-se ser o correto. O fato é que da passagem do século XX para o XXI, aqueles grupos que muitas vezes eram silenciados e não portavam direito algum, hoje possuem visibilidade e lugar garantido na legislação estatal.

O Estado, em uma República Democrática de Direito, no qual o Brasil se insere, tem papel fundamental de garantidor no que tange aos direitos mais básicos que todos os cidadãos devem ter assegurados. A violação à tais direitos ainda é costumeira e culturalmente corriqueira em muitos casos, mas é fato que a luta em prol da manutenção e fortalecimento dos mesmos vêm crescendo a cada dia.

As crianças e adolescentes nesse contexto, constituem uma grande parcela da população que muitas vezes encontram-se desamparadas econômica e afetivamente daqueles que deveriam lhes dar o suporte mínimo para uma sobrevivência com dignidade. É fundamental proteger a infância e a juventude, para construir uma população adulta mais saudável e responsável, comprometida com o todo e não focada no individualismo.

Os embates acerca da Lei da Palmada, dos limites de punição que os pais e responsáveis têm para com a educação das crianças e adolescentes não se findou. Diferentes posicionamentos existem, baseados em fatos e casos práticos que sustentam com exemplos, ambas as posições.

No entanto, é fundamental compreender que, o respeito ao ser humano, à sua integridade física, psíquica e moral, deve ser sempre preservada, independente da idade de cada pessoa, para se fazer jus aquilo que se considera como uma evolução da sociedade e não regredir à idade primitiva.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil: texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988. 51. Ed. – Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2017.

BRASIL. Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) – Lei nº 8.069/1990. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm Acesso em: 02 de setembro de 2018.

BRASIL. Lei nº 13.010/2014. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2014/Lei/L13010.htm Acesso em: 01 de setembro de 2018.

CALISSI, Luciana; GODOY, Rosa Maria. **O ECA nas Escolas: Perspectivas Interdisciplinares.** –

João Pessoa: Editora Universitária da UFPB, 2013

COSTA, Jessica; MENDONÇA, Maria Fernanda Aidar. **As novas diretrizes trazidas pela Lei n. 13.010 de 26 de junho de 2014**. Disponível em <<http://www.migalhas.com.br/arquivos/2015/6/art20150602-08.pdf>>. Acesso em 07 de setembro de 2018.

PARANHOS, Cacilda. **Palmada fora-da-lei**. Superinteressante. Fevereiro de 2001. Disponível em: <<http://super.abril.com.br/cotidiano/palmada-fora-da-lei-441964.shtml>>. Acesso em 07 de setembro de 2018. .

PELLEGRINI, Jaqueline Siqueira; PAIVA, Letícia Maffini de; FELTRIN, Lohana Pinheiro; FEVERSANI, Marina Somavilla. **Lei da Palmada**: Reflexões e Implicações Psicojurídicas. In: Revista Eletrônica do Curso de Direito UFSM. v. 8. n. 1, 2013. pp. 184-203.

O RECONHECIMENTO DOS DIREITOS INDÍGENAS NUMA SOCIEDADE MULTICULTURAL: UMA ANÁLISE DO SISTEMA DE JUSTIÇA DA BOLÍVIA

Aleteia Hummes Thaines

Marcelino da Silva Meleu

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa tem por finalidade analisar a efetivação dos Direitos Humanos em uma sociedade multiculturais a partir do reconhecimento dos Direitos Indígenas, de modo especial, após a promulgação da Constituição da Bolívia em 2009. No intuito de se verificar uma resposta ao tema proposto – analisar a efetivação dos Direitos Humanos em comunidades multiétnicas – formulou-se o seguinte problema de pesquisa: “É possível a efetivação universalizada dos Direitos Humanos nas sociedades multiculturais?”

Nesse sentido, tem-se como hipótese a reconfiguração da cultura jurídica latino-americana, especialmente a partir da implementação do Tribunal Indígena, uma vez que a sociedade latino-americana faz surgir um Novo Constitucionalismo Latino-Americano¹, o que põe em xeque conceitos das teorias clássicas, como: a divisão do Direito em Direito Público e Direito Privado; o de poder constituinte; os direitos fundamentais, entre outros. Esse movimento apresenta em comum, a introdução, naquelas sociedades, do conceito de diversidade cultural e reconhecimento de direitos indígenas específicos, incorporando um largo catálogo de direitos indígenas, afro e de outros coletivos, refletido pela Convenção n. 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT)², no contexto da aprovação da Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas. Tal cenário propõe a “refundação do Estado”, com reconhecimento explícito das raízes milenares dos povos e a efetivação dos Direitos Humanos.

¹ “A trajetória de [re]apropriação histórico-cultural das populações indígenas na América Latina provocou uma onda de constitucionalização de direitos e liberdades fundamentais orientadas agora por uma leitura moral do Direito, voltada para o reconhecimento do outro, acomodando a diversidade etnicorracial e a pluralidade de culturas no discurso do multiculturalismo”. (Nascimento, 2018).

² “A Convenção n° 169, sobre povos indígenas e tribais, adotada na 76ª Conferência Internacional do Trabalho em 1989, revê a Convenção n° 107. Ela constitui o primeiro instrumento internacional vinculante que trata especificamente dos direitos dos povos indígenas e tribais. A Convenção aplica-se a povos em países independentes que são considerados indígenas pelo fato de seus habitantes descenderem de povos da mesma região geográfica que viviam no país na época da conquista ou no período da colonização e de conservarem suas próprias instituições sociais, econômicas, culturais e políticas. Aplica-se, também, a povos tribais cujas condições sociais, culturais e econômicas os distinguem de outros segmentos da população nacional.” (Organização Internacional do Trabalho, 2011).

Esse estudo se justifica pela necessidade de implementação de ações sociais dirigidas às minorias dentro das sociedades multiculturais, como por exemplo, as comunidades indígenas, de modo a responder, juridicamente, os anseios desta parcela da sociedade comumente esquecida pelos sistemas políticos e jurídicos, levando à diversas disputas, principalmente no que tange ao seu direito de autodeterminação e autonomia, visando sempre a tutela dos Direitos Humanos.

Além disso, este trabalho tem por objetivo geral, discutir a possibilidade de efetivação universalizada dos Direitos Humanos nas sociedades multiculturais, utilizando-se, como exemplo, o reconhecimento dos direitos indígenas na Constituição boliviana de 2009. E, por objetivos específicos: a) estudar as diversas concepções de multiculturalismo; b) analisar a fundamentação dos Direitos Humanos e a discussão sobre a sua universalidade; c) pesquisar as concepções universalistas e relativistas acerca dos Direitos Humanos; d) demonstrar a evolução do reconhecimento dos Direitos Indígenas no Direito Internacional; e, e) analisar o novo sistema de justiça boliviano voltado à efetivação dos Direitos Indígenas.

O aprofundamento teórico do estudo pauta-se na pesquisa bibliográfica, consubstanciada nas leituras de diversas obras, apoiando-se em um método dedutivo.

Este capítulo está estruturado em três partes: na primeira parte será discutido os Direitos Humanos numa sociedade multicultural; na segunda, discorrer-se-á sobre o reconhecimento dos Direitos Indígenas no Direito Internacional, e, num terceiro momento, se analisará o novo sistema de justiça da Bolívia voltado à efetivação dos Direitos Indígenas daquela sociedade.

Primeiramente, será discutido os Direitos Humanos numa sociedade multicultural, onde abordar-se-á as diversas concepções de multiculturalismo. Além disso, tratar-se-á dos fundamentos dos Direitos Humanos, a partir de uma concepção kantiana e a discussão sobre a sua universalidade, trazendo à baila as correntes que discutem sobre o universalismo e o relativismo cultural voltado aos Direitos Humanos.

Posteriormente, analisar-se-á o reconhecimento dos Direitos Indígenas no âmbito do Direito Internacional. Analisando a evolução desse reconhecimento a partir da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, da Convenção n. 107 e 169 da Organização Internacional do Trabalho, bem como da Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas.

Por derradeiro, discutir-se-á as inovações trazidas para o sistema de justiça boliviano com

a promulgação da Constituição de 2009, no que tange a efetivação dos Direitos Indígenas, e, por via de consequência, a efetivação dos Direitos Humanos. Nesse aspecto, analisar-se-á, como exemplo, o Tribunal indígena da Bolívia e suas peculiaridades.

1. OS DIREITOS HUMANOS NUMA SOCIEDADE MULTICULTURAL

Para analisar os Direitos Humanos numa sociedade multicultural, faz-se necessário abordar os diversos conceitos de multiculturalismo, bem como a fundamentação desses Direitos Humanos e o embate travado entre a sua universalidade.

1.1 Multiculturalismo

A discussão da temática do multiculturalismo passa pela ideia de diferença, sendo que esta ideia muitas vezes é utilizada como resposta para se lidar com as diferenças culturais, presentes em nossa sociedade. Vive-se num mundo heterogêneo que possui uma grande diversidade cultural, uma vez que a maioria dos países são multiétnicos. Essas diversidades culturais se intensificaram devido ao processo de globalização. Oliveira Junior (2006) relata que um dos mais importantes pesquisadores sobre a tolerância, Michael Walzer, já apontava para a existência, desde a antiguidade, de sociedades plurais. Em seus estudos ele demonstrou o crescente desenvolvimento dos movimentos multiculturais que tentam chamar a atenção para a necessidade de cuidado com as diferenças para que estas não ocasionem ódio entre as culturas.

Por esse motivo, Cortina (2005) analisa o termo “multiculturalismo” e ressalta que o mesmo foi utilizado, pela primeira vez, na década de 1970, no Canadá, visando políticas de identidade nacional, denominadas de polietnicidade. Contudo, nos dias de hoje, esse conceito pode ter inúmeros contornos, muitas vezes distintos do significado original utilizado no Canadá.

Visando demonstrar as múltiplas faces da conceituação do termo “multiculturalismo” e seus significados, traz-se à baila o entendimento de McLaren (1997), que ressalta a existência de quatro formas de multiculturalismo: a) o multiculturalismo conservador, que encontra-se presente no discurso sobre a supremacia branca, buscando inferiorizar o povo africano; b) o multiculturalismo humanista liberal, que parte da premissa que todos os seres humanos são iguais intelectualmente, concordando que todos busquem os mesmos objetivos na sociedade capitalista, visto “[...] que as restrições econômicas e socioculturais existentes podem ser modificadas e reformadas com o objetivo de alcançar uma igualdade relativa[...]” (McLaren,

1997, p. 119); c) o multiculturalismo liberal de esquerda, que enfatiza que a igualdade das raças reprime as diferenças culturais importantes, por esse motivo, deve-se lutar pelas diferenças culturais; e, d) o multiculturalismo crítico, que compreende as transformações sociais, institucionais e culturais a partir da representação de seus significados.

Para Santos, esse conceito é controverso e cercado por tensões, ensejando algumas críticas, pois, na sua concepção trata-se de “[...] um conceito eurocêntrico, criado para descrever a diversidade cultural no quadro dos Estados-nação do hemisfério norte [...]” (2010, p.30). Porém, tal conceituação, no hemisfério sul “[...] é associado à retórica e à agenda política dos Estados, muitas vezes com o objetivo ou o resultado de consagrar formas opressivas e excludentes de ‘comunitarismo’, por vezes associado a fundamentalismos religiosos (como na Índia).” (Santos, 2010, p. 30). O autor alerta ainda que, apesar dos inúmeros significados para “multiculturalismo” nem todos possuem sentido emancipatório.

Nesse sentido, ele entende que o multiculturalismo deva ser um projeto político emancipatório, a fim de articular “[...] as exigências do reconhecimento e da distribuição, de uma igualdade que reconheça as diferenças e de uma diferença que não produza, alimente ou reproduza desigualdades.” (Santos, 2010, p. 43). Entretanto, para que isso ocorra, é essencial assumir a defesa das diferenças culturais, visando promover o acesso à direitos, pois, ela pode

[...] tomar a forma de defesa e promoção de quadros normativos alternativos, locais ou tradicionais, de formas locais e comunais de resolução de conflitos ou de exigência de integração plena, como cidadãos, no espaço do Estado-nação e de acesso, sem discriminação, à justiça oficial, estatal. Ganha sentido mais preciso, assim, a ideia da ‘cidadania multicultural’ como espaço privilegiado de luta pela articulação e potencialização mútuas do reconhecimento e da redistribuição. (Santos, 2010, p. 43).

A partir dessas defesas e no que tange a temática dos Direitos Humanos, Santos volta a salienta que o multiculturalismo é “[...] pré-condição de uma relação equilibrada e mutuamente potenciadora entre a competência global e a legitimidade local que constituem os dois atributos de uma política contra-hegemônica de direitos humanos no nosso tempo.” (1997, p. 112). Propondo, assim, uma concepção multicultural de Direitos Humanos. Ademais, o autor, também adentra na discussão a respeito da universalidade ou relatividade dos Direitos Humanos, tema esse que será tratado a seguir.

1.2 A fundamentação dos Direitos Humanos e a discussão sobre a sua universalidade

A utilização do termo “Direitos Humanos” retrata a ideia de um “[...] direito cosmopolita da tradição iluminista, tendo sido utilizada com diferentes conotações políticas e jurídicas.”

(Barreto, 2013, p. 246). Já, na contemporaneidade, observa-se a tentativa de se caracterizar os Direitos Humanos Fundamentais, como uma “norma mínima” que pode ser aplicada à todos os Estados, desde que esses Estados incorporem esses direitos em seu ordenamento interno, a fim de poder integrar a comunidade internacional. (Barreto, 2013). Nesse aspecto, Barreto ressalta a importância do pensamento de John Rawls, uma vez que os Direitos Humanos devem se expressar por meio de “normas jurídicas e políticas [...], compromissos nacionais com valores, destinados a estabelecer uma ordem internacional politicamente justa.” (2013, p. 247).

O autor também explica que, ao se estudar a teoria dos Direitos Humanos deve-se analisar tal teoria sob dois aspectos. “[...] em primeiro lugar, à teoria jurídica dessa categoria de direitos que analisa o conjunto de tratados, convenções e legislações internacionais e nacionais garantidores dos direitos fundamentais da pessoa humana.” (Barreto, 2004, p. 280). Em segundo lugar, a análise desses Direitos Humanos sob uma perspectiva multicultural.

Silveira (2017) menciona que os Direitos Humanos se consolidaram no século XVIII fundado no jusnaturalismo, sendo seu conteúdo anterior ao Estado e ao Direito, pois era inerente ao ser humano. Entretanto, sua proteção ganhou ênfase, somente, no século XX, após a Segunda Guerra Mundial, como resposta da comunidade internacional às grandes atrocidades e graves violações cometidas naquela guerra. Nesse momento histórico, ocorreu um grande debate entre diversos Estados visando buscar mecanismos capazes de garantir e proteger a dignidade da pessoa humana.

Muitos autores contemporâneos se utilizam do conceito de dignidade humana como fundamento universal dos Direitos Humanos. (Silveira, 2017). No que tange a essa temática, Kant (1964), em sua obra “Fundamentos da Metafísica dos Costumes” propõe um significado para a dignidade humana a partir de uma autonomia ética do ser humano, isto é, a capacidade de determinar a si mesmo ou de agir conforme certas leis.

Para Kant, a “*Autonomia* é pois o fundamento da dignidade da natureza humana e de toda a natureza racional[...].” (1964, p. 79, grifo do autor). Na visão kantiana, quando este trata do reino dos fins, tudo tem um preço ou uma dignidade, pois “Quando uma coisa tem um preço, pode-se pôr em vez dela qualquer outra como equivalente; mas quando uma coisa está acima de todo o preço, e, portanto, não permite equivalente, então tem ela dignidade.” (Kant, 1964, p. 77). Nesse sentido, consta-se que a dignidade é algo singular da pessoa humana, ou seja, as coisas possuem preço, as pessoas dignidade. Assim, a partir dessa concepção, pode-se formular outro enunciado do imperativo categórico:

[...] o homem não é uma coisa; não é portanto um objecto que possa ser utilizado simplesmente como um meio, mas pelo contrário deve ser considerado sempre em todas as suas acções como fim em si mesmo. Portanto não posso dispor do homem na minha pessoa para o mutilar, o degradar ou matar. (Kant, 1964, p. 70).

Por esse motivo, esse princípio do ser humano e de toda natureza racional como fim em si mesmo “[...] é a condição suprema que limita a liberdade das acções de cada homem.” (Kant, 1964, p. 71-72). Assim, se observa que a teoria dos Direitos Humanos teve sua primeira formulação nos textos de Kant. (Barreto, 2013, p. 258).

Barreto argumenta que a dignidade da pessoa humana é “[...] o cerne dos direitos humanos, pois é por meio deles que serão asseguradas as múltiplas dimensões da vida humana, todas asseguradoras da realização integral da pessoa.” (2013, p. 260). Nesse contexto, pode-se conceber a existência de uma dignidade comum a todos os seres humanos, o que de certa forma justificaria a universalização dos Direitos Humanos. Entretanto, tal justificativa não é tão simples assim, uma vez que, “O debate sobre os impasses encontrados na relação do multiculturalismo com os direitos humanos têm a ver, principalmente, com a questão da sua universalidade”. (Barreto, 2013, p. 241).

Além da questão da fundamentação dos Direitos Humanos, existem também outras zonas de tensão e controvérsias a respeito da legitimação destes que estão, de uma forma ou outra, atreladas a temática do multiculturalismo. Uma delas diz respeito ao embate entre as teorias de cunho universalistas e relativista, pois hoje se questiona se os Direitos Humanos podem ser reconhecidos de maneira universal tendo em vista a diversidade cultural ou se eles devem ser relativizados competindo ao Estado a sua garantia.

1.3 As correntes sobre universalismo e relativismo cultural acerca dos Direitos Humanos

Barreto (2013) acredita que a contextualização dos Direitos Humanos numa sociedade multicultural passa pelo debate sobre universalismo e relativismo cultural. Para Silveira (2017), as teorias relativistas não admitem a existência de normas universais, uma vez que, culturalmente, tudo é relativo. Pois, para a autora, cada sociedade possui uma cultura própria que determina seus valores, suas práticas sociais e suas normas.

Nesse sentido, Barreto (2013), ao abordar a questão, ressalta que o multiculturalismo representaria para o relativismo a comprovação da impossibilidade de se estabelecer padrões universais. Contudo, tal corrente possui uma visão redutora desse multiculturalismo encontrado

na humanidade. Para o autor, “a ideia central do relativismo consiste em afirmar que nada pode atender ao bem-estar do todo o ser humano, isto porque, os seres humanos, no entendimento relativista, não são semelhantes em nenhum aspecto que comporte generalizações.” (Barreto, 2013, p. 243-244).

Dessa forma, os relativistas se agarram ao princípio da tolerância, onde não se admite a intervenção nas crenças, hábitos e costumes de determinados grupos, respeitando sempre a sua cultura. Nesse contexto, ninguém estaria autorizado a impor seus valores à outras comunidades³, pois o cerne da questão é reconhecer as diferenças. A

[...] tolerância não é simplesmente a maneira como se evita os antagonismos. É mais que isso. Somos obrigados a ser tolerantes. O relativismo de Walzer abre espaço, portanto, para um princípio universal fundamental: a obrigatoriedade do reconhecimento da diferença. [...] a intolerância é incompatível com a moral porque viola aquilo que confere a humanidade ao indivíduo: sua identidade cultural. A tolerância, portanto, não é fruto da indiferença ou do ceticismo moral. Walzer ainda revela o seu compromisso com a dimensão moral da tolerância ao recusar o uso da coerção sobre grupos minoritários, afirmando que ela ‘não é moralmente aceitável, nem politicamente eficaz’. (Walzer *apud* Citadino, 1999, p. 78).

Entretanto, Piacentini, contrapõe tal afirmação enfatizando que essa argumentação é uma armadilha da corrente relativista pois, “[...] se afirmarmos a igualdade de direitos de todas as culturas, estaremos incluindo aí aquelas culturas que não admitem que todas têm iguais direitos”. (2007, p. 45-46). Nesse sentido, essa tolerância incondicional englobaria as culturas intolerantes que cometem atos ofensivos a dignidade da pessoa humana.

Por outro lado, a corrente universalista sustenta que todos os seres humanos, independentemente de sua identidade cultural, preservam a noção de Direitos Humanos, pois todos são dignos de respeito e consideração. Barreto, afirma que “[...] o sentimento de afeição, a necessidade de cooperação, encontrada em todas as culturas, a identificação do status do indivíduo na comunidade e a ajuda para quem se encontra em necessidade são exemplos de que existem características comuns do ser humano, que ultrapassam os limites das fronteiras culturais”. (2013, p. 244-245). Isso demonstra que as diferenças culturais não são obstáculos para a universalização dos Direitos Humanos, uma vez que, “[...] a aproximação de valores de outras culturas, que não a cultura ocidental, com valores expressos nos direitos humanos demonstra que os mesmos podem ser universalizáveis, desde que respeitadas às especificidades de cada cultura.” (Culeton; Bragato; Fajardo, 2009, p. 241).

Porém, na concepção de Freeman (2001) a universalidade também possui suas

³ Imposição essa questionada, hoje em dia, pela tentativa de imposição da cultura ocidental no oriente.

armadilhas, pois essa universalização poderia acarretar um imperialismo cultural, uma vez que se procura impor a cultura ocidental a outros povos. Mas, de qualquer maneira, é temerário assumir qualquer uma das correntes de maneira isolada, pois “[...] a primeira porque quando se diz que ‘tudo é relativo’ está fazendo uma afirmação absoluta. A segunda porque, ao querer tornar universais de uma cultura iguais para todos, acaba marginalizando a diversidade cultural.” (Piacentini, 2007, p. 47).

Santos (1997), por sua vez, procura superar esse debate, entendendo que esse embate resta prejudicado para uma concepção emancipatória de Direitos Humanos. Para ele, “Todas as culturas são relativas, mas o relativismo cultural enquanto atitude filosófica é incorreto. Todas as culturas aspiram a preocupações e valores universais, mas o universalismo cultural, enquanto atitude filosófica, é incorreto.” (Santos, 1997, p. 113-114). Nesse sentido, o autor propõe uma metodologia que estabeleça o diálogo intercultural, visando colocar os Direitos Humanos a serviço de uma política progressista e emancipatória. Tal política passa, também, pelo reconhecimento dos direitos das minorias, ou seja, dos direitos indígenas, tema central do presente trabalho.

2. O RECONHECIMENTO DOS DIREITOS INDÍGENAS NO DIREITO INTERNACIONAL

As questões referentes ao reconhecimento das sociedades multiculturais na América Latina, especialmente no que tange aos direitos dos povos indígenas, vem ganhando relevância a partir de alguns fatores que estão, diretamente, interligados. Primeiro, o desenvolvimento e reconhecimento pelo Direito Internacional dos Direitos dos Povos Indígenas e Tribais como parte específica dos Direitos Humanos. Segundo, a emergência dos movimentos indigenistas reivindicando, em âmbito nacional e internacional, o reconhecimento de seus direitos. E, por último, os recentes processos que levaram as reformas constitucionais em diversos países latino-americanos, reconhecendo sua diversidade cultural (Sieder, 2002), em especial, a Constituição boliviana de 2009.

Para Urquidi, Teixeira e Lana (2008), o reconhecimento dos Direitos Indígenas pelo Direito Internacional ocorreu ao longo do século XX, num processo que teve por objetivo superar a ênfase individualista dos Direitos Humanos a partir da Declaração Universal de 1948, apesar da Declaração reconhecer, também, direitos coletivos, como: direitos sociais, econômicos e culturais. Para as autoras, as primeiras ações que ocorreram na América Latina remontaram ao 1º Congresso Indigenista Internacional de Pátzcuaro, realizado no México, em 1940, tais ações

tinham por objetivo analisar as legislações indigenistas, visando comparar seus princípios jurídicos entre os países membros.

Posteriormente, em 1957, a Organização Internacional do Trabalho (OIT), com o mesmo espírito integracionista, aprovou, mediante o Convênio n. 107, de 05 de junho de 1957, a proteção e integração das populações indígenas e outras populações tribais e semitribais de países independentes. As proposições desse Convênio são de caráter obrigatório aos países signatários e tem por objetivo orientar as ações governamentais em matéria indigenista. Além disso, o Convênio se justifica devido aos diversos países possuírem populações indígenas e tribais que não estão inteiramente integradas a comunidade nacional, sendo “[...] que sua situação social, econômica e cultural lhes impede de se beneficiar plenamente dos direitos e vantagens de que gozam os outros elementos da população.” (Organização Internacional do Trabalho, 1957).

Nesse contexto, a Convenção propõe ações dos governos para pôr em prática a proteção dessas populações, permitindo que essas comunidades sejam integradas à comunidade nacional, com a exclusão de toda medida destinada à assimilação artificial dessas populações. A partir da promoção desses direitos, as populações indígenas e tribais vêm buscando os seus direitos de autodeterminação com relação aos Estados.

Em 1989, na 76ª Conferência Internacional do Trabalho, a Organização Internacional do Trabalho revê a Convenção n. 107, considerada, por muitos, obsoleta e institui a Convenção n. 169 (Organização Internacional do Trabalho, 2011), em substituição do primeiro instrumento internacional vinculante que trata especificamente dos direitos dos povos indígenas e tribais (Convenção n. 107).

A Convenção n. 169, é considerada, hoje, um dos mais avançados e importantes instrumentos de vinculação obrigatória que trata da proteção dos Direitos Indígenas. Pois, reconhece a auto identidade indígena, e dispõe que “[...] nenhum Estado ou grupo social tem o direito de negar a identidade a um povo indígena ou tribal que como tal ele próprio se reconheça.” (Organização Internacional do Trabalho, 2011). Tal reconhecimento é considerado uma inovação, pois garante aos povos indígenas o direito de definir suas prioridades em relação ao seu desenvolvimento, respeitando suas identidades, crenças e a própria terra que ocupam. A presente Convenção dedica especial atenção à relação dos povos indígenas e tribais com a terra que habitam, reconhecendo, sob esse enfoque, os direitos de propriedade e posse, inclusive sobre os territórios que não são ocupados exclusivamente por eles, mas que tenham,

tradicionalmente, tido acesso para suas atividades e subsistência (Organização Internacional do Trabalho, 2011), garantindo assim, o direito imemorial.

Este Convênio também inova, quando garante aos povos nômades ou itinerantes o reconhecimento de seus direitos, assegurando assim, o pleno exercício dos Direitos Humanos e liberdades fundamentais. (Organização Internacional do Trabalho, 2011). Além disso, essa Convenção introduz o princípio da autodeterminação de uma forma específica no sentido do rumo da vida das comunidades; entretanto, não aceitam o direito à autodeterminação dos povos no sentido do Direito Internacional. (Urquidi; Teixeira; Lana, 2008).

A Convenção n. 169 serviu de fundamento para a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas, assinada em 13 de setembro de 2007. (Organização das Nações Unidas, 2007). Essa Declaração estabelece a igualdade entre os povos indígenas e os demais povos, ao mesmo tempo em que promove o direito à diferença, considerando-os diferente e a serem respeitados como tais. Ela também considera que, no exercício dos seus direitos, os povos indígenas devem ser livres de toda a forma de discriminação, uma vez que, sofreram injustiças históricas, em decorrência da colonização e da subtração de suas terras, e recursos, tem o direito ao seu desenvolvimento negado pelos colonizadores. (Organização das Nações Unidas, 2007).

A presente Declaração reconhece, que a população indígena tem direito, sem discriminação, a todos os Direitos Humanos reconhecidos no Direito Internacional, bem como, que essas comunidades possuem direitos coletivos indispensáveis à sua existência e ao seu desenvolvimento. Além disso, o instrumento assume, expressamente, que os povos indígenas possuem direito à sua autodeterminação, a sua autonomia e ao autogoverno nas questões relacionadas a seus assuntos internos e locais (Organização das Nações Unidas, 2007), não devendo sofrer interferência de nenhum organismo, seja ele estatal ou não. Tal dispositivo gerou grande polêmica, levando os países como: Estados Unidos, Canadá, Austrália e Nova Zelândia a votarem contra a Declaração. Uma das alegações do governo australiano era que o reconhecimento do direito à autodeterminação poderia ensejar movimentos separatistas, contudo, hoje, a Austrália já superou essa ressalva inicial.

A Declaração das Nações Unidas sobre o Direito dos Povos Indígenas é considerado um dos instrumentos mais avançados de proteção e reconhecimento aos direitos dessas comunidades, pois, de certa forma, atribui-lhes uma certa “soberania” para gerir seu território, seu desenvolvimento e sua sociedade, não conforme o direito tradicional, mas de acordo com as regras tradicionais daquele povo. Observa-se que esses instrumentos de proteção

internacionais buscam efetivar os Direitos Humanos para as comunidades indígenas e tribais, comunidades essas que a muito tempo sofrem com a discriminação e com a imposição de uma “cultura branca”. Assim, tanto a Convenção n. 169 da OIT, como a Declaração das Nações Unidas sobre o Direito dos Povos Indígenas influenciaram alguns países da América Latina na reformulação de suas constituições, a fim de garantir os Direitos Indígenas, influência essa bastante presente na Constituição da Bolívia de 2009.

3. O NOVO SISTEMA DE JUSTIÇA DA BOLÍVIA VOLTADO A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS INDÍGENAS

Há décadas a Bolívia tinha como projeto integrar os indígenas à sociedade nacional, contudo, inúmeros problemas surgiram e várias dessas políticas indigenistas foram frustradas (Dan; Maciel, 2015). A promulgação da Constituição Boliviana se deu, após intenso e extenso processo constituinte, a qual teve a participação de diversos setores políticos e sociais, incluindo representantes de 16 nacionalidades indígenas, que contrapôs governo e oposição, o que resultou na ratificação de um novo Texto Constitucional, o qual foi aprovado em referendo popular no mês de janeiro de 2009.

A referida Constituição é a mais avançada, em termos de incorporação da temática indígena, sendo considerada uma inovação no que tange as novas figuras de autonomia dos povos indígenas. O artigo 2º do referido ordenamento disciplina que, em virtude da existência pré-colonial das nações e povos indígenas originários campesinos e sua dominação ancestral sobre seus territórios, é garantido à eles a livre determinação que consiste em seu direito a autonomia, ao autogoverno, a sua cultura e ao reconhecimento de suas instituições e a consolidação de sua identidade territorial.

A Carta Magna boliviana de 2009 se apresenta como um marco ao Constitucionalismo latino-americano e, desde seu preâmbulo⁴, deixa clara a ruptura com a forma de Estado vigente

⁴ **Preâmbulo da Constituição da Bolívia de 2009.** Em tiempos inmemoriales se erigieron montañas, se desplazaron ríos, se formaron lagos. Nuestra amazonia, nuestro chaco, nuestro altiplano y nuestros llanos y valles se cubrieron de verdes y flores. Poblamos esta sagrada Madre Tierra con rostros diferentes, y comprendimos desde entonces la pluralidad vigente de todas las cosas y nuestra diversidad como seres y culturas. Así conformamos nuestros pueblos, y jamás comprendimos el racismo hasta que lo sufrimos desde los funestos tiempos de la colonia. El pueblo boliviano, de composición plural, dede la profundidad de la historia, inspirado em las luchas del pasado, em la sublevación indígena anticolonial, em la independencia, em las luchas populares de liberación, em las marchas indígenas, sociales y sindicales, em las guerras del agua y de octubre, em las luchas por la tierra y territorio, y con la memoria de nuestros mártires, construimos un nuevo Estado. Un Estado basado em el respeto e igualdad entre todos, con principios de soberanía, dignidad, complementariedad, solidaridad, armonía y equidad em la distribución del producto social, donde predomine la búsqueda del vivir bien; con respeto a la pluralidad económica, social, jurídica, política y cultural de los habitantes de esta tierra; em convivencia colectiva con acceso al agua, trabajo, educación, salud y vivienda para todos. Dejamos em el pasado el Estado colonial, republicano y neoliberal. Asumimos

até então, seja colonial, republicano ou neoliberal e funda um Direito plurinacional, uma vez que constitucionaliza o pluralismo étnico e cultural, “[...] assim como sua aplicabilidade no sentido de promover o desenvolvimento econômico e social reestabelecendo a nível jurídico o vínculo entre a mãe terra/natureza com as comunidades humanas.” (Dan; Maciel, 2015). Nesse viés, “[...] o Estado Plurinacional seria a síntese maior de cada identidade que o compõe fundado na pluralidade cultural, jurídica e política” (Dan; Maciel, 2015), pois “[...] a Bolívia, ao reconhecer-se enquanto Estado pluri-étnico e multicultural pôs fim a ficção de Estado enquanto uma única nação.” (Dan; Maciel, 2015).

Além disso, esse novo ordenamento proporcionou uma radicalização democrática da própria estrutura da justiça constitucional, com a previsão de eleições diretas por voto popular para os seus membros, os quais terão um mandato e não serão vitalícios. O Tribunal também, passaria a ser plurinacional, pois teria membros eleitos pelo sistema eleitoral ordinário e pelo sistema indígena, uma vez que, o novo Texto Constitucional considera que a soberania se encontra no povo boliviano e se exerce de forma direta e delegada, emanando dela as funções e atribuições dos órgãos do poder público. Tal soberania entende ser inalienável e imprescritível. (Bolívia, 2009).

Esse novo contexto prevê o surgimento de um Estado Unitário Social de Direito Plurinacional Comunitário, que se pretende consolidar por meio da inserção de uma educação democrática, participativa, comunitária e descolonizadora (art. 78, I), entre outras, sendo intercultural e intracultural em todo o sistema educativo (art. 78, II; 91, II, em relação ao Ensino Superior), fomentando o diálogo intercultural, a igualdade de gênero, a não violência e a vigência de Direitos Humanos (art. 79). A erradicação do analfabetismo deve respeitar a realidade cultural e linguística da população (art. 84), e é garantida a liberdade de fé, de consciência, de ensino da religião, “assim como a espiritualidade das nações e povos indígenas campesino originários.” (art. 86). Os saberes, conhecimentos, valores, espiritualidades e cosmovisões tradicionais são reconhecidos como patrimônio nacional (arts. 98, II e 100, I), inclusive com registro de propriedade intelectual (art. 100. II c/c 99, II). (Bolívia, 2009).

el reto histórico de construir colectivamente el Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario, que integra y articula los propósitos de avanzar hacia una Bolívia democrática, productiva, portadora e inspiradora de la paz, comprometida con el desarrollo integral y con la libre determinación de los pueblos. Nosotros, mujeres y hombres, a través de la Asamblea Constituyente y con el poder originario del pueblo, manifestamos nuestro compromiso con la unidad e integridad del país. Cumpliendo el mandato de nuestros pueblos, con la fortaleza de nuestra Pachamama y gracias a Dios, refundamos Bolivia. Honor y gloria a los mártires de la gesta constituyente y liberadora, que han hecho posible esta nueva historia. (Bolívia, 2009).

A nova Constituição boliviana representa um novo "[...] pacto político que expressa a pluralidade, ela materializa uma forma de poder que se legitima pela convivência e coexistência de concepções divergentes, diversas e participativas [...]" (Wolkmer, 2013, p. 19) e, que se propõe a um pluralismo, o qual, para de fato se caracterizar, deve englobar "[...] fenômenos espaciais e temporais com múltiplos campos de produção e de aplicação, os quais compreendem, além dos aportes filosóficos, sociológicos, políticos ou culturais, uma formulação teórica e prática de pluralidade no direito." (Wolkmer, 2013, p. 21).

E, nesse contexto, a Carta da Bolívia, ao pretender que a interculturalidade faça parte do sistema político-jurídico do país, propõe a jurisdição indígena como um direito inviolável e universal.

3.1 O Tribunal Indígena e suas peculiaridades

O novo Texto Constitucional da Bolívia reconhece direitos às nações e povos indígenas originários e campesinos, considerando tal parcela como toda a coletividade humana que compartilha identidade cultural, idioma, tradição histórica, instituições, territorialidade e cosmovisão, e, cuja existência é anterior à invasão colonial espanhola (art. 30, I) ao pretender que a interculturalidade faça parte do sistema político-jurídico do país, propondo a jurisdição indígena como um direito inviolável e universal.

Os inseridos nesta condição gozam de direitos como: a livre existência; o reconhecimento de sua identidade cultural, religiosa e espiritual, práticas e costumes; a livre determinação e a territorialidade; a proteção do Estado no que tange as suas instituições; a criação e administração de sistemas, meios e redes de comunicação próprios; a garantia de que seus saberes e conhecimentos tradicionais, sua medicina tradicional, seu idioma, seus rituais, seus símbolos e vestimentas serão valorizados, respeitados e promovidos; direito de viver em um meio ambiente sadio, com manejo e aproveitamento adequado do ecossistema; direito à propriedade intelectual coletiva de seus saberes, ciências e conhecimentos, assim como a sua valorização, uso, promoção e desenvolvimento; direito a uma educação intracultural, intercultural e plural em todo o sistema educativo; direito a um sistema de saúde universal e gratuito que respeite suas práticas tradicionais; direito ao exercício de seus sistemas políticos, jurídicos e econômicos de acordo com seus costumes; direito a ser consultados mediante procedimentos apropriados e em particular por meio de suas instituições, cada vez que se preveem medidas legislativas ou administrativas que afetem seu povo; respeito e garantia do direito a uma consulta prévia obrigatória, realizada pelo Estado, centrada na boa-fé e no respeito

a exploração dos recursos naturais não renováveis no território que habitam; direito a participação e aos benefícios da exploração dos recursos naturais de seus territórios; direito à gestão autônoma do uso e aproveitamento exclusivo dos recursos naturais renováveis existente em seu território, sem prejuízo aos direitos legitimamente adquiridos por terceiros; e, direito a participação nos órgãos e instituições do Estado (art. 30,II).

Diante deste rol de direitos, se observa que as instituições indígenas passam a integrar a estrutura estatal (art. 30, II, 5), e tais sujeitos passam a exercer seus sistemas políticos, jurídicos e econômicos de acordo com sua cosmovisão (art. 30, II, 14), com plena participação nos órgãos e instituições daquele Estado.

A participação cidadã em um sistema de justiça que prima pela independência, imparcialidade, segurança jurídica, publicidade, probidade, celeridade, gratuidade, pluralismo jurídico, interculturalidade, equidade, com harmonia e respeito aos direitos (art. 178). Sendo que naquele contexto, o sistema de justiça é composto por uma jurisdição agroambiental, por uma jurisdição indígena originária campesina, além de uma jurisdição ordinária (art. 179, I), sem que aja influência de uma sobre a outra, uma vez que, todas gozam de igualdade de hierarquia (art. 179, II), e estão sujeitas apenas ao Tribunal Constitucional Plurinacional.

Assim, as nações e povos indígenas possuem a legitimidade para exercerem funções jurisdicionais que lhes competem, por meio de suas autoridades, com liberdade para aplicarem seus princípios, valores culturais, através de normas e procedimentos próprios (art. 190, I). Tal sistema de justiça deve primar pelo direito à vida, entre outras garantias previstas no texto boliviano, mas, sem dúvida, marca um novo contexto para se repensar o modelo de jurisdição vigente na América Latina.

Importa ainda destacar naquele modelo, que toda a autoridade pública, deve respeitar as decisões oriundas da jurisdição indígena (art. 192, I), sem interferência, a não ser quando seu apoio for solicitado por aquele órgão independente, para fins de viabilizar o cumprimento de suas decisões (art. 192, II), sendo que a jurisdição indígena originária e campesina é exercida no âmbito de vigência pessoal, material e territorial.

A novidade nesse modelo reside, portanto, no fato de sua gestação estar vinculada a uma reordenação do espaço público participativo, através do surgimento de novos sujeitos de direito, "[...] em substituição ao sujeito individual abstrato liberal [...]" (Proner, 2013, p. 147), de modo a evidenciar uma ressignificação na jurisdição, através da participação das comunidades. Nesse contexto, o desafio proposto pelo modelo boliviano, entre outros, consiste em se

repensar, em termos de América Latina, "[...] um projeto social e político contra-hegemônico, apto a redefinir os procedimentos clássicos entre os poderes estatal e societário [...]" (Wolkmer, 2010, p. 37), especialmente, no que concerne "[...] as formas tradicionais de normatividade e as manifestações plurais não formais de jurisdição [...]" (Wolkmer, 2010, p. 37), de modo a promover o respeito as diversas culturas existentes nas sociedades que compõe este continente, o que provoca e justifica um repensar do modelo brasileiro, que se constitui como o maior da América Latina, não só em extensão territorial, como em diversidade cultural.

A preocupação com a identidade cultural, portanto, ganha relevo, e, nesse contexto, convém destacar que a cultura pode ser observada por meio de diversas perspectivas. Mas, como se extrai do modelo analisado, o conflito reside em uma diferença de pontos de vista, e, assim, a cultura para os fins de tratamento de conflitos, que é o ponto que se analisa na presente, deve ser considerada como uma observação escolhida dentre outras possibilidades. Isso permite que, a partir da distinção cultural, se estimule formas de observação reflexivas que indicam a idéia de que o ponto de comparação é, ele próprio, contingente, porque há sempre a opção de escolher outros pontos de vista, uma vez que comparações culturais estimulam a reflexão e a reflexão da reflexão.

Transitar por outras culturas e ao mesmo tempo manter a sua, como um modo de relacionamento, significa a outorga de liberdade e reconhecimento aos indivíduos como protagonistas dos Direitos Humanos. Nessa linha, a Bolívia, ao garantir constitucionalmente a identidade cultural das comunidades indígenas, e, ao mesmo tempo que seus membros possam requerer que tal identidade se registre junto com sua cidadania boliviana nos documentos pessoais, tais como carteira de identidade; passaporte, etc. (art. 30, I, 2 e 3), abre o diálogo com vistas a identificar os requisitos para a implementação de uma efetiva reconfiguração na sua cultura jurídica e a manutenção de um Estado Plurinacional, respeitando as diferenças culturais, a fim de promover a efetivação do Direitos Humanos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente estudo buscou estimular a reflexão e incitar o debate a respeito da universalização dos Direitos Humanos nas sociedades multiculturais, trazendo à tona as transformações evidenciadas na América Latina, e, em especial na Bolívia, no que concerne aos reconhecimentos dos Direitos Indígenas nessas sociedades.

Nesse contexto, procurou-se demonstrar a relevância da diversidade cultural na

sociedade latino-americana, onde os direitos dos povos indígenas ganham destaque, sendo que o Estado passa a assumir um compromisso com a garantia da autonomia e da autodeterminação desses povos. Tal movimento é evidenciado por alguns doutrinadores, como Novo Constitucionalismo Latino-Americano que reconhece e efetiva as diferenças, buscando a promoção dos Direitos Humanos, como ocorre com o sistema de justiça boliviano.

A reconfiguração, observada na Bolívia após a promulgação da Constituição de 2009, evidencia uma ruptura com a forma de Estado vigente até aquele momento e a preocupação com o surgimento de um Estado Unitário Social de Direito Plurinacional Comunitário, onde os direitos dos povos indígenas são respeitados. Assim, tal compromisso deve permear a atuação desta sociedade, seja pelo seu ente político, o Estado, seja pelos órgãos deste, ou pelas instituições. Esse compromisso enseja a efetivação universal dos Direitos Humanos naquelas comunidades.

Nessa reestruturação, os sujeitos envolvidos e as comunidades multiétnicas, especialmente as indígenas, ganham espaço para “dizerem o seu direito”, fato esse que ocorreu com a implementação do Tribunal Indígena na Bolívia, sendo que essa justiça indígena boliviana se sujeita apenas ao Tribunal Constitucional Boliviano. Tal prerrogativa está inserta no texto constitucional da Bolívia que dentre outros dispõe em seu art. 289⁵ que a autonomia indígena consiste em um autogoverno como exercício da livre determinação das nações e dos povos indígenas de origem campesina, cuja população compartilhe território, cultura, história, línguas e organização ou instituições jurídicas, políticas, sociais e econômicas próprias.

A comunidade indígena boliviana ainda goza (art. 30, “16”) do exercício de seus sistemas políticos, jurídicos e econômicos de acordo com sua cosmovisão. Isso demonstra uma reestruturação do sistema jurídico-político e da forma de comunicação entre estas comunidades inseridas em seus contextos, com repercussões no próprio desenvolvimento daquelas sociedades.

A ideia de autonomia e autodeterminação está ligada à existência de condições necessárias para a capacidade autônoma de uma sociedade multicultural, que assim pode se manifestar, definindo e guiando seu desenvolvimento, ou seja se tornem gestoras de seu próprio desenvolvimento, tanto no campo educacional e de formação técnica, quanto no campo

⁵ Art. 289 - La autonomía indígena originaria campesina consiste en el autogobierno como ejercicio de la libre determinación de las naciones y los pueblos indígena originario campesinos, cuya población comparte territorio, cultura, historia, lenguas, y organización o instituciones jurídicas, políticas, sociales y económicas propias. (Bolívia, 2009).

político-administrativo à gestão de seus próprios territórios, e também no campo jurisdicional.

Nesse sentido, percebe-se o avanço do sistema boliviano, especialmente no que concerne ao Tribunal Indígena implementado a partir da Constituição da Bolívia de 2009, o qual rompe com uma tradição excludente e discriminatória em se tratando da questão indígena, e surge como um novo paradigma na América Latina, o qual pode subsidiar outros sistemas com vistas a uma reconfiguração da cultura jurídica.

No intuito de responder ao problema de pesquisa proposto, observa-se a possibilidade da universalização dos Direitos Humanos nas sociedades multiculturais, utilizando como exemplo a comunidade boliviana. Apesar de se evidenciar uma diversidade cultural muito grande naquele país (Bolívia), todos os indivíduos – indígenas e não indígenas – são dignos de respeito e consideração. A Carta Magna boliviana de 2009 garante aos membros daquela sociedade o direito à diferença e o respeito aos seus costumes, crenças e território, bem como o direito à sua autodeterminação e autogoverno, garantindo, inclusive o direito à não interferência, seja do Estado ou de qualquer outra instituição.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

BARRETO, Vicente de Paulo. Multiculturalismo e direitos humanos: um conflito insolúvel? *In.*: BALDI, César Augusto (Org.). **Direitos Humanos na sociedade cosmopolita**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

BARRETO, Vicente de Paulo. **O fetiche dos Direitos Humanos e outros temas**. 2 ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

BOLÍVIA. Constituição da Bolívia de 2009. Disponível em: https://www.oas.org/dil/esp/Constitucion_Bolivia.pdf>. Acesso em: 11 out. 2018.

CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, Direito e Justiça distributiva**: elementos da filosofia Constitucional contemporânea. Rio de Janeiro, Lumem Juris, 1999.

CORTINA, Adela. **Cidadãos do futuro**: uma teoria da cidadania. São Paulo: Loyola, 2005.

CULLETON, Alfredo; BRAGATO, Fernanda; FAJARDO, Sinara Porto. **Curso de Direitos Humanos**. São Leopoldo: Unisinos, 2009, p. 241.

DAN, Vívian Lara Cáceres; MACIEL, Álvaro dos Santos. **A construção do Estado Plurinacional Boliviano a partir da Constituição de 2009**. Disponível em: <http://www.abrasd.com.br/congressos/icong2014/gpp/gpp04/A%20constru%C3%A7%C3%A3o%20do%20Estado%20Plurinacional%20boliviano.pdf>>. Acesso em: 05 fev. 2015.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas**, de 13 de setembro de 2007. Disponível em:

<http://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/DRIPS_pt.pdf>. Acesso em: 03 out. 2018.

FREEMAN, Michael. Direitos Humanos universais e particularidades nacionais. Cidadania e Justiça. **Revista da Associação dos Magistrados Brasileiros**, Brasília, ano 5, n. 11, 2001.

KANT, Immanuel. **Fundamentos da Metafísica dos costumes**. Trad. Antonio Pinto de Carvalho. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1964.

McLAREN, Peter. **Multiculturalismo crítico**. São Paulo: Cortez, 1997.

NASCIMENTO, Sandra. **Constituição, Estado Plurinacional e Autodeterminação Étnico-Indígena**: um giro ao constitucionalismo latinoamericano. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=5c5a93a042235058>>. Acesso em: 10 out. 2018.

OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebíades. Multiculturalismo: o “olho do furacão” no Direito Pós-moderno. *In.*: **Direitos Culturais**: Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito. Mestrado da URI – Santo Angelo/Universidade Regional Integrada do alto Uruguai e das Missões – URI – Santo Angelo, v. 1, n. 1, dez 2006, Santo Angelo: EDIURI, 2006.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Convenção n. 107**, de 05 de junho de 1957. Concernente à proteção e integração das populações indígenas e outras populações tribais e semitribais de países independentes. Disponível em: <<http://www.oas.org/dil/port/1957%20Conven%C3%A7%C3%A3o%20sobre%20Povos%20Ind%C3%ADgenas%20e%20Tribais.%20%28Conven%C3%A7%C3%A3o%20OIT%20n%20%2BA%20107%29.pdf>>. Acesso em: 13 out. 2018.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Convenção nº 169 sobre povos indígenas e tribais e Resolução referente à ação da OIT** - Organização Internacional do Trabalho. Brasília: OIT, 2011, 1 v. Disponível em: <http://portal.iphan.gov.br/uploads/ckfinder/arquivos/Convencao_169_OIT.pdf>. Acesso em: 10 out. 2018.

PIACENTINI, Dulce de Queiroz. **Direitos humanos e interculturalismo**: análise da prática cultural da mutilação genial feminina. Dissertação (Mestrado). Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas. Programa de Pós-Graduação em Direito, Florianópolis, 2007, p. 45-46. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/args/cp034905.pdf>>. Acesso em 05 out. 2018.

PRONER, Carol. O Estado Plurinacional e a nova Constituição Boliviana: contribuições da experiência boliviana ao debate dos limites ao modelo democrático liberal. *In.*: WOLKMER, Antonio Carlos; MELO, Milena Petters. (Orgs.) **Constitucionalismo latino-americano**: tendências contemporâneas. Curitiba: Juruá, 2013.

SANTOS, Boaventura de Souza. Uma concepção multicultural de Direitos Humanos. **Revista Lua nova**, n. 39, 1997, p. 112. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ln/n39/a07n39.pdf>>. Acesso em: 06 mar. 2015.

SANTOS, Boaventura de Souza; NUNES, João Arriscado. Introdução: para ampliar o Cânone do reconhecimento, da diferença e da igualdade. *In.*: SANTOS, Boaventura de Souza (Org.)

Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural. 2ª ed. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 2010.

SIEDER, Raquel. **Multiculturalism in Latin America:** indigenous rights, diversity and democracy. Inglaterra: Palvagre, 2002.

SILVEIRA, Mayra. **A problematização dos Direitos Humanos em face do relativismo cultura.** Disponível em: < <http://ajufesc.org.br/wp-content/uploads/2017/02/Mayra-Silveira.pdf> >. Acesso em: 15 out. 2018.

URQUIDI, Vivian; TEIXEIRA, Vanessa; LANA, Eliana. Questões indígenas na América Latina: Direito Internacional, Novo-Constitucionalismo e organizações dos movimentos indígenas. **Cadernos PROLAM/USP.** Ano 8, vol. I, p. 199- 222, 2008. Disponível em: <http://www.usp.br/prolam/downloads/2008_1_8.pdf>. Acesso em: 26 jan. 2015.

WOLKMER, Antonio Carlos. Pluralismo jurídico: um espaço de resistência na construção de direitos humanos. In: WOLKMER, Antonio Carlos; NETO, Francisco Q. Veras; LIXA, Ivone M. (Orgs.) **Pluralismo Jurídico:** os novos caminhos da contemporaneidade. São Paulo: Saraiva, 2010.

WOLKMER, Antonio Carlos. Pluralismo crítico e perspectivas para um novo constitucionalismo na América Latina. In: WOLKMER, Antonio Carlos; MELO, Milena Petters. (Orgs.) **Constitucionalismo latino-americano:** tendências contemporâneas. Curitiba: Juruá, 2013.

OS SISTEMAS DE PROTEÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS E O BRASIL: DA PARTICIPAÇÃO NO SISTEMA GLOBAL AO (DES) CUMPRIMENTO ESFERA REGIONAL

Patricia Grazziotin Noschang¹

INTRODUÇÃO

A proteção aos direitos humanos ocorre tanto em âmbito universal quanto regional. No plano global/universal, cabe a Organização das Nações Unidas (ONU) através do Conselho de Direitos Humanos realizar a fiscalização do cumprimento dos tratados firmados sob os auspícios da ONU. Os principais tratados que formam esse sistema são a Declaração Universal de Direitos Humanos e os Pactos de Direitos Civis e Políticos e o Pacto de Direitos Econômicos e Sociais. Nesse cenário, é incontestável a importância que a Declaração Universal dos Direitos Humanos trouxe para novo mundo que se formou pós Segunda Guerra Mundial. As barbáries que aconteceram na última guerra não poderiam repetir-se novamente em hipótese alguma. Com esse sentimento de humilhação e degradação do ser humano, tratado como “experimento” por Adolf Hitler, os Estados vencedores perceberam que algo deveria ser feito para marcar a história, tanto para julgar e punir os criminosos, quanto para a valorização do ser humano como sujeito de direito.

A proteção em âmbito regional ocorre através de organizações internacionais com caráter regional e possuem tribunais especializados para julgar casos de violações de direitos humanos de acordo com instrumentos regionais ratificados pelos Estados que às compõe. Nesse rol estão incluídas o Conselho da Europa em âmbito europeu, a Organização dos Estados Americanos (OEA) atua na proteção dos Estados nas Américas e a União Africana nos Estados do continente Africano.

O Brasil participa como Estado Parte dos dois sistemas, ou seja, o universal sob os auspícios da ONU e o regional vinculado à OEA. O objetivo deste trabalho é apresentar os dois

¹ Doutora em Direito PPGD/UFSC. Mestre em Direito e Relações Internacionais PPGD/UFSC. Especialista pela Fundação Getúlio Vargas em MBA Comércio Exterior e Negócios Internacionais e pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul em Direito Internacional Público, Privado e da Integração Regional. Graduação em Direito pela Universidade Católica de Pelotas. Professora na Faculdade de Direito e no Programa de Pós-Graduação em Direito (Mestrado) da Universidade de Passo Fundo/RS. Contato: patriciagn@upf.br.

sistemas de proteção aos direitos humanos e verificar a participação brasileira no Conselho de Direitos Humanos da ONU e o comportamento política externa brasileira nesse organismos. Ademais o Brasil também está sujeito a cumprir as disposições impostas pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos e às sentenças condenatórias da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Nesse sentido, busca-se também verificar se o país vem cumprindo com as disposições desses dois órgãos regionais de proteção aos direitos humanos. O método de abordagem é o indutivo e o de procedimento o bibliográfico e documental.

1. SISTEMA UNIVERSAL DE PROTEÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS

A preocupação com a proteção aos direitos do homem e, especialmente a de evitar uma nova guerra mundial que, caso ocorresse levaria à destruição do Planeta, tornou-se clara entre as Nações, após o término da II Guerra Mundial.

A ONU é uma associação entre Estados, classificada como uma organização internacional, com finalidade política, âmbito universal e com o objetivo de cooperação entre os Estados Partes em manter a paz e segurança internacional. (DINH, et al., 2002) O tratado² que deu origem à organização, já no preâmbulo³ demonstra verdadeira preocupação com o advento de uma Terceira Guerra Mundial, pois o mundo não suportaria outra guerra, a qual teria proporções maiores com a utilização de armas nucleares e, conseqüentemente, sobraria pouco ou nada do Planeta.

Além do preâmbulo, o Capítulo 1 da Carta prescreve uma série de princípios em respeito à paz e ao direito dos povos viverem em paz e igualdade. As expressões *proteção, defesa e respeito aos direitos humanos e as liberdades fundamentais* (grifo nosso) estão presentes em alguns artigos do tratado⁴. No entanto, a Carta “[...] não define o conteúdo dessas expressões, deixando-as em aberto” (PIOVESAN, 2012). Do mesmo modo, não prevê nenhum comitê ou

²A Carta das Nações Unidas foi promulgada no Brasil pelo Decreto 19.841 de 22 de outubro de 1945. O Brasil é um dos Estados-membros originários por ter participado da Conferência em São Francisco a qual foi realizada a elaboração do tratado. In: MAZZUOLI, Valério de Oliveira. (Org.) *Coletânea de Direito Internacional*. – 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 218-236.

³NÓS, OS POVOS DAS NAÇÕES UNIDAS, RESOLVIDOS a preservar as gerações vindouras do flagelo da guerra, que por duas vezes, no espaço da nossa vida, trouxe sofrimentos indizíveis à humanidade, e a reafirmar a fé nos direitos fundamentais do homem, na dignidade e no valor do ser humano, na igualdade de direito dos homens e das mulheres, assim como das nações grandes e pequenas, e a estabelecer condições sob as quais a justiça e o respeito às obrigações decorrentes de tratados e de outras fontes do direito internacional possam ser mantidos, e a promover o progresso social e melhores condições de vida dentro de uma liberdade ampla. [...] In: MAZZUOLI, Valério de Oliveira. (Org.) *Coletânea de Direito Internacional*. – 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 218-236

⁴ Artigos 1, parágrafo 3; Artigo 13, Artigo 55, Artigo 56 e Artigo 62, parágrafos 2 e 3.

comissão encarregada de resguardar e fiscalizar a manutenção desses direitos. Nada há determinado quanto à violação de tais direitos pelos Estados ou seus representantes e, nesse caso, a quem incumbiria julgar tais crimes.

A Carta da ONU instituiu um órgão jurisdicional, para julgar apenas Estados contra Estados, a Corte Internacional de Justiça (CIJ). Porém, sua competência não abrange as violações ou crimes praticados contra os direitos humanos cometidos por representantes dos Estados aos seus cidadãos.

Sendo assim, a Carta das Nações Unidas não bastou para a garantia dos direitos humanos. Em 1946, foi criada a Comissão de Direitos Humanos, vinculada ao Conselho Econômico e Social para receber reclamações de violações de direitos humanos, contudo faltavam-lhe poderes para dar andamento às milhares de reclamações que recebia por ano (DELMAS-MARTY, 2003). Segundo Browlie,

A Comissão dos Direitos Humanos, criada pelo Conselho Econômico e Social em 1946, constitui a forma mais próxima de um meio permanente de fiscalização do problema da proteção dos Direitos Humanos. Contudo, esta Comissão, com a aprovação do Conselho Econômico e Social, cedo decidiu que não tinha poderes para adotar quaisquer medidas a respeito de queixas relativas aos Direitos Humanos. A Comissão recebe milhares de cartas de particulares, que são na sua essência queixas e convida os governos em questão a responder depois de terem sido informados da natureza da queixa. (1997, p.595)

Em 10 de dezembro de 1948, a Assembléia Geral da ONU aprovou através de recomendação a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH). O documento é considerado um avanço na proteção aos direitos humanos no plano universal sendo que teve como base de elaboração os princípios da Revolução Francesa.

No entanto, Antonio Cassese afirma que a DUDH, aprovada como forma de ato unilateral de recomendação, tem apenas força moral e política, ou seja, uma sugestão indicativa de aplicação aos Estados. O autor critica o documento afirmando que nele não há nada específico sobre a desigualdade econômica entre os Estados. Além disso, a Declaração não leva em consideração o fato de alguns Estados possuírem problemas em garantir certos direitos básicos como: direito ao trabalho, moradia, educação e outros, em razão de estarem em processo de desenvolvimento (CASSESE, 2005).

A distinção entre tratado e recomendação é de extrema importância, pois o efeito recai na efetividade da aplicação do documento. Por ser a recomendação considerada ato unilateral praticados pelas organizações internacionais, certa discussão, há, na doutrina sobre, a obrigatoriedade de seu cumprimento. Na verdade, “a falta de força obrigatória das

recomendações não significa que não tenham qualquer alcance. Se fosse esse o caso, seria difícil explicar a obstinação dos debates que conduziram à sua adoção.” (DINH, et. al.,2002, p.388).

Flavia Piovesan lembra, que dessa forma “a Declaração Universal não é um tratado. [...] por sua vez, não apresenta força de lei”. A sua finalidade, de acordo com o preâmbulo é dar reconhecimento universal aos direitos humanos e às liberdades fundamentais que estão previstas na Carta da ONU. (PIOVESAN, 2012, p.210).

A DUDH não bastou para que as violações cessassem ao redor do mundo, nem teve sua aplicação efetiva. Não se pode deixar de negar, porém, que ela foi um marco para o início de uma série de tratados que vieram posteriormente, com a intenção de cada vez mais preservar a vida e a integridade humana.

Em dezembro de 1966, na Assembléia Geral da ONU, em Nova Iorque, dois tratados de grande importância foram aprovados: o Pacto Internacional sobre os Direitos Civis⁵ e Políticos e o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Esses dois instrumentos servem para a ONU como forma de monitoramento dos direitos humanos. (MAZZUOLI, 2011).

No entanto, o momento histórico era o da “guerra fria” e, nesse contexto, as ratificações dos pactos ocorreram não como indivisíveis e complementares, mas como convenientes ao momento político. A divisão dos dois mundos apareceu nitidamente quando, em 1992, os Estados Unidos “[...] não respeitaram o engajamento inicial de ratificar e aplicar simultaneamente os dois textos, e escolheram ratificar [...] apenas o Pacto sobre direitos civis e políticos, dando assim o pretexto, notadamente à China, de privilegiar o outro Pacto.” (DELMAS-MARTY, 2003, p.22-23). Os objetivos dos dois Pactos foi trazer efetividade à proteção dos direitos humanos uma vez que a DUDH ficou no plano dos princípios sem mecanismos de cobrança aos Estados.

O sistema universal de proteção aos direitos humanos continuou a ser construído, diversas convenções surgiram sobre todos os temas, principalmente com o objetivo de proteger as minorias⁶. No sistema universal de proteção aos Direitos Humanos a ONU conta com a atuação importante de um de seus órgãos, o Conselho Econômico e Social e de duas

⁵ O Pacto de Direitos Civis e Políticos possibilita a apresentação de queixa por indivíduo ou grupo de indivíduos em caso de violação de direitos humanos. Ver: Complaint Procedure. UNITED NATIONS. Human Rights Council. Disponível em: <http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/HRC/Pages/Complaint.aspx>.

⁶ Podemos citar como exemplo: Convenção para Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio (1948), Declaração Relativa ao Estatuto dos Refugiados (1951), Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (1979), Declaração sobre o Direito do Desenvolvimento (1986), Convenção sobre os Direitos das Crianças (1989), entre outras tantas que foram e continuam sendo firmadas.

organizações especializadas, a Organização das Nações Unidas para Educação, Ciência e Cultura (UNESCO) e a Organização Internacional do Trabalho (OIT).

O papel da ONU em garantir a aplicação da DUDH conta com a fiscalização das organizações internacionais citadas, do Conselho Econômico e Social e sua Comissão para os Direitos Humanos. Porém, a análise que se faz é que a ONU, até o presente momento, mais de sessenta anos passados da sua criação, ainda não desenvolveu um sistema para punir e prevenir as violações aos direitos humanos.

Em abril de 2006, a Assembléia Geral da ONU, através da Resolução 60/251, decidiu estabelecer um Conselho para os Direitos Humanos, substituindo a antiga Comissão de Direitos Humanos, e tornando-se órgão subsidiário da Assembléia Geral, que deverá rever o seu *status* em cinco anos. O Conselho é formado por 47 Estados-membros eleitos pela Assembléia Geral das Nações Unidas com um mandato de 03 anos, não podendo ser re-eleitos para um mandato consecutivo. A composição dos membros que formam o Conselho é distribuída geograficamente, sendo que a África e a Ásia possuem 13 cadeiras cada, a América Latina e Caribe possuem 08 cadeiras, o Oeste da Europa e outros Estados 07 cadeiras, Leste Europeu 06 lugares. (ONU, 2012)

Entre as funções do Conselho podemos citar algumas tais como: promover os direitos humanos a educação e ao ensino; servir como um fórum de diálogo nas temáticas que envolvem direitos humanos; promover a total implementação aos Estados de cumprirem com as obrigações contidas no tratado; contribuir para que haja diálogo e cooperação para prevenir violações aos direitos humanos; assumir o papel de responsável pela Comissão de Direitos Humanos, apresentando relatórios de seus trabalhos ao Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos; submeter um relatório anual a Assembléia Geral da ONU. Ainda trabalha para desenvolver um sistema mais eficaz de proteção universal, utilizando-se da ajuda como acima referido, das organizações regionais, dos próprios Governos dos Estados e com instituições ligadas aos direitos humanos, juntamente com a sociedade civil. É através do mecanismo de Revisão Periódica Universal que o Conselho avalia a situação dos direitos humanos em todos os Estados-membros da ONU, trabalhando em colaboração com os Procedimentos Especiais da ONU que foram estabelecidos pela antiga Comissão. (ONU, 2012)

O mecanismo de Revisão Periódica Universal (RPU) ocorre a cada quatro anos nos 192 Estados-membros da ONU e concede aos Estados a possibilidade de relatar as ações tomadas efetivamente em âmbito interno para melhorar a proteção dos direitos humanos e cumprir com

as obrigações assumidas no plano internacional. Esse mecanismo foi criado pela Assembléia Geral da ONU juntamente com a Resolução 60/251 que instituiu o Conselho de Direitos Humanos. O RPU é um dos elementos-chave do novo Conselho, que lembra aos Estados a sua responsabilidade de respeitar e aplicar plenamente todos os direitos humanos e liberdades fundamentais. O objetivo final desse novo mecanismo é melhorar a situação dos direitos humanos em todos os países e abordar as violações dos direitos humanos onde quer que ocorram. (UNITED NATIONS, 2012)

Já os Procedimentos Especiais são realizados por peritos voluntários (indivíduos ou grupo de trabalho) e independentes indicados pelo Conselho de Direitos Humanos com a função de monitorar, analisar, aconselhar e relatar as situações encontradas nos Estados de grandes violações de direitos humanos, como por exemplo: “prisão arbitrária, execuções extrajudiciais, tortura, prostituição infantil ou de privação de direitos como o direito à alimentação, à moradia adequada, à água potável, à liberdade de expressão, á educação e outros.”. (ONU, 2012)

É notável que o Conselho de Direitos Humanos possui suas armas para agir e fiscalizar efetivação dos direitos humanos nos Estados-membros da ONU. Contudo o *status* deste conselho ainda deve ser revisto juntamente com a Carta das Nações Unidas concedendo a esse organismo da ONU o lugar de órgão oficial da organização. Quanto aos mecanismos que o Conselho possui entende-se que esses estão muito mais no plano da fiscalização do que na cobrança e imposição de sanções em casos de descumprimento dos tratados firmados pelos Estados-membros.

1.1 BRASIL no Conselho de Direitos Humanos

O Brasil participa do Conselho de Direitos Humanos da ONU desde a sua primeira formação em 2006, ou seja, o início da atuação brasileira está vinculada às prerrogativas da política externa em relação aos direitos humanos do governo Luis Inácio Lula da Silva. Em 2008 o Brasil foi reeleito e permaneceu até 2011. Ao realizar um balanço da atuação brasileira nos 08 anos de governo Lula, ASANO e NADER concluem que o Brasil realmente atuou como protagonista nas negociações internacionais conquistando espaços e assumindo responsabilidades ao não seguir a política externa do alinhamento automático pela democratização do sistema internacional pela integração regional e pelo fortalecimento das relações sul-sul. Contudo, ressaltam as autoras, que a proteção internacional dos direitos humanos ficou muitas vezes à margem ou à reboque de outros interesses principalmente quando se referia à visibilidade do país no plano internacional. (ASANO; NADER, 2011). Por outro

lado,

Com base em resultados expressivos, o governo Lula tornou-se referência internacional no combate à pobreza e à fome. Disseminou sua experiência e se dispôs a cooperar com outros países. Mas se foi referência nessa temática, não o foi em outras, especialmente no que se refere ao sistema prisional e violência institucional. Nesse caso, foi objeto de análise e alvo de diversas recomendações da comunidade internacional.

Em suas relações com países não-democráticos e que violam sistematicamente os direitos humanos, o governo Lula privilegiou o diálogo e louvou a soberania. Diz tê-lo feito por acreditar na diplomacia discreta e “sem superioridade moral”. Infelizmente, em certos casos, os limites tênues entre diálogo, omissão e convivência ficaram patentes.

No sistema multilateral de direitos humanos, o governo Lula foi protagonista de iniciativas importantes. No entanto, em prol da universalidade no tratamento de questões de direitos humanos, contribuiu, em alguns casos, para o enfraquecimento de mecanismos internacionais de direitos humanos. Foi ambíguo com relação ao reconhecimento e tratamento de violações sistemáticas a direitos humanos em países específicos. Condenou a seletividade, mas também a praticou em determinadas situações. (ASANO; NADER, 2011, p.129-130)

Em março de 2012 ao ensejo da 19ª Sessão do Conselho de Direitos Humanos, em Genebra na Suíça, a Secretária de Direitos Humanos do Brasil, Maria do Rosário expressou o compromisso brasileiro em relação ao respeito aos direitos humanos e o respeito aos compromissos assumidos internacionalmente. O discurso destacou as ações do Estado brasileiro nos últimos anos referente as políticas públicas que consagram os direitos reconhecidos nos tratados firmados pelo Brasil e reafirmou o interesse em continuar sendo protagonista na gestão e representação no plano internacional. Nesse sentido, a Secretária também, apresentou a candidatura do Brasil para 2013-2015 com o interesse de voltar a fazer parte integrante do órgão. (PRONER, 2012)

Em maio de 2012, o Brasil passou pela segunda vez pelo Sistema de Revisão Periódica Universal e foi notificado pelo Conselho com um relatório contendo 170 violações aos direitos humanos no país. Ao passar pela sabatina no Conselho a delegação brasileira precisou explicar principalmente as violações ocorridas no sistema prisional brasileiro, que conta com 500 mil pessoas detidas no Brasil e com 36% de presos provisórios. Mas além do sistema carcerário também foram discutidas violações no processo de preparação da Copa do Mundo e dos Jogos Olímpicos. “Organizações da sociedade civil denunciaram que as obras para a Copa nas 12 cidades brasileiras em vez de servir para enfrentar velhas necessidades de políticas públicas, estão sendo um catalisador de negócios imobiliários em detrimento dos mais pobres.”. Ao apresentar suas considerações o Brasil “[...] aceitou 159, 10 foram ‘parcialmente acolhidas’ e rejeitou totalmente 1 - a que propunha a extinção da Polícia Militar. Para o Brasil, esta recomendação específica se choca com provisões constitucionais”. (CONNECTAS, 2012)

Vale lembrar que o Brasil passou pela primeira RPU em 2008 o país recebeu apenas 15 questionamentos, críticas e sugestões. (CONNECTAS, 2012).

No segundo semestre de 2017 o Brasil passou pela terceira vez pelo mecanismo e nesta edição foram 246 recomendações. Os principais temas apontados pelos países foram, o combate à extrema pobreza e às desigualdades socioeconômicas; o combate a discriminação de gênero, etnia, religião, deficiência, identidade de gênero; trabalho infantil; assegurar o direito à terra, aos serviços básicos. Mas o documento ainda inclui outros temas como as questões relativas aos direitos dos povos indígenas e quilombolas; uso excessivo da força e os homicídios cometidos pela polícia em “legítima defesa”; combater a tortura, os maus tratos e a violências nas prisões; a superlotação carcerária; combater o trabalho escravo e proteger os defensores de direitos humanos. (ONU, 2018).

Com um relatório contendo 246 violações de direitos humanos o Brasil deveria observar o seu “telhado de vidro” e buscar resolver seus problemas internos antes de se preocupar em ser protagonista no plano internacional. Para ser exemplo e ser ator na política de direitos humanos no plano internacional e regional devemos primeiro fazer o dever de casa.

2. OS SISTEMAS REGIONAIS DE PROTEÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS

A necessidade de colocar em prática e preservar as garantias e direitos fundamentais espalhou-se pelo planeta após o surgimento da DUDH. A partir de 1948, as organizações internacionais regionais com fins político, os “braços” regionais da ONU, estabeleceram sistemas regionais de proteção aos direitos humanos levando em consideração as características culturais e a realidade de seu povo. As organizações que tiveram papel relevante nessa luta são Conselho da Europa, a Organização dos Estados Americanos e a União Africana.

Flávia Piovesan apresenta as seguintes características dos sistemas regionais,

Se o sistema regional europeu apresenta-se como o mais amadurecido e consolidado dos sistemas regionais, estando o sistema interamericano em posição intermediária, o sistema regional africano é o mais recente e incipiente, em pleno processo de consolidação e construção.

Com efeito, basta atentar ao fato de que a Convenção Européia de Direitos Humanos foi adotada em 1951, tendo entrado em vigor em 1953. A Convenção Americana foi adotada em 1969, entrando em vigor em 1978. Já a Carta africana dos Direitos Humanos e dos Povos somente foi adotada em 1981, passando a vigorar em 1986. Isto é se o sistema regional europeu nasceu na década de 50, revelando hoje os acúmulos obtidos ao longo de mais de cinco décadas, e o sistema interamericano consolidou-se a partir da década de 70, o sistema africano emergiu na década de 80, refletindo hoje os acúmulos das últimas duas décadas (PIOVESAN, 2006, p.119).

2.1 O Sistema Europeu de Proteção aos Direitos Humanos

O Sistema Europeu de Proteção aos Direitos Humanos surgiu logo após a Segunda Guerra Mundial, com o objetivo de resguardar a dignidade humana e, “dos sistemas regionais existentes, o europeu é o mais consolidado e amadurecido, exercendo forte influência sobre os demais – o sistema interamericano e africano.” (PIOVESAN, 2006, p.63).

Em sua consolidação, esse sistema tem um fator histórico muito forte que o leva ao desenvolvimento através da cooperação de todos que sobreviveram à guerra.

Este sistema possui dois instrumentos para a garantia dos direitos fundamentais, a Convenção Europeia dos Direitos do Homem, de 1950 e a Carta Social Europeia, de 1961. O primeiro tratado respeita os direitos civis e políticos, enquanto o segundo, os sociais e econômicos (DINH, et. al.,2002).

A Convenção Europeia, já no primeiro dispositivo, obriga os Estados-membros, de forma geral, a garantirem a proteção aos direitos humanos dentro de seus territórios, sob pena de ter que prestar esclarecimentos. Destaca-se que, atualmente, “[...] há mais de 185 instrumentos internacionais adotados pelo Conselho da Europa”. (PIOVESAN, 2006, p.66-68).

Inclusive, no bloco econômico europeu, os Estados possuem a competência originária em matéria de direitos humanos, e a comunidade internacional com suas instituições a competência subsidiária. Sendo que o Direito Internacional dos Direitos Humanos busca “[...] complementar os sistemas nacionais de proteção dos direitos humanos, tornando-os mais eficazes.” (PIOVESAN, 2006, p.68).

A Corte Europeia de Direitos Humanos foi estabelecida pelo 11º Protocolo de 1994, que modificou o sistema previsto pela Convenção Europeia de Direitos Humanos, de 1950. Pelo regulamento da Corte, qualquer pessoa, grupo ou organização não governamental pode peticionar ao tribunal contra um Estado europeu violador dos Direitos Humanos. O Estado, se condenado deverá reparar o dano causado e respeitar a sentença da Corte (CASSESE, 2005). No entanto, para peticionar à Corte, é necessário respeitar os requisitos previstos no art. 35 da Convenção que exige o esgotamento dos recursos internos, prazo de seis meses, contados da sentença definitiva nacional. A petição deverá, ainda, não ser anônima não havendo, também, litispendência internacional, deverá ser fundamentada e não constituir um abuso de direito de petição. É claro que o Estado violador deve ter ratificado à Convenção e assim, reconhecer o tribunal como competente.

A Corte Européia tem feito grandes avanços com seus julgamentos, obrigando os Estados-membros a adequarem suas legislações de acordo com suas sentenças. Dessa forma, a Corte atua, também, como harmonizadora dos direitos humanos na Europa (PIOVESAN, 2006). Se por ventura um Estado não cumprir a sentença da Corte, a última medida é a ameaça de expulsão do Conselho da Europa.

2.2 O Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos

A Organização dos Estados Americanos foi criada pela Carta de Bogotá, em 1948. Juntamente com esse tratado, foi assinada a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, com o objetivo de dar proteção regional aos direitos humanos aos países americanos.

A Resolução VIII da V Reunião de Consulta dos Ministros das Relações Exteriores, em 1959, estabeleceu a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), que começou a trabalhar no ano seguinte, e tinha como função promover os direitos estabelecidos tanto na Carta de Bogotá como na Declaração de Direitos e Deveres do Homem. (MAZZUOLI, 2011).

No entanto, o Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos tem sua efetividade com a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em 1969, também conhecida como Pacto de São José da Costa Rica, a qual entrou em vigor apenas em 1978, após obter o número mínimo de ratificações. Esse tratado, também, instituiu a Corte Interamericana de Direitos Humanos, com sede em São José na Costa Rica. (MAZZUOLI, 2011)

A competência da Corte é tanto jurisdicional como consultiva, igualando-se à Corte Européia. No entanto, o procedimento para ingressar com uma reclamação perante a Corte diferencia-se do sistema europeu. A reclamação do indivíduo contra o Estado é apresentada à CIDH, que atua representando o indivíduo reclamante, nesta fase. Ao réu é concedido o direito do contraditório e, nada obsta que haja uma conciliação amigável. A Comissão decide com base nos fatos e nas alegações das partes se o expediente deverá ser arquivado ou levado adiante. No caso de seguir adiante, a Comissão realiza uma investigação minuciosa dos fatos ocorridos e faz recomendações às partes envolvidas para resolver o caso no prazo de três meses. Caso isso não ocorra, a Comissão poderá emitir sua própria opinião e conclusão, ou ainda, nesse prazo submeter à Corte o relatório de mérito. (PIOVESAN, 2006).

Como se pôde observar, diversamente da Corte Européia⁷, no sistema Americano os indivíduos não podem peticionar. Essa competência cabe apenas aos Estados-membros e a Comissão. Dois regulamentos recentes trouxeram mudanças no sistema processual da Corte. O Regulamento aprovado em 2000 possibilitou o *locus standi in judicio* ao indivíduo ao permitir que “depois de admitida a demanda, as presumidas vítimas, seus familiares ou seus representantes devidamente creditados poderão apresentar suas solicitações, argumentos e provas em forma autônoma durante todo o processo” (art. 23). A partir de então as vítimas ou representantes das vítimas fazem parte da demanda juntamente com a Comissão. Já o regulamento vigente de 2009 deu maior protagonismo aos representantes das supostas vítimas e ao Estados. A Comissão não poderá mais apresentar testemunhas e declarações de supostas vítimas, e só poderá apresentar peritos em algumas hipóteses. Também foi criada a figura do defensor interamericano para às supostas vítimas sem representação perante a Corte.

2.3 O Sistema Africano de Proteção aos Direitos Humanos

A Carta Africana de Direitos Humanos e dos Povos foi adotada em 1981, e entrou em vigor em 1986, denominada Carta de Banjul. Esse tratado faz parte da organização que tem o objetivo de proteger em âmbito regional os direitos humanos pela União Africana. A Carta traz, também, medidas de salvaguarda para garantia dos direitos e deveres que estabelece. Possui uma Comissão Africana dos Direitos Humanos e dos Povos a quem compete zelar e assegurar a proteção dos direitos humanos e dos povos na África.

A Comissão tem sede na Gâmbia, é um órgão político, porém também tem competência para analisar petições encaminhadas por indivíduos e organizações internacionais, que denunciam violação aos direitos humanos. O dever da Comissão é buscar uma solução amigável.

Nas palavras de Flávia Piovesan,

A recente historia do sistema regional africano revela, sobretudo, a singularidade e a complexidade do continente africano, a luta pelo processo de descolonização, pelo direito de autodeterminação dos povos e pelo respeito às diversidades culturais. Revela, ainda, o desafio de enfrentar graves e sistemáticas violações de direitos humanos. (2006, p.119)

Em 1998, foi adotado o Protocolo à Carta Africana com o objetivo de criar a Corte Africana dos Direitos Humanos e dos Povos. O Protocolo entrou em vigor em 2004 e até o momento dos

⁷ A Comissão Européia de Direitos Humanos foi extinta em 1998. Desde então não há mais a fase de tentativa de solução preliminar e amigável entre as partes. Essa mudança gerou uma avalanche de processos direto para a Corte Européia de Direitos Humanos. Outra diferença é que no sistema europeu, com a extinção da Comissão o indivíduo é autor da demanda em nome próprio contra o Estado.

53 Estados africanos, apenas 26⁸ Estados ratificaram. A Corte possui competência consultiva e jurisdicional, trabalhando conjuntamente com a Comissão. No entanto, a Corte iniciou suas atividades apenas em 2008 com a proposta de regulamento aguardando a aprovação e harmonização das normas juntamente com a Comissão Africana, o que ocorreu somente em 2010. O primeiro julgamento da Corte ocorreu em 2009 contra a República do Senegal. Em junho de 2012 a Corte recebeu 24 petições, das quais 12 já foram julgadas. (AFRICAN COURT, 2012)

A eficácia desse sistema dependerá dos Estados que o compõem. Pelo que se observa a realidade do continente Africano está longe de cumprir, ao pé da letra, os compromissos firmados em prol da defesa e garantia dos direitos humanos, infelizmente. Como exemplo, pode-se citar a situação complicada em Darfur, no Sudão, onde as tropas da União Africana não conseguem mais garantir a paz; Serra Leoa, o conflito sem fim pelos “diamantes de sangue”, entre outros casos.

3. O BRASIL E O SISTEMA INTERAMERICANO

A Constituição de 1988 abriu as portas para a democratização do Estado, bem como ao desenvolvimento e a proteção dos direitos humanos. Iniciando, assim, sua participação na esfera internacional na proteção desses direitos, além da previsão já existente internamente.

Nesse sentido, o Estado brasileiro aceita que a comunidade internacional fiscalize e controle seu funcionamento em relação às obrigações assumidas, mediante um sistema de monitoramento efetuado por órgãos de supervisão internacional. Dessa forma, mesmo em situação de emergência, deve garantir e proteger um núcleo de direitos básicos e inderrogáveis. (PIOVESAN, 2008)

Na esfera regional o Brasil reconheceu a competência jurisdicional da Corte Interamericana de Direitos Humanos em dezembro de 1998. Desde então a relação do Estado brasileiro com o sistema interamericano foi se intensificando, ao passo que a democracia foi criando raízes, tratados foram ratificados e a proteção dos direitos humanos foi trazida como direitos fundamentais previstos na Constituição. Contudo, isso não foi o suficiente para que cessassem as violações aos direitos humanos pois, o Estado brasileiro já foi réu em cinco processos julgados pela Corte Interamericana de Direitos Humanos até o momento. Desses

⁸ Algeria, Burkina Faso, Burundi, Cote d'Ivoire, Comoros, Congo, Gabon, Gambia, Ghana, Kenya, Libya, Lesotho, Mali, Malawi, Mozambique, Mauritania, Mauritius, Nigeria, Niger, Rwanda, South Africa, Senegal, Tanzania, Togo, Tunisia and Uganda.(AFRICAN COURT, 2012)

cinco processos em apenas um o Brasil foi absolvido.

3.1 As recomendações da Comissão Interamericana de Direitos Humanos nas Petições em que o Brasil foi acionado

O regulamento da Comissão permite que qualquer pessoa, grupo de pessoas ou organização não governamental em capacidade postulatória encaminhe uma reclamação. Essa previsão foi inserida no rol de atribuições da Comissão em 1965, na II Conferencia Interamericana Extraordinária, no Rio de Janeiro e busca aproximar o Sistema Interamericano das vítimas. (MATOS BRITO, 2012).

Segundo Flávia Piovesan no período de 1970 a 2008 a Comissão admitiu 98 casos contra o Estado brasileiro. “Desse total, há casos que foram apreciados pela Comissão Interamericana, sendo os respectivos relatórios publicados no relatório anual da Comissão, e há aqueles – a maioria deles – que estão pendentes perante a Comissão Interamericana.” (PIOVESAN, 2012, p.395). Os casos que estão pendentes para análise são considerados confidenciais pela Comissão.

O Brasil⁹ após ser notificado pela Comissão será representado através de seus órgãos da Administração Pública: Advocia-Geral da União, Ministério das Relações Exteriores e a Secretaria Especial dos Direitos Humanos. É importante que esses órgãos atuem conjuntamente, cada um no seu âmbito de competência, na defesa que será apresentada perante a Comissão. De acordo com Sergio Ramos de Matos Brito, “[...] nenhum desses participantes deve desempenhar seu papel de forma isolada. A unificação do discurso e a atuação em coordenação deve ser buscada no plano interno, a fim de que a defesa estatal seja uníssona e coerente na esfera internacional.”. (2012)

No universo desses 98 casos existem violações de direitos humanos relacionados aos direitos dos povos indígenas; assassinato e tortura relacionados ao período do regime militar; sistema penitenciário brasileiro; violência no campo (rural); violação dos direitos das crianças e adolescentes; violência contra a mulher; discriminação racial entre outros. (PIOVESAN, 2012)

Um dos casos encaminhados à Comissão em 1996 foi o caso Eldorado dos Carajás, no qual os peticionários alegaram que agentes do Estado brasileiro assassinaram 19 trabalhadores rurais e feriu outras dezenas deles ao desalojá-los de uma rodovia pública onde estavam

⁹ Segundo VENTURA e CETRA: “entre 1998 e 2011, o Brasil foi alvo de 27 “medidas cautelares” da CmIDH13. Entre 1999 e 2011, 643 petições referentes ao Brasil foram recebidas pela CmIDH, das quais 93 foram encaminhadas ao governo brasileiro.”. (VENTURA;CETRA, 2013 (prelo), p.3)

acampados. O Estado alegou que os petionários não haviam esgotados os recursos internos e a Comissão não tinha competência para analisar o fato. O argumento foi rejeitado. (RELATÓRIO Nº 21/03). (CIDH, 2012).

No ano seguinte, dezesseis indígenas Yanomami, representados pelo Centro pela Justiça e pelo Direito Internacional (CEJIL), e outras organizações não governamentais, denunciando suposta negligência do Governo brasileiro no massacre dos índios ocorrido em julho de 1993, na região de Haximu, Venezuela.

Com efeito, os petionários afirmam que, entre os meses de junho e julho de 1993, em dois incidentes, garimpeiros brasileiros assassinaram 16 indígenas Yanomami na região de Haximu, inclusive anciãos, mulheres e crianças. Posteriormente, segundo os petionários, a fim de escapar de possíveis retaliações do povo indígena, os garimpeiros, saíram da Venezuela por aeroportos ilegais da região, e teriam se refugiado na cidade de Boa Vista, estado de Roraima, no Brasil. Segundo os petionários, depois do massacre os governos do Brasil e da Venezuela assinaram um acordo bilateral (“Comissão Bilateral”), pelo qual se decidiu que o Brasil se encarregaria de investigar o ocorrido e punir os responsáveis. Os petionários destacam que uma inspeção na área do massacre determinou que os fatos teriam ocorrido em território venezuelano, mas que, por se tratar de um crime de genocídio supostamente perpetrado por garimpeiros brasileiros, acordou-se que a investigação e o processo do Massacre de Haximu era da competência da Justiça Federal brasileira. Em sua última comunicação apresentada em 16 de julho de 2004, os petionários indicaram que até aquela data tinham se passado 11 anos desde o Massacre de Haximu sem que houvesse uma decisão definitiva sobre os recursos da jurisdição interna. Com base nisso, os petionários alegaram que existia atraso injustificado na decisão sobre os mencionados recursos e que a petição era admissível, em conformidade com o artigo 46.2.c da Convenção Americana. (CIDH, 2012).

A Comissão decidiu arquivar a petição levando em consideração que os réus foram julgados e houve recurso até as últimas cortes brasileiras, tanto no STJ quanto no STF. Assim a Comissão considerou que faltavam elementos necessários para “determinar se existem ou subsistem os motivos desta petição. Levando em conta a falta desses elementos, a CIDH decide arquivar a presente petição, em conformidade com o artigo 48.1.b da Convenção Americana e o artigo 42.1.a do Regulamento da CIDH.” (Relatório n. 88/11). (CIDH, 2012).

Em 1998 a petição mais conhecida pelos brasileiros foi protocolada na Comissão Interamericana, Maria da Penha Maia Fernandes, representada pelo CEJIL e pelo Comitê Latino-Americano de Defesa dos Direitos da Mulher (CLADEM). Os petionários alegavam que o Brasil havia sido tolerante com a violência cometida por Marco Antonio Heredia Viveiros, em sua residência, contra sua esposa durante os anos que conviveram em matrimônio, que culminou numa tentativa de homicídio e novas agressões em maio de 1993. Maria da Penha, em decorrência “[...] dessas agressões, sofre de paraplegia irreversível e outras enfermidades desde esse ano. Denuncia-se a tolerância do Estado, por não haver efetivamente tomado por mais de

15 anos [...]” as medidas necessárias, apesar das denúncias realizadas, para processar e punir o agressor.(CIDH, 2012) Assim a petição denunciou,

[...] a violação dos artigos 1(1) (Obrigação de respeitar os direitos); 8 (Garantias judiciais); 24 (Igualdade perante a lei) e 25 (Proteção judicial) da Convenção Americana, em relação aos artigos II e XVIII da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (doravante denominada “a Declaração”), bem como dos artigos 3, 4,a,b,c,d,e,f,g, 5 e 7 da Convenção de Belém do Pará. A Comissão fez passar a petição pelos trâmites regulamentares. Uma vez que o Estado não apresentou comentários sobre a petição, apesar dos repetidos requerimentos da Comissão, os peticionários solicitaram que se presuma serem verdadeiros os fatos relatados na petição aplicando-se o artigo 42 do Regulamento da Comissão. (CIDH, 2011).

Um dos resultados da petição foi à elaboração de Lei 11.340/2006 com o objetivo de punir os agressores contra a violência de gênero, e o comprometimento do Estado brasileiro em realizar campanhas contra esse tipo de violência.

Em 2003, outra petição foi apresentada a Comissão Interamericana, tendo como suposta vítima Ivan Rocha (locutor de radio, cujo nome verdadeiro era Valdeci de Jesus). Os peticionários alegavam que a vítima desapareceu em 22 de abril de 1991, “[...] supostamente em represália por suas denúncias sobre grupos de extermínio que vinham atuando no sul do Estado da Bahia, no qual estariam envolvidos tanto policiais como um deputado.”(CIDH, 2012) De acordo com a petição, o desaparecimento ocorreu após a suposta vítima haver informado em seu programa de rádio “A Voz de Ivan Rocha” que entregaria a uma autoridade uma lista com os nomes de vários policiais e de um deputado supostamente envolvidos nos crimes cometidos pelos grupos de extermínio. A peticionária ressaltou que o Estado não encontrou os autores materiais e/ou intelectuais do crime, nem determinou o paradeiro da suposta vítima. (Relatório n.5/11). (CIDH, 2012). Posteriormente a defesa do Estado brasileiro que alegou ser a Comissão incompetente para decidir sobre o caso, essa decidiu ao contrário e determinou que continuassem com o procedimento.

Em 2006, o caso Celso Daniel também chegou a Comissão. O peticionário, seu filho Bruno Jose Daniel Filho, solicitou “[...] a intervenção da Comissão para assegurar que as investigações sobre a morte de Celso Daniel (a “suposta vítima”), ex-prefeito da cidade de Santo André, São Paulo, fossem realizadas pela Polícia Federal ao invés da Polícia Civil.” (Relatório n.131/10). (CIDH, 2012). Segundo o peticionário a investigação realizada pela Policia Civil apresentava irregularidades e contradições em relação ao seqüestro, detenção e as circunstâncias nas quais ocorreu à morte da suposta vítima, entre 09 e 10 de janeiro de 2002. A Comissão decidiu pelo arquivamento da petição devido à falta de “elementos necessários para adotar uma decisão com respeito à admissibilidade desta petição, apesar das reiteradas solicitações de informação

apresentadas ao peticionário.”. (CIDH, 2012) A Comissão entendeu que não possuía “[...] informações acerca do esgotamento dos recursos internos e outros requisitos relacionados à admissibilidade, tampouco possui informação sobre se ainda existem os motivos da presente petição.”. (CIDH, 2012).

Também, nos procedimentos da CIDH foram determinadas nos últimos anos três medidas cautelares, nos casos: Comunidades Indígenas do Xingu (MC 382/10); Adolescentes internados na Unidade de Internação Socioeducativa (UNIS) (MC 224/09); e Pessoas Privadas da Liberdade na Penitenciária Polinter-Neves (MC 236/08). (CIDH, 2012). A primeira refere-se à questão da instalação da hidrelétrica de Belo Monte no Pará e a proteção da comunidade indígena do Xingu, já as duas últimas as violações da integridade física dos detentos nas duas casas de detenção, o que não é novidade no sistema prisional brasileiro que sofre com a superlotação e ausência de gestão adequada. Em 2012 já foram publicados 09 relatórios, desses 03 considerados admissíveis, 04 foram arquivados e 02 considerados inadmissíveis. (CIDH,2012).

3.2 As sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos nos processos em que o Brasil foi demandado

O Estado brasileiro foi réu em cinco processos julgados pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, até o momento. A primeira demanda foi o Caso Nogueira de Carvalho e Outros vs. Brasil, submetido a Corte em janeiro de 2005, na qual o Brasil foi absolvido. A sentença foi proferida em 28 de novembro de 2006. (COELHO, 2007).

Diferentemente do Caso Ximenes Lopes vs. Brasil, que gerou a primeira condenação do Estado brasileiro no sistema interamericano. O Caso Damião Ximenes foi apresentado a Corte pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos em janeiro de 2004 e a sentença proferida em julho de 2006. (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2012). Damião era portador de deficiência mental, e foi submetido a condições desumanas e degradantes na sua hospitalização na Casa de Repouso Guararapes, onde faleceu decorrente de maus tratos. A vítima foi internada em 01 de outubro de 1999 “[...] para receber tratamento psiquiátrico na Casa de Repouso Guararapes, um centro de atendimento psiquiátrico privado, que operava no âmbito do sistema público de saúde do Brasil, chamado Sistema Único de Saúde),[...]”, localizada no município de Sobral, Estado do Ceará. Damião Ximenes Lopes faleceu em 04 de outubro de 1999 na Casa de Repouso Guararapes, após três dias de internação. (BORGES, 2009) O Estado brasileiro foi condenado por omissão, pois não processou nem julgou os responsáveis pelos

fatos ocorridos com a vítima. A condenação brasileira trouxe à baila a situação das casas de tratamento psiquiátrico no país. A indenização a família de Damião foi paga somente em 17 de agosto de 2007, um ano após a sentença. (BORGES, 2009).

O Relatório de supervisão do cumprimento da sentença da Corte é realizado anualmente. No último relatório de 17 de maio de 2010 o Brasil ainda não havia cumprido na totalidade as determinações contida na sentença do caso Damião. (CORTE INTERAMERICANA, 2012) Essa infelizmente é a característica brasileira quanto ao cumprimento das sentenças da Corte – a morosidade em cumprí-las na sua totalidade. (ALGAYER; NOSCHANG, 2012).

Dois julgamentos ocorreram em 2009 com os casos Escher e Outros vs. Brasil e Garibaldi vs. Brasil. Em 20 de dezembro de 2007 a Comissão remeteu o relatório a Corte Interamericana concluindo que o Estado é responsável internacionalmente “[...] pela violação [dos direitos humanos] em prejuízo de Arle[i] José Escher, Dalton Luciano de Vargas, Delfino José Becker, Pedro Alves Cabral, Celso Aghinoni e Eduardo Aghinoni’, membros das organizações COANA e ADECON.”. (CORTE INTERAMERICANA, 2012).

Por sua vez, em seu escrito de petições e argumentos, os representantes apresentaram uma lista de trinta e quatro pessoas, que a seu critério seriam as supostas vítimas deste caso 64. Afirmaram que, em virtude do caráter secreto do procedimento de interceptação e gravação telefônica previsto na Lei No. 9.296/96, “em nenhum momento, durante o procedimento junto [à Comissão], delimitaram as [supostas] vítimas das violações, nomeando-as [, haja vista que] no ano 2000, quando a denúncia foi apresentada, as organizações peticionárias não detinham condições de saber a amplitude das interceptações telefônicas ilegais [e] a totalidade das pessoas que tiveram conversas telefônicas ouvidas e gravadas pela Polícia Militar do Estado do Paraná. Sabia-se somente [de] um pequeno grupo de integrantes e lideranças da COANA e ADECON [, cujas chamadas haviam sido] interceptad[a]s porque suas conversas foram divulgadas na mídia local e nacional [...]. Por isso, somente em 2004 [...] foi possível te[r] conhecimento e acesso a todas as transcrições das gravações”. (CORTE INTERAMERICANA, 2012)

A Corte condenou o Brasil ao pagamento de uma compensação de danos imateriais no valor de U\$ 20.000 (vinte mil dólares) para cada vítima, sendo que essa quantia deveria ser paga diretamente aos beneficiários no prazo de um ano contado a partir da notificação da sentença. (CORTE INTERAMERICANA, 2012). Na primeira supervisão realizada pela Corte em 2010 o Estado brasileiro ainda não havia publicado a sentença em jornal de grande circulação por se tratar de texto muito longo. O Brasil requereu a publicação do resumo dessa e foi atendido pela Corte. Novamente destaca-se a morosidade no cumprimento e ainda pedido de alteração na publicação total da decisão. O Estado brasileiro parece querer esconder de sua população a totalidade dos fatos ocorridos. (ALGAYER; NOSCHANG, 2012).

No caso conhecido como Sétimo Garibaldi (Garibaldi vs. Brasil), julgado em 2009 pela Corte, a Comissão alega a responsabilidade por omissão do Estado brasileiro decorrente do

descumprimento da obrigação de investigar e punir “[...] o homicídio do Senhor Sétimo Garibaldi, ocorrido em 27 de novembro de 1998; [durante] uma operação extrajudicial de despejo das famílias de trabalhadores sem terra, que ocupavam uma fazenda no município de Querência do Norte, Estado do Paraná”. O Brasil foi condenado a tomar as medidas adequadas para processar e julgar os responsáveis pelo homicídio da vítima bem como pagar indenização aos seus familiares. (CORTE INTERAMERICANA, 2012)

A Corte condenou o Brasil ao pagamento de uma compensação de danos imateriais no valor de U\$ 20.000 (vinte mil dólares) para cada vítima, sendo que essa quantia deverá ser paga diretamente aos beneficiários no prazo de um ano contado a partir da notificação da sentença. (CORTE INTERAMERICANA, 2012). Na primeira supervisão realizada pela Corte em 2010 o Estado brasileiro ainda não havia publicado a sentença em jornal de grande circulação por se tratar de texto muito longo. O Brasil requereu a publicação do resumo dessa e foi atendido pela Corte. Novamente destaca-se a morosidade no cumprimento e ainda pedido de alteração na publicação total da decisão. O Estado brasileiro parece querer esconder de sua população a totalidade dos fatos ocorridos.

No Caso conhecido como Sétimo Garibaldi (Garibaldi vs. Brasil), julgado em 2009 pela Corte, a Comissão alegou a responsabilidade por omissão do Estado brasileiro decorrente do descumprimento da obrigação de investigar e punir “[...] o homicídio do Senhor Sétimo Garibaldi, ocorrido em 27 de novembro de 1998; [durante] uma operação extrajudicial de despejo das famílias de trabalhadores sem terra, que ocupavam uma fazenda no município de Querência do Norte, Estado do Paraná”. O Brasil foi condenado a tomar as medidas adequadas para processar e julgar os responsáveis pelo homicídio da vítima bem como pagar indenização aos seus familiares. (CORTE INTERAMERICANA, 2012).

Em 22 de fevereiro de 2011 o Relatório da Corte sobre a supervisão do cumprimento da sentença apontou que o Brasil ainda não havia cumprido na totalidade com as determinações da sentença permanecendo a supervisão em aberto. O Brasil “[...] informou que em 22 de setembro de 2010 foi emitido o Decreto No. 7.307/10, o qual autorizou a Secretaria dos Direitos Humanos a dar cumprimento à Sentença da Corte, em particular o pagamento das indenizações às vítimas.”. (CORTE INTERAMERICANA, 2012)

Sobre o período militar a Corte julgou dois casos contra o Brasil: Gomes Lund e outros em 2010 e Herzog e outros em 2018. O conhecido Caso da Guerrilha do Araguaia – Caso Gomes Lund. A Corte analisou as ações do governo brasileiro que geraram violações aos direitos

humanos ao reprimir o movimento de oposição à ditadura, entre 1972 e 1975, denominado de *Guerrilha do Araguaia* (formado por membros do Partido Comunista do Brasil/PC do B e camponeses da região). O julgamento reconheceu que a operação realizada pelo Exército brasileiro, com o objetivo de reprimir tal manifestação, resultou em desaparecimento forçado de 70 pessoas, detenção arbitrária e tortura. Desta forma a Corte Interamericana de Direitos Humanos determinou, através de sentença, que o Brasil tomasse uma série de medidas incluindo: a abertura dos arquivos da época em que esteve no poder a ditadura militar, instauração da Comissão da Justiça, Memória e Verdade, compensação à família das vítimas, encontrar os corpos dos desaparecidos para que as famílias pudessem velar seu entes queridos, e também determinou a invalidade da Lei da Anistia (Lei 6683/79).(BRASIL, 2012).

Já o caso Herzog e outros voltou a condenar o Brasil a revogar a Lei de Anistia, declarar imprescritível os crimes contra humanidade; processar se entender pertinente punir os responsáveis pela tortura e morte de Vladimir Herzog; realizar um ato público de reconhecimento de responsabilidade internacional em desagravo à memória de Vladimir Herzog e indenizar a viúva e os filhos do jornalista. (CORTE, 2018).

Outros três casos foram julgados e resultaram em condenações para o Brasil na Corte Interamericana de Direitos Humanos em 2017. Foram o Caso da Fazenda Brasil Verde, Povo Indígena do Xucuru e da Favela Nova Brasília. O primeiro diz respeito a primeira condenação sobre a prática de trabalho escravo no Brasil. O segundo sobre a demarcação das terras indígenas do Povo do Xucuru e o terceiro sobre duas investidas da polícia civil do Rio de Janeiro na Favela Nova Brasília que resultou na morte de vinte e seis pessoas e na prática de violência sexual de três jovens, duas menores de 18 anos. (CORTE, 2018).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Conselho de Direitos Humanos da ONU desempenha o papel de fiscalizador, como se pode observar. No entanto, ainda faltam mecanismos mais eficazes na cobrança do cumprimento dos tratados pelos Estados signatários. Isso inclui o Estado brasileiro o qual ratificou dezenas de tratados e como demonstrado pelo último relatório da RPU está esquecendo de efetivar o cumprimento desses. Querer ser um *player* na política externa de direitos humanos e ficar na vitrine exigindo dos outros Estados o que não realiza dentro de suas fronteiras significa ter telhado de vidro e atirar pedra no telhado do vizinho. Antes de propor recomendações e resoluções em âmbito universal devemos cumprir com os compromissos que

firmamos. A reforma no sistema prisional e segurança pública é urgente.

No plano regional a tarefa do Brasil também é árdua pois o caso Maria da Penha trouxe visibilidade a Comissão e apresentou a luz no fim do túnel para muitas violações de direitos humanos deixadas à margem na jurisdição brasileira. Se um dos requisitos é o esgotamento dos recursos internos, é preciso que seja possível esgotá-los pois muitas vezes o princípio do devido processo legal ou do acesso à justiça é esquecido no plano interno. Desta forma, a possibilidade de recorrer a jurisdição regional é a solução. Nesse sentido também o caso da Guerrilha do Araguaia que condenou o Brasil a regatar a história das violações ocorridas no período da ditadura militar e formar com o apoio total da Presidente Dilma Rousseff a Comissão da Verdade. Ainda há muito a ser feito pelo Brasil.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

AFRICAN COURT ON HUMAN AND PEOPLES RIGHTS. Disponível em: <http://www.african-court.org/en/index.php/about-the-court/brief-history>. Acesso em 08 out. 2012.

ALGAYER, K.; NOSCHANG, P. O BRASIL E O SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS: CONSIDERAÇÕES E CONDENAÇÕES. In: **Espaço Jurídico**. v. 13, n. 2, jul./dez. 2012. Joaçaba: Editora Unochapecó. 2012. p. 211-226.

ASANO, C.L.; NADER, L. Reflexões sobre a política externa em direitos humanos do governo Lula. In: DE PAULA, M. (Org) **Nunca antes na história deste país...?: um balanço das políticas do governo Lula**. Rio de Janeiro: Fundação Heinrich Böll, 2011. p.117-131.

BORGES, N. Damião Ximenes: **Primeira condenação do Brasil na Corte Interamericana de Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Revan. 2009.

BRASIL. A Corte Interamericana de Direitos Humanos. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 07 out. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 153. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 06 fev. 2012.

BROWNLIE, Ian. **Princípios de Direito Internacional**. Trad. De Maria Manuela Farrajota (et all). Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

CASSESE, A. **International Law**. New York: Oxford University Press. 2005.

COELHO, Rodrigo M. G. **Proteção Internacional dos Direitos Humanos: A Corte Interamericana e a Implementação de suas Sentenças no Brasil**. Curitiba: Juruá. 2007.

CIDH. Comissão interamericana sobre direitos humanos. Disponível em: <<http://www.cidh.org>>. Acesso em: 06 out. 2012.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITO HUMANOS. Jurisprudência. Disponível

em:<<http://www.corteidh.or.cr/docs/casos>>. Acesso em: 26 nov. 2018.

CONNECTAS. Pés de barro » Contradições do Brasil em direitos humanos são debatidas na ONU. Disponível em: <http://www.conectas.org/politica-externa/lideranca-global-contradicoes-do-brasil-em-direitos-humanos-serao-debatidas-na-onu>. Acesso em: 07 out. 2012.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/>>. Acesso em: 06 out 2012.

DELMAS-MARTY, M. **Três Desafios para um Direito Mundial**. Rio de Janeiro: Lumen Júris. 2003.

DINH, Nguyen Quoc, DAILLIER, Patrick, PELLET, Alain. **Direito Internacional Público**. 2.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. 2002.

MAZZUOLI, V. O. **Curso de Direito Internacional Público**. 5.ed São Paulo: Revista dos Tribunais. 2011.

MAZZUOLI, V. O.(Org.) **Coletânea de Direito Internacional**. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2011.

MATOS BRITO, S.R.. **Direitos Humanos na Organização dos Estados Americanos**: Análise da atuação brasileira ante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos. *Advocacia Geral da União*. Disponível em: <http://www.agu.gov.br/sistemas/site/TemplateImagemTextoThumb.aspx?idConteudo=113927&ordenacao=1&id_site=4922>. Acesso em: 07 out. 2012.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Disponível em: onu.org.br. Acesso em: 30 de set. 2012.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Brasil recebe mais de 240 recomendações de direitos humanos na ONU. Disponível em :< <https://nacoesunidas.org/revisao-periodica-universal-brasil-recebe-mais-de-240-recomendacoes-de-direitos-humanos-na-onu/>>. Acesso em: 26 nov. 2018.

PIOVESAN, F. **Direitos Humanos e Justiça Internacional**. São Paulo: Saraiva. 2006.

PIOVESAN, F. **Direitos Humanos e O Direito Constitucional Internacional**. 13.ed. São Paulo: Saraiva. 2012.

PRONER, C. Brasil no Conselho de Direitos Humanos da ONU. *Carta Maior*. Disponível em: http://www.cartamaior.com.br/templates/colunaMostrar.cfm?coluna_id=5499. Acesso em: 07 out. 2012.

UNITED NATIONS. Human Rights. Disponível em: <http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/UPR/Pages/UPRmain.aspx>. Acesso: 07 out 2012.

VENTURA, D.; CETRA, Raísa. O Brasil E O Sistema Interamericano de Direitos Humanos: De Maria da Penha à Belo Monte . In: SILVA FILHO, J. C.; TORELLY, M. (orgs.). **Justiça de Transição nas Américas**: olhares interdisciplinares, fundamentos e padrões de efetivação. Belo Horizonte: Forum. 2013. (prelo). p.1-61.

A DEMOCRACIA E A REALIDADE POLÍTICA BRASILEIRA ATUAL: análise da importância da otimização democrática por ocasião do aniversário de 30 anos da CF/88

Rubens Beçak¹

INTRODUÇÃO

A práxis política brasileira tem se mostrado muito mais dinâmica do que os instrumentos tradicionalmente presentes em nosso constitucionalismo, mesmo com a introdução formal de mecanismos de democracia semidireta com a Constituição Federal de 1988, promulgação que agora comemoramos seus 30 anos.

A natural hipertrofia do Executivo brasileiro, exacerbada com a prática da legislação direta por meio das medidas provisórias somada àquilo que Abranches² definiu como a existência do “presidencialismo de coalizão” fez com que a colidência de interesses com o Legislativo se exacerbasse.

Ademais, a profunda crise de legitimidade das instituições políticas, amplificada pela profunda angústia consumerista do pós-modernismo, na qual a cobrança por atendimento às necessidades individuais ultrapassa quaisquer possibilidades de satisfação pelo poder público.

Este fenômeno, que já viera a furo, de certo modo, por ocasião do *impeachment* de Collor de Mello em 1992, vai voltar a assombrar todas as presidências posteriores, notadamente com as conhecidas crises de governabilidade que por vezes surgiram³. É o que certamente ocorreu também no

¹Livre-docente em Teoria Geral do Estado e Doutor e Mestre em Direito Constitucional pela Universidade de São Paulo – USP. Professor Associado da Universidade de São Paulo – USP – Secretário-Geral da Universidade de São Paulo (2010-14). Professor visitante na Universidad d Salamanca no Centro de Estudios Brasileños. E-mail: rubens.becak@gmail.com

² Cf. ABRANCHES, Sérgio. Presidencialismo de coalizão: raízes e evolução do modelo político brasileiro. São Paulo: Cia. Letras, 2018.

³ Lembre-se, v.g. as decorrentes da iniciativa pela reeleição e o escândalo da “pasta rosa” em FHC I, aquela decorrente no problema do abastecimento elétrico (e conseqüente racionamento de energia) em FHC II, o escândalo do mensalão e o estreito envolvimento senão da presidência, ao menos de muitos de seus ministros

episódio do *impeachment* de Dilma Rousseff em 2016. Certamente, neste caso, não deve ser ignorada a profunda divisão eleitoral e ideológica que a apuração do segundo turno das eleições presidenciais em 2014 demonstrou. Quase metade⁴ do eleitorado não votou na então presidente, aclarando-se ali, a exacerbação da divisão política nacional.

Entretanto, superado o momento eleitoral, a continuidade da já mencionada colisão de interesses entre os Poderes Executivo e Legislativo, somada à divulgação de denúncias, seguidas de investigações acerca de práticas de corrupção e crimes correlatos dos mais variadas e extensos, fez com que o termômetro da crise aumentasse. É de constação corrente a profunda divisão com que vem se defrontando a sociedade brasileira, fato histórico dos mais notáveis.

A utilização do instrumento constitucional do *impeachment* de forma obliterada segundo a opinião de muitos, para estes ficando evidente que o que se pretendia era a deposição da mandatária em decorrência de insatisfação político-eleitoral e não, como se esperaria da correta utilização do procedimento, por responsabilização, agudizou mais ainda aquele momento.

A contínua fermentação na possibilidade de reformas político-eleitorais que viessem a eventualmente fornecer solução para o *conundrum* sempre fica frustrada pela final votação de aspectos menos importantes pelo Congresso Nacional.⁵

Não de menor importância, o papel da judicialização da política na vida nacional, sobretudo a atuação em todo o processo de apuração e julgamento da operação Lava-Jato, bem como, não se olvide, no controle e participação no *impeachment* em si.⁶

Aqui também, a regular aplicação do bloqueio de candidaturas inquinadas como “sujas”, considerando a “Lei da Ficha Limpa”, Lei Complementar n. 135/10 é

e assessores (LULA I), as “jornadas de julho de 2013” e toda rebelião generalizada de grandes parcelas da população (DILMA I).

⁴ Os dados finais do segundo turno apontaram 51,64% para Dilma Rousseff e 48,36% para Aécio Neves.

⁵ Do qual são notórios exemplos as duas últimas (a de outubro de 2017, já com Temer na Presidência, e a de setembro de 2015, cognominada minirreforma).

⁶ Por exemplo, nas liminares que obstaculizaram a posse de Lula da Silva como Ministro da Casa Civil de Dilma, ou naquelas que forçaram a renúncia do então Ministro da Justiça Wellington Lima e Silva.

percebida por alguns como indevida interferência na legitimidade advinda pela representação.

1. INSUFICIÊNCIA DA DEMOCRACIA REPRESENTATIVA

Muito se tem debatido que a democracia representativa pelos partidos encontrou seu ponto de questionamento com a continuidade do debate acerca de sua legitimidade. De algo que se tornou hegemônico, aceito por todos como inevitável, inescapável, vai fluir crítica cada vez mais adensada sobre sua possibilidade de otimização. A respeito, já o dissemos que: “(...) a democracia, por um lado, tornou-se onipresente mundo afora, constituindo aquele tipo de ideia que parece que se auto impôs pela sua própria força (...)”⁷

E também que se a democracia veio a se estabelecer como a forma antes das formas, tornando a dicotomia república x monarquia secundária, o debate sobre a representação e os partidos políticos nunca deixou de estar presente. Aliás, não raramente, o questionamento se faz pelo distanciamento entre as vontades de representantes e representados. Papel fundamental na sua evolução é o desempenhado pelo alargamento do direito de voto, o que se dá num lento processo evolutivo, ao longo dos séculos XIX e XX. Apesar da evidente ampliação do espectro dos habilitados a participar da cidadania ativa, a ânsia por mais e melhores práticas que permitissem uma busca mais efetiva de legitimidade na democracia, vai fazer com que se acentue a busca por práticas de democracia semidireta.

A democracia parecia a muitos ser um bonito nome para um sistema meramente formal e de tal forma afastado da concepção idealizada que, seguramente, não havia como estabelecer paralelo razoável entre a vontade do eleitor e a do eleito. A existência dos desprestigiados “governos de Assembleia” acentuava tal acepção, na medida em que estavam mais para câmaras burguesas de representação da vontade desta classe social ou pior, de interesses unipessoais. Os próprios estudiosos do fenômeno dos partidos políticos começam a advertir quanto à sua tendência igualmente oligárquica. Ademais, a erupção da denominada “questão social” provocará o surgimento e

⁷ Cf. Beçak, Rubens. A democracia moderna, sua evolução e a necessidade de otimização la democracia moderna, su evolución y la necesidad de optimización. In *Revista de estudios brasileños*. v. 2. n. 2. 1o. semestre 2015, p. 49.

“expansão de movimento de inconformismo” e pavimentará o caminho ao surgimento de novo tipo de Estado, aquele denominado “Social”.⁸

Com o final da 2ª Grande Guerra e a onda de “redemocratização”, qualquer crítica à democracia tradicional, representativa, parecia a todos inoportuna e fora de contexto. É somente um pouco mais para frente que este questionamento vai se readensar, constituindo momento paradigmático a crise que se passará na República Francesa, sobretudo com a desgastante Guerra na Argélia. O seu desenlace dar-se-á com a assunção do poder por De Gaulle, o qual, com o mandato especial que lhe foi concedido pela Assembleia, conduzirá processo constituinte do qual exsurgirá a famosa Constituição da “V República”. No curso deste processo de “recriação” constitucional, alguns compromissos foram necessários, dentre os quais o que respeita a democracia representativa e os mecanismos de consulta direta. Esta valorização, quando coubesse, com a evidente conotação de servir como incremento de legitimidade, virá a constituir-se nota marcante desta nova fase política francesa. Apesar de o *referendum* ser objeto do constitucionalismo francês já na Constituinte de 1792, a sua prática tinha decrescido enormemente, sobretudo pela sombra feita pelo primado da representatividade. A entronização desta, vai tender a verificar a prática da intervenção direta do povo como verdadeiro atentado à democracia. Foi preciso a crise, o compromisso exigido pelo grande líder da “França Livre”, para que esta resistência esmorecesse.

A conurbação da democracia representativa com institutos que permitissem a intervenção direta da população vai obrigar à conceituação de novo modelo, o da “democracia semidireta”, com o incremento da participação.

Aqui, se dever lembrar que, em outra senda, parte relativa da doutrina vê o desenvolvimento e apogeu da democracia semidireta nas primeiras décadas do século passado, especialmente no “entre guerras”, no momento da “agudização” do questionamento democrático. Para esta parcela, o modelo suíço foi aquele que influenciou alguns sistemas europeus, como a Alemanha de Weimar e prefere anotar o caso francês como aplicação de forma desvirtuada, em cêpa cesarista.

⁸ Cf. Beçak, Rubens. A democracia moderna, sua evolução e a necessidade de optimização la democracia moderna, su evolución y la necesidad de optimización. In *Revista de estudios brasileños*. v. 2. n. 2. 1o. semestre 2015, p. 50.

O elemento diferenciador da democracia representativa para o novo modelo consiste na possibilidade de utilização de instrumentos nos quais a população decide diretamente, quando assim demandada, sobre determinada matéria. Os instrumentos tradicionais de sua viabilização são o plebiscito e o *referendum*, admitindo alguns sistemas outros mecanismos. Destes, usam-se aqui o *recall* e o veto popular, em alguns estados e localidades estadunidenses, além do *abberufungsrecht* suíço. O *recall* constitui a possibilidade de revocação do mandato do representante eleito, em certas circunstâncias, devidamente subscrita por percentual de eleitores e no meio do mandato.⁹

O *abberufungsrecht*, instituição tradicional suíça, configura-se na possibilidade de revocação coletiva de mandatos. Neste país, sete cantões e um semicantão o adotam. O veto popular, por sua vez, é aquele instituto em que os cidadãos, seguindo alguns requisitos, possam tirar a validade de uma dada lei. Ele aparece em algumas constituições estaduais americanas, onde sua utilização encontra grande divulgação.¹⁰

Dentre nós, vale referir ainda que José Afonso da Silva relaciona a Ação Popular, dentre nós desde a Constituição de 1934, como efetivo exercício de participação na vida política. Nós, lembramos que dizer que a Ação Civil Pública, existente infraconstitucionalmente desde 1985, constitucionalizada em 1988, também é, mesmo que reflexamente, instrumento para tal.

2. A DEMOCRACIA E SEU MELHORAMENTO / O PAPEL DA PARTICIPAÇÃO

Mas será que com esta descrição do instrumental mais usualmente colocado à disposição do cidadão, temos realmente uma gama de mecanismos que permitam que se supra aquele distanciamento a que já nos referimos, aquela sensação que é de certa forma comum, de que as reais necessidades e angústias da população não estão sendo discutidas nos foros de exercício do poder? No sentido do aprimoramento é que uma

⁹ Foi instrumento previsto e utilizado à larga nos ordenamentos constitucionais dos países socialistas, nos quais vigia o mandato imperativo, no estrito entendimento de que a prestação de contas ao eleitor constitui “princípio democrático” fundamental. Cf. Beçak, NR anterior, p. 50 e s.s.

¹⁰ cf. Beçak, Rubens. A democracia moderna, sua evolução e a necessidade de optimização la democracia moderna, su evolución y la necesidad de optimización. In Revista de estudios brasileños. v. 2. n. 2. 1o. semestre 2015, p. 51-52.

série de estudos e experiências existem, no sentido de diminuir esta distância.

Vejam-se os estudos pioneiros de Capeletti acerca da utilização da televisão como forma de aproximação, papel que hoje em dia poderia perfeitamente caber à Internet, como, aliás, é a proposta concreta de Al Gore no seu *The Assault on Reason*. Bonavides já advogou a possibilidade de elaboração de Emenda Constitucional popularmente, pela inclusão de item IV ao art. 60 da Constituição.

Não nos esqueçamos de propostas de criação do mandato imperativo, não no sentido antigo de sua utilização, mas no da vinculação da ação do parlamentar ao programa partidário ou de governo, sob pena de revocação de seu mandato ou ainda de algumas experiências efetivamente colocadas em prática, como o orçamento participativo, algo que de forma pioneira surgiu no Rio Grande do Sul e de lá espalhou-se, sendo hoje, conforme preleção de Souza Santos utilizado em mais de 1.200 cidades da América Latina.

Importante ainda referirmos a experiência dos conselhos participativos, notadamente os Conselhos Municipais de Saúde, os Conselhos Escolares, de Segurança, de gestão de espaços públicos etc., todos eleitos pela população.

Previsivelmente, estas vias de participação democrática encontram uma grande resistência dos partidos políticos, que as vêem como verdadeira ameaça. Em todas estas experiências, de certa forma, vai evidente a retomada dos valores rousseauianos inclusive na sua crítica aos institutos da representação.

O que podemos dizer, com segurança, é que a ampliação do horizonte do incremento da participatividade assegura real ganho democrático.

Vale lembrar as históricas preleções a respeito de Schumpeter e Arendt: Para o primeiro: “(...) [é um] método de seleção das elites através de eleições periódicas (...)” ou, para a segunda: “(...) o que agora chamamos democracia é uma forma de governo na qual poucos governam em nome do interesse da maioria (...)”.

Também, em breve referência, o que se passa no denominado “novo constitucionalismo” latino-americano, como o venezuelano, o equatoriano e o

boliviano, nos quais esses instrumentos encontram guarida.¹¹ Ali, a previsão de mecanismos participativos foi pensada neste guião

O caminho da participação como forma de aperfeiçoamento democrático parece ser algo irreversível, o que a adoção por um número cada vez maior de países parece indicar.¹²

3. A CRISE BRASILEIRA E SUA RELAÇÃO COM A LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA

Se no item precedente investigamos, mesmo que rapidamente, o evolimento da democracia representativa e de como ela passou a ser questionada em busca de otimização, explorando sobretudo, nesta vertente de investigação, a questão da participação, resta-nos também verificar se os (principais e mais recentes) acontecimentos políticos em nosso país obrigam à uma reflexão mais denodada sobre este problema.

Vale observar, em outras palavras, se a legitimidade da prática democrática não passou por um crivo maior nos últimos tempos, e em que medida a adoção de instrumentos participativos não traria eventual ganho neste desvão.

O problema central tem sido o de verificar o valor e a atualidade da representação desde que – numa sociedade em que tudo assume o valor de importante em virtude da exacerbação exponencial dos individualismos e idiosincrasias – a percepção de que um sistema, fundado na verificação do bem comum pelo critério da maioria, seria contestado. É cada vez mais dificultosa a fixação de parâmetros que atendam ao pressuposto interesse geral, quando no dia a dia os interesses de uma sociedade plural é que são valorizados. Aliás, os ambientes acadêmicos estadunidense e francês têm sido pródigos na produção de trabalhos específicos sobre a temática dessa superação.¹³

¹¹ Na Venezuela, v.g. a Constituição de 1999, faz a previsão dos mecanismos participativos no seu art. 70.

¹² Tivemos a oportunidade de abordar essas questões todas com mais detalhamento em trabalho efetuado com Longhi, João Victor Rozatti. Cf. A democracia participativa e sua realização: o marco civil para a regulamentação da internet no Brasil. Direito da sociedade da informação. 2012, v. , p. 601 e s.s.

¹³ Cf. Beçak, Rubens. A democracia moderna: sua evolução e o papel da deliberação. Revista de informação legislativa, v. 50, n. 199, p. 7-23, set. 2013.

Em análise sobre o papel das Tecnologias da Informação e Comunicação, tive oportunidade de analisar o problema, como se segue:¹⁴

A questão é também posta à representação política e, naturalmente, ao seu locus tradicional nas democracias contemporâneas: o Parlamento. Principalmente quando é possível verificar que os moldes tradicionais da representação vão se tornando cada dia mais anacrônicos, levando muitos a concluírem se tratar de uma crise de representatividade política ou, simplesmente, um alto déficit democrático entre a vontade do representante e a vontade do representado.

E ainda, que:

Isto porque a dita crise de representatividade é algo recorrente entre a doutrina, dela decorrendo, por exemplo, entraves como: as dificuldades de exercício da iniciativa popular; a composição de uma bancada governista a obstar o exercício da função obstrutiva (e todas as outras); a formação de grupos de pressão multipartidários atuando de acordo com seus próprios interesses (bancada ruralista, “evangélica”, etc.); a pouca informação prestada pelo próprio legislativo e a maior visibilidade dada ao poder executivo; dentre tantos outros fatores que levam muitos a afirmar que o legislativo hoje está mais próximo de um problema do que uma solução para o “gap de representatividade”. Portanto, muitos questionam se a solução para o problema seria o fim do Parlamento.

A insatisfação com os rumos do exercício do poder acaba – quase sempre e na análise do que vai no juízo do homem mediano – associada com a insatisfação com o sistema democrático em si, a responsabilizar-se ele próprio como aquele que possibilita o “caldo de cultura” para o desvão.

Entendemos que todos aqueles institutos e mecanismos que possam fazer devolver a sensação de suficiência e efetividade do sistema acabarão em relação direta por possibilitar revalorização na percepção de que o sistema hegemônico (a democracia) ainda é aquele sistema que, apesar de todas as suas imperfeições, ainda é o melhor já inventado.

Para tal, temos a percepção de que sem uma real e mais hodierna revalorização dos mecanismos diretos de atuação, aonde isto couber,¹⁵ teremos, em resposta direta e reflexa, o readensamento da legitimidade do sistema como um todo.

Em matéria jornalística extremamente recente, Fausto,¹⁶ leciona com todas as

¹⁴ Cf. Beçak, Rubens; Longhi, João Victor Rozatti. Internet como esfera pública global e o papel atual dos parlamentos no processo legislativo. Revista da Faculdade de Direito de Valença (Cessou em 1999. Cont. 1518-8167 Revista Interdisciplinar de Direito), v. 1, p. 37-54, 2014., e, nas passagens, p. 14-15.

¹⁵ Temos advogado a utilização dos mecanismos participativos já mencionados, nos nichos comunitários e demais grupamentos nos quais sejam passíveis de prática.

¹⁶ A matéria completa, com as passagens selecionadas, pode ser cf. em OESP, “Não há apatia pela disputa: há

letras que a democracia “(...) não está dando conta”; passa por profunda crise. E que a crise que vivemos hoje “(...) é diversa das outras. É mais profunda, representa uma virada”.

Temos a convicção que se conseguirmos aproximar as decisões (democraticamente) tomadas, nos *loci* nos quais isto se viabilize – e aqui certamente falamos dos ambientes comunitários e grupais -, teremos a possibilidade de caminhar em um norte alvissareiro.

Isto parece encontrar supedâneo na lição de Nussbaum, ao advertir sobre o papel da democracia na construção do desenvolvimento humano. Cf., *literis*:¹⁷

The Human Development model is committed to democracy, since having a voice in the choice of the policies that govern one's life is a key ingredient of a life worthy of human dignity. The sort of democracy it favors will, however, be one with a strong role for fundamental rights that cannot be taken away from people by majority whim.

Ou ainda:¹⁸

If a nation wants to promote this type of humane, people-sensitive democracy dedicated to promoting opportunities for “life, liberty and the pursuit of happiness” for each and every person, what abilities will it need to produce in its citizens? (...) The ability to think well about political issues affecting the nation, to examine, reflect, argue, and debate, deferring to neither tradition nor authority

Certamente a participação, colmatando - sem nunca substituir - somando, agregando-se à representação, possui um papel extremamente importante neste caminho!

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ABRANCHES, Sérgio. **Presidencialismo de coalizão: raízes e evolução do modelo político brasileiro**. São Paulo: Cia. Letras, 2018.

ASTARIA, Martín (et alli). **Gobierno local, transparencia y participación ciudadana: seguimiento del cumplimiento de los acuerdos de discrecionalidad cero en los municipios de Córdoba**. Buenos Aires: Fund. Poder Ciudadano, 2006.

ÁVILA, Caio Márcio Brito. **Recall: a revogação do mandato político pelos eleitores: uma**

desencanto”. Entrevista com FAUSTO, Boris. *Jornal OESP*, 14.5.2018. Caderno C2.

¹⁷ Cf. NUSSBAUM, Martha C. *Not for profit – why democracy needs the humanities*. Princeton: Princeton University Press, 2010, p. 24-25.

¹⁸ Cf. NUSSBAUM, Martha C. *Not for profit – why democracy needs the humanities*. Princeton: Princeton University Press, 2010, p. 25.

proposta para o sistema jurídico brasileiro. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

BEÇAK, Rubens. Brasil e a crise política de 2016: perspectiva de análise e a relação entre Legislativo e Judiciário. In **Revista de Estudios Brasileños**. v. 5. n. 9. 1o. semestre 2018.

BEÇAK, Rubens. **A Democracia Moderna, sua evolução e a necessidade de otimização**. La Democracia Moderna, su evolución y la necesidad de optimización. In **Revista de estudios brasileños**. v. 2. n. 2. 1o. semestre 2015

BEÇAK, Rubens. **Democracia moderna: sua evolução e o papel da deliberação**. Revista de informação legislativa, v. 50, n. 199, p. 7-23, set. 2013.

BEÇAK, Rubens. **Governability and government systems: the Brazilian presidential experience after 1988**. In: 2009 Joint Meetings of the Law and Society Association and The Research Committee on Sociology of Law, 2009. Law, Power, and Inequality in the 21st Century, 2009.

BEÇAK, Rubens. **A hipertrofia do executivo brasileiro: o impacto da Constituição de 1988**. Campinas: Millenium, 2008.

BEÇAK, Rubens. **Democracia: hegemonia e aperfeiçoamento**. São Paulo: Saraiva, 2014.

BEÇAK, Rubens; LONGHI, João Victor Rozatti. Instrumentos de implementação da democracia participativa e o uso das tecnologias da informação e da comunicação para sua realização. In: **Anais do XX Encontro Nacional do CONPEDI – Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito**. (Belo Horizonte, 22-25. jun. 2011).

BEÇAK, Rubens; LONGHI, João Victor Rozatti. Tendências da democracia participativa: a influência da Internet no perfil da representação e evento do orçamento participativo. In: **Anais do XX Congresso Nacional do CONPEDI – Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito**. (Vitória, 16-19. nov. 2011). p. 3550-3574.

BEÇAK, Rubens; LONGHI, João Victor Rozatti. A democracia participativa e sua realização: O marco civil para a regulamentação da Internet no Brasil. **Direito da Sociedade da Informação**, 2012, v. , p. 601 e s.s.

BEÇAK, Rubens; LONGHI, João Victor Rozatti. Internet como esfera pública global e o papel atual dos parlamentos no processo legislativo. **Revista da Faculdade de Direito de Valença** (Cessou em 1999. Cont. 1518-8167 Revista Interdisciplinar de Direito), v. 1, p. 37-54, 2014.

BEÇAK, Rubens; LONGHI, João Victor Rozatti. Internet como esfera pública global e o papel atual dos parlamentos no processo legislativo. **Revista da Faculdade de Direito de Valença** (cessou em 1999. cont. 1518-8167 Revista Interdisciplinar de Direito), v. 1, p. 37-54, 2014.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. São Paulo: Malheiros, 2000.

BONAVIDES, Paulo. **Constituinte e constituição**: a democracia, o federalismo e a crise contemporânea. 3. ed. Malheiros: São Paulo, 2010.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da República portuguesa anotada**. Arts. 1º a 107º. 4. ed rev. v. I. Coimbra: Coimbra Ed., 2007.

CHERESKY, Isidoro. **El nuevo rostro de la democracia**. México: Fondo de Cultura Económica, 2015.

COMPARATO, Fábio Konder. Sobre a mudança do regime político no Brasil. in ARANTES, Aldo; LAVENÈRE, Marcello; SOUZA NETO, Cláudio (Org.). **A OAB e a reforma política democrática**. Brasília: OAB, Conselho Federal, 2014.

DAHL, Robert. **A democracia e seus críticos**. Trad. Patrícia de Freitas Ribeiro; rev. de trad. Aníbal Mari. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012.

DUVERGER, Maurice. **Le système politique français**: droit constitutionnel et système politique. Paris: Presses Universitaire de France, 1990.

DUVERGER, Maurice. **Los partidos políticos**. México: Fondo de Cultura Económica, 1996.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Do processo legislativo**. São Paulo: Saraiva, 2012.

GARCIA, Maria. O processo legislativo e os sentidos da liberdade. Participação exercício da cidadania. In: **Doutrinas Essenciais de Direitos Humanos**. v. 2. ago-2011.

GOUVEIA, Jorge Bacelar. **Manual de direito constitucional**. v. I e II 5. ed. Coimbra: Almedina, 2014.

KAUFMANN, Bruno; BÜCHI, Rolf; BRAUN, Nadja. **The IRI guidebook to direct democracy initiative & referendum**. 4. ed. Berna: Institute Europe, 2010.

KELSEN, Hans. **A democracia**. 2. ed. Trad. Vera Barkow, Jefferson Luis Camargo, Marcelo Brandão Cipolla e Ivone Castilho Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

LEMBO, Cláudio. **A pessoa**: seus direitos. Barueri: Manole, 2007.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. v. III. t V e VII. Coimbra: Coimbra Ed., 2014.

NUSSBAUM, Martha C. **Not for profit** – why democracy needs the humanities. Princeton: Princeton University Press, 2010.

NUSSBAUM, Martha C. **Creating capabilities**: The human development. Cambridge: Belknap Press of Harvard University Press, 2011.

OESP, “Não há apatia pela disputa: há desencanto”. Entrevista com FAUSTO, Boris. **Jornal OESP**, 14.5.2018. Caderno C2.

SANSON, Alexandre; MAZOTTI, Marcelo; FAGUNDES, Tatiana Penharrubia. A Oposição na Política. In: TORRES, Vivian de Almeida Gregori; CAGGIANO, Álvaro Theodor Herman Salem (Org.). **Estudos de Direito Constitucional**: homenagem à Professora Monica Herman Salem Caggiano. São Paulo: IELD, 2014.

SANSON, Alexandre. Dos grupos de pressão na democracia representativa: limites jurídicos. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013.

SOARES, Alessandro. **Processo de cassação do mandato parlamentar por quebra de decoro**. São Paulo: Saraiva, 2014.

STEARNS, Marc. **Demanding democracy**: American radicals in search of a new politics. Princeton: Princeton University Press, 2010.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2012.

TUSHNET, Mark. **The constitution of the United States of America**: a contextual analysis. Hart Publishing: Portland, 2009.

VIEIRA, José Ribas; SOUZA, Raphael Monteiro de. Recall, democracia direta e estabilidade institucional. In: SENADO FEDERAL. **Revista de informação legislativa**. Ano 51 n. 202 abr./jun. 2014 Disponível em: Acesso em 25 fev. 2016. p. 51

ZIMMERMAN, Joseph. Recall (verbete). In: KURIAN, George Thomas (Ed. Chf). **Encyclopedia of political Science**. Washington: CQ Press, 2011.

DIREITOS HUMANOS E PÓS-COLONIALISMO: o problema da justificação moral de normas e valores

Marcio Renan Hamel

INTRODUÇÃO

Em sociedades pós-tradicionais e pós-convencionais se enfrentam várias e novas questões de ordem mundial, tais como os conflitos étnicos e religiosos, as migrações, as demandas de gênero, de transexualidade, de cor, todas envolvendo reivindicações por alguma forma de identidade, que se pode denominar aqui de reconhecimento.

O atual cenário mundial traz consigo um momento singular no que tange aos avanços da ciência da informação e tecnologia, aliados às novas e promissoras perspectivas da biociência, dos chamados novos direitos, dos novos padrões de produção, da transnacionalização de mercados, de reformas de Estados, todas, conseqüências da globalização hegemônica.

Algumas mudanças em nível mundial são acarretadas pela avassaladora e, em determinados sentidos, destruidora onda política neoliberal, tais como desemprego em massa, racionalização extrema da produção, poluição desenfreada do meio ambiente, imposição ao mundo da lógica do capital e, acima de tudo, descarte do ser humano ante um padrão estético de consumismo irracional e inconseqüente. Tais mudanças são frutos diretos do processo de globalização hegemônica, a qual se apresenta não somente como monopolizadora do capital, mas também da tentativa de homogeneização cultural, complexificando ainda mais as relações mundiais entre o Norte e o Sul e, por vezes, colocando em xeque a própria percepção do *self*.

Considerando o alto padrão de diversidade cultural apresentado por estas sociedades da primeira década do século XXI, os direitos humanos anunciados pela modernidade, mas também e de forma específica pelas declarações do recém findo século XX, encontram dificuldades em contemplar as diferenças culturais, religiosas e também comunitárias, sendo premente a reconstrução de alguns direitos e a implementação de outros. Reside aí o problema do universalismo *versus* o relativismo

cultural, bem como a pseudo-universalidade dos direitos humanos.

A partir deste quadro, surgem novas demandas e, principalmente, reivindicações teóricas das denominadas teorias do pós-colonialismo, as quais do ponto de vista epistêmico reclamam independência na produção do conhecimento científico e desapego à produção de conhecimento eurocêntrica. A nova postura epistemológica fornece uma teoria de reconstrução dos direitos humanos, especificamente pela obra de Boaventura de Sousa Santos, que mesmo sendo português, não se vê como cientista social que fala do centro para a periferia, mas sim da periferia para o centro.

Dessa forma, o objetivo central da presente pesquisa é analisar até que ponto a postura pós-colonialista quanto à política emancipatória de direitos humanos pode se assemelhar à teoria discursiva do direito de Jürgen Habermas, representante da terceira geração da teoria crítica. A resposta a ser buscada é se estas teorias podem apresentar convergência epistemológica quanto a uma reconstrução da teoria dos direitos humanos, com conteúdo verdadeiramente emancipatório e humanista.

Para dar conta do anunciado desafio investigativo, a presente pesquisa apresenta três sessões, quais sejam: a primeira sessão – Direitos humanos e Estado Democrático de Direito – aborda os temas acerca da historicidade e universalidade dos direitos humanos, bem como do novo modelo de sociedade surgido na modernidade; a segunda sessão – Pós-colonialismo: epistemologia e direitos humanos – trata de algumas posturas das teorias do pós-colonialismo e, de maneira específica, da postura teórica apresentada por Boaventura de Sousa Santos; e a terceira sessão – A questão da justificação moral de normas e valores universais: a dimensão emancipatória da teoria crítica – apresenta uma reflexão sobre a necessidade de consenso quanto a valores morais e regras jurídicas que regulem a sociedade, ressaltando como a teoria discursiva do direito, da moral e da democracia de Jürgen Habermas responde a esta questão.

1. DIREITOS HUMANOS E ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Em relação à temática dos direitos humanos há um debate acerca de sua fundamentação, onde, por um lado, entende-se que os direitos humanos são históricos e, de outro lado, entende-se que os direitos humanos são universais, possuindo assim

validade e eficácia para todas as pessoas, independentemente de cor, credos, ideologias, etc. A partir do entendimento de base kantiana, os direitos humanos são considerados universais. No entanto, pensar a universalidade dos direitos humanos é ocidentalizar o mundo?

Na obra *A Era dos Direitos*, Bobbio (1992) aborda o tema do significado filosófico-histórico da inversão característica do Estado Moderno, ocorrida na relação entre Estados e cidadãos: prioridade dos deveres dos súditos à prioridade dos direitos do cidadão, ocorrendo a afirmação da teoria individualista da sociedade em contraposição à concepção organicista tradicional.

De acordo com Bedin (2002, p.103-104), durante os séculos XVII e XVIII surgiu um novo modelo de sociedade, chamado individualista ou atomista, que possui características específicas em detrimento ao modelo tradicional, denominado organicista ou holista. A partir disso, o autor entende que houve cinco grandes inversões:

Em primeiro lugar, inverte a relação entre o Estado (todo) e os indivíduos (parte), colocando no centro do mundo político os indivíduos (partes), e não mais o Estado (todo) como sustentou durante vários séculos o modelo organicista. Em segundo lugar, inverte a relação entre idéia de desigualdade entre os homens e a idéia de igualdade entre os mesmos, destacando esta última como um dos valores básicos da nova sociedade. Em terceiro lugar, inverte a relação entre a origem natural do Estado e origem contratual do mesmo, demonstrando que o Estado não surge do desdobramento de comunidades menores, como afirma o organicismo, mas sim de um contrato entre os indivíduos. Em quarto lugar, inverte a relação entre o fundamento divino ou tradicional do poder e o fundamento popular do consenso entre os indivíduos. Em quinto lugar, inverte a relação entre os deveres e os direitos do homem, destacando a prevalência destes últimos que, inclusive, passam a ser declarados (BEDIN, 2002, p. 103-104).

Conforme Bobbio (1992, p.49) há um reconhecimento dos direitos do homem, bem como uma crescente importância atribuída em razão dos debates internacionais. O autor aponta para três processos de evolução histórica dos direitos: conversão em direito positivo, generalização e internacionalização. Nesse sentido, Bobbio (1992, p.52) entende que existe um “progresso moral da humanidade”, uma vez que o debate acerca dos direitos do homem torna-se cada vez mais amplo, cada vez mais intenso, chegando a envolver todos os povos da Terra.

O Estado de Direito também declara direitos fundamentais que estruturam a sua dimensão de legitimidade. O cidadão pode, inclusive, ingressar na via judicial contra o

próprio Estado para buscar reparar a lesão causada a seu direito. A tripartição dos poderes é o enfraquecimento da soberania. Com efeito, Estado de Direito é

um Estado subordinado ao direito, que defende os direitos fundamentais e a segurança de seus cidadãos e que tem por base o princípio da razoabilidade, da responsabilidade por seus atos e do respeito a via judicial. Além disso, estrutura-se a partir da divisão dos poderes e da descentralização de suas atividades, sendo a sua administração orientada pelo princípio da legalidade e voltada à supremacia dos princípios da liberdade e da igualdade, sem nunca afastar o fundamento popular do poder e a defesa do bem público (BEDIN, 2002, p.178-179)

Encontra-se, porém, em Bobbio, certa contradição: se o fundamento dos direitos humanos é histórico, não pode haver nenhuma jurisdição universal. Primeiro, deve-se reconhecer se esse direito pode ser cobrado universalmente. Nota-se, nesse contexto, que o relativismo é tão ruim quanto o universalismo, sendo que o relativismo pode legitimar qualquer fato histórico e, como se sabe, o regime autoritário castra a diferença. Essa é uma questão: como trabalhar a igualdade e a diferença dentro de uma sociedade multicultural?

Os direitos humanos inauguram uma nova era, são direitos naturais do homem (Estado de Natureza). Na concepção de Thomas Hobbes é um Estado de guerra, enquanto que para John Locke é um Estado precário e já para Rousseau há uma falta de consenso. Nesse sentido, o Estado passa a administrar esses direitos e detém o direito de julgar. Locke vê o Estado Liberal mínimo, onde só se julga os litígios. O homem faz nascer o Estado, passando-se de uma relação súdito x soberano para uma relação Estado x cidadão. Surge a partir de então o princípio da legalidade, a lei como limite de atuação do Estado sobre o homem.

A questão que se coloca é a seguinte: “é necessário fundamentar os direitos humanos?”. Para Bobbio, a fundamentação não é tão importante, mas sim a sua proteção:

Com efeito, o problema que temos diante de nós não é filosófico, mas jurídico e, num sentido mais amplo, político. Não se trata de saber quais e quantos são esses direitos, qual é a sua natureza e seu fundamento, se são direitos naturais ou históricos, absolutos ou relativos, mas sim qual é o modo mais seguro de garanti-los, para impedir que, apesar das solenes declarações, eles sejam continuamente violados (1992, p. 25).

Ao contrário do fundamento histórico, a tese moral é kantiana, é uma questão de própria garantia do homem. Direitos humanos são mais que direitos fundamentais e, nesse sentido, ou se reconhece os direitos humanos ou não se considera a sua

existência. A historicidade de um país está em reconhecer esses valores; ou existe um fundamento universal ou não existe. É a universalidade que garante a diferença.

O caráter universal consegue fazer um diálogo entre a diferença e a igualdade? A sociedade do futuro é a sociedade das interconexões, ao passo que em uma sociedade multicultural tem que se propor um diálogo multicultural. Respeitar os direitos humanos não causa mal a nenhuma cultura, ao contrário. Há que se evitar relativismos e universalismos que neguem a diferença.

A respeito do não reconhecimento das outras culturas, cita-se a título de exemplo, o fato de que a Declaração do Islã não é reconhecida por alguns países e governos. Da mesma forma, não se tem acesso às culturas dos países não-ocidentais e não se procura conhecê-las. Por isso não se conhece os bons exemplos e as boas alternativas de outras culturas, que sequer, possuem a categoria de direitos humanos, mas que têm impactos comuns.

Precisa-se ler novas culturas para que se possa compreender a complexidade global e, para tentar entender o universo multicultural. Pode-se fazer adequações, naquilo que é possível, mas não se pode importar culturas. “A adoção da Declaração Universal dos Direitos Humanos pelas Nações Unidas representa o primeiro esforço desenvolvido para encorajar e apoiar uma codificação internacional do conceito que os coloca como direitos universais” (MBAYA, 1997, p. 39).

2. PÓS-COLONIALISMO: EPISTEMOLOGIA E DIREITOS HUMANOS

Pode-se afirmar inicialmente que são vários os autores que estão hoje dentro do quadro de discussão denominado de pós-colonialismo. Por este motivo, a presente pesquisa optou pela contribuição de alguns deles, no sentido de poder cumprir com seu objetivo final quanto à análise da hipótese central de que tanto a teoria pós-colonial quanto à teoria da ação comunicativa possuem objetivos semelhantes quanto à reconstrução de uma teoria dos direitos humanos.

Boaventura de Sousa Santos trabalha uma reconstrução da emancipação social a partir do Sul e em aprendizagem com este faz com que o pós-moderno de oposição possa legitimamente conceber como mais pós-colonial do que pós-moderno, enquanto

Hall argumenta que é na reconstituição dos campos epistêmicos e de poder em torno das relações da globalização que a periodização do pós-colonial se torna desafiadora. Hall defende a presença do multiculturalismo também no terceiro mundo. A fragmentação do Estado-nação, as migrações e a ruptura com uma era dos Impérios colocou na agenda dos países em desenvolvimento e subdesenvolvidos o problema da diversidade cultural.

Bhabha chama atenção ao fato de o trabalho fronteiriço da cultura exigir um encontro com “o novo” que não seja parte do contínuo de passado e presente, perguntando: “Será que nossa única saída de tal dualismo é a adoção de uma oposicionalidade implacável ou a invenção de um contra-mito originário da pureza radical?” (2010, p.43). O discurso do nacionalismo é a oposição à certeza histórica e à natureza estável que Bhabha busca escrever e viver sobre a localidade da cultura, ao formular estratégia para a identificação cultural e interpelação discursiva em nome do povo ou da nação. A reivindicação da nação à modernidade como forma autônoma e soberana de racionalidade política é particularmente questionável, tendo em vista que o nacionalismo busca representar a imagem do Iluminismo e não consegue fazê-lo. Para Bhabha o pós-colonialismo força repensar as limitações da noção liberal conluída de comunidade cultural, tendo em vista que se atravessa um tempo de signo cultural que desestabiliza a ética liberal da tolerância e da moldura pluralista multicultural.

A reivindicação do pós-colonial também é abordada por Fernet-Betancourt do ponto de vista de uma filosofia intercultural. Tal perspectiva deve estar num novo paradigma teórico e também científico, permitindo não somente uma nova constelação dos saberes da humanidade, mas também um diálogo aberto mundialmente sobre valores que devem guiar a própria pesquisa científica, sobre o que se quer e o que se deseja saber de fato. Para intentar tal finalidade, “a Filosofia Intercultural prefere retomar a questão da universalidade, substituindo a dialética da tensão entre o universal e o particular pelo culto (cultivo) da tensão entre universos contextuais que testemunham sua vontade de universalidade com a prática da comunicação” (2003, p.305).

Segundo aponta Rafael Bayce, não se acredita na virtualidade atual dos direitos humanos, tampouco que seu desenvolvimento possa prevenir, minimizar ou controlar

conflitos atuais. Para um projeto intercultural se torna necessário a construção de uma identidade regional, onde se desenvolveria instâncias de diálogo interreligioso, bem como educação formal que produza identidades que não tenham dificuldades em dialogar, de abdicar de algo próprio e adotar algo alheio para construir consenso autônomo e mediado (2005, p.96-100).

No dizer de Sidekum, a identidade e a diferença se apresentam como princípios do pensamento, no entanto, a identidade não faz apenas referências ao mundo, mas sim, “à forma como vive o ser humano na sua maneira de idear e de manipular o seu mundo histórico e também, o seu modo como ele constrói sua projeção introspectiva e estética do mundo” (2005. p.452).

Dessa forma, o pensamento pós-colonial vai delineando a defesa de uma epistemologia do Sul, ao mesmo tempo em que trabalha uma nova proposta de direitos humanos a partir dos aspectos da interculturalidade. Esta é a defesa de Boaventura de Sousa Santos, ao propor a pluralidade dos projetos coletivos articulados de modo não hierárquico, que denomina de utopia realista e crítica (2010, p.228). Boaventura elabora, então, uma concepção que ele denomina de intercultural dos direitos humanos, cujo objetivo analítico é tratar das condições a partir das quais os direitos humanos podem estar a serviço de uma política emancipatória.

Esta leitura da imposição epistêmica colonial também está presente nos estudos de Said, o qual entende que a relação entre Ocidente e Oriente é uma relação de poder, de dominação, de graus variáveis de uma hegemonia complexa (2007, p.32).

A tese de Boaventura é a de que os direitos humanos para serem concebidos como universais teriam de funcionar como localismos globalizados, uma forma de globalização de cima para baixo. Para funcionar como forma de globalização cosmopolita, os direitos humanos precisam ser reconceitualizados como multiculturais. Concebidos da maneira que estão os direitos humanos, enquanto universais, eles servirão somente como instrumento de choque de civilizações. Dessa forma, “a relatividade cultural (não o relativismo) também significa diversidade cultural e incompletude. Significa que todas as culturas tendem a definir como universais os valores que consideram fundamentais” (2010, p.68).

Neste contexto, para Boaventura é imperativo que transcender o debate sobre universalismo e relativismo cultural. Contra o relativismo deve-se desenvolver critérios procedimentais transculturais para distinguir a política progressista (emancipatória), da política conservadora (2010, p.70-71). A nova arquitetura dos direitos humanos deve ser baseada em um novo fundamento e também uma nova justificação. A construção desta nova concepção pós-imperial intercultural é uma tarefa epistemológica. Primeiro, deve-se reconhecer a necessidade de um direito a conhecimentos alternativos, fundados em uma epistemologia do Sul; o direito à levar o capitalismo histórico a um tribunal mundial, devendo submeter a quota de responsabilidade das violações massivas de direitos humanos, empobrecimento cultural e destruição ecológica; o direito à transformação do direito de propriedade orientada à solidariedade, aqui se deve reinventar o domínio social coletivo; o direito ao reconhecimento de direitos à entidades capazes de ser titulares de deveres; o direito à autodeterminação democrática; o direito de organizar e participar de criação de direitos (2010, p.87-95).

Para atingir esta pretendida reconstrução dos direitos humanos denominados pós-imperiais e interculturais, Boaventura defende a ideia de uma hermenêutica diatópica, por meio da qual uma rede de linguagens nativas de emancipação inteligível encontrará seu caminho em uma política cosmopolita insurgente (2010, p.96).

3. A QUESTÃO DA JUSTIFICAÇÃO MORAL DE NORMAS E VALORES UNIVERSAIS: A DIMENSÃO EMANCIPATÓRIA DA TEORIA CRÍTICA

O problema que envolve os direitos humanos no que diz respeito a sua pretensa universalidade, reside na existência de particularismos culturais distintos. Minorias ético-culturais, religiosas e diversidade sexual, são exemplos da falta de alcance desses direitos originariamente ocidentais. No entanto, para as realidades européias, norteamericana e até mesmo latinas, os direitos humanos conseguem atingir graus altos de eficiência, considerando que asseguram as liberdades públicas necessárias a estas sociedades.

Segundo Semprini (1999, p.92), o universalismo defende a existência de valores, julgamentos morais, escolhas comportamentais com valor único aplicadas a todos os

homens. O relativismo, por sua vez, defende a impossibilidade de estabelecer um ponto de vista único e universal sobre o conhecimento, a moral, a justiça, principalmente no que diz respeito a grupos sociais ou minorias com projetos de sociedade diferentes.

Ao passo que o sujeito não se sente igual ao outro, a utopia universalista acaba por legitimar as sociedades neoliberais. Dessa forma, surge na visão de Semprini uma grande aporia: “considerar diferenças implica em renunciar à igualdade formal, pilar da cultura política liberal; mas respeitar uma concepção rigorosamente formal da igualdade implica negligenciar o pedido de respeito às diferenças que emanam do espaço público” (1999, p.94).

Conforme argumenta Astrain, são “os problemas concernentes para uma justificação ética de normas e valores universais que preocupam a Filosofia” (2003, p.320). A partir daí, fala-se em um problema da própria Filosofia e não desta ou daquela corrente teórica do conhecimento filosófico. O objetivo central da presente investigação é vislumbrar até que ponto as teorias do denominado pós-colonialismo se diferenciam no sentido epistêmico das reivindicações teóricas da teoria crítica, de forma especial a teoria desenvolvida por Boaventura de Sousa Santos.

A teoria crítica denunciou a razão instrumental e o conseqüente controle totalitário da natureza e a dominação dos homens. Denunciou, inclusive, o saber produzido pelo Iluminismo, o qual segundo apontou não conduzia à emancipação e sim à técnica e ciência moderna que mantêm com seu objeto uma relação ditatorial (FREITAG, 2004, p.35).

Após as pesquisas desenvolvidas por Horkheimer, para quem a teoria crítica sugere uma relação orgânica entre sujeito e objeto, onde “o sujeito do conhecimento é um sujeito histórico que se encontra inserido em um processo igualmente histórico que o condiciona e molda” (FREITAG, 2002, p.42), Habermas, em um terceiro momento do pensamento crítico de Frankfurt, questiona a validade da proposta positivista de postular a objetividade e verdade do conhecimento tão-somente em função do método.

Para Freitag, Habermas preserva elementos importantes da contribuição de Adorno e Horkheimer, superando-os em uma nova teoria que apresente em comum com a teoria crítica a dimensão crítica da realidade e a rejeição a falsos determinismos.

Assim, a concepção de uma razão comunicativa implica que “a razão passa a ser implementada socialmente no processo de interação dialógica dos atores envolvidos em uma mesma situação” (FREITAG, 2002, p.59).

As reivindicações das teorias do pós-colonialismo de uma nova matriz epistemológica, de diálogos com os diferentes, de práticas discursivas e iguais oportunidades de cidadania, requerem espaço público e uso público da razão. Defende-se muito a necessidade da inter-relação étnica, de auto-compreensões morais, mas pouco se argumenta a forma pela qual se viabilizam mediações no Estado de Direito. Essas podem ser executadas no nível da razão prática, mediante procedimentos discursivos. A reconstrução do sistema jurídico e a equalização entre soberania popular e direito humanos, autonomia pública e autonomia privada, podem ser pensados a partir do projeto da ética do discurso, de onde se trabalhará inclusão, reconhecimento e respeito via diálogo.

Num contexto de exclusão social, quer seja no Norte ou no Sul global, e me refiro ao Norte porque países desenvolvidos também produzem exclusão e marginalização de milhares de pessoas cujo acesso a direitos fundamentais básicos não são alcançados, torna-se importante a análise de uma matriz teórica que seja capaz de oferecer possíveis respostas às questões propostas pela globalização, já que todos os modelos de Estados e formas políticas entraram em decadência. Pode-se vislumbrar, também, certas limitações no que tange à democracia representativa, onde, na maioria das vezes, acaba-se por não discutir o coletivo, fragmentando-se políticas públicas que deveriam atingir ou beneficiar a todos os cidadãos de uma determinada comunidade.

Dentro deste quadro procura-se visualizar, a partir do referencial teórico habermasiano, a importância da democracia como prática social, bem como a introdução elaborada pelo autor do aspecto participativo e social, em que todos os cidadãos devem ter oportunidade de expressão na esfera pública. Os direitos de comunicação e de participação política remetem à idéia de autonomia dos cidadãos, ao passo que uma manifestação de vontade legítima, nesse sentido, emana do povo que, para Habermas, trata-se da vontade legítima, que resulta de uma autolegislação racional de cidadãos politicamente autônomos (1992, p.51).

É então, no espaço público, que mulheres, negros, trabalhadores e minorias

raciais irão expor as demandas sociais necessárias, bem como irão expressar, ante as normas uma manifestação racional e livre, transformando tanto o processo legislativo quanto o direito em fontes de integração social. Para que esse “arranjo comunicativo” possa ocorrer, torna-se necessária a possibilidade da “política deliberativa” dos cidadãos através da democracia participativa, desenvolvendo para tanto métodos e condições de debate, discussão e persuasão.

A participação social na discussão tem fundamental importância para a formulação do processo de participação, porém, de acordo com Habermas (1992, p.224), a participação de todos os membros exige discursos sensíveis aos estímulos, temas e contribuições, informações e argumentos fornecidos por uma esfera pública pluralista e diluída pelo poder.

Habermas prima não só pelo direito dos cidadãos em deliberarem acerca de suas necessidades sociais, mas aponta, também, para a necessidade de a opinião pública em direcionar o poder administrativo a determinadas demandas.

O conceito de discurso, incluído na democracia, acaba por diferenciar a sociedade, pois permite contrastar diversas opiniões, propiciando a contestação, a identificação e o apontamento de possíveis soluções para os problemas existentes no seu interior. Dessa forma, coletivizar o social é, sem dúvida, abrir espaços de discussão, afirmando a cidadania ativa e a inclusão social, ao mesmo tempo em que a possibilidade da deliberação acerca de políticas públicas entre os cidadãos fornece, em consequência, alicerces para o desenvolvimento.

Sendo assim, a teoria da ação comunicativa possui na linguagem o lugar de fundamentação legítima, onde as pretensões de validade devem ser aceitas pelos participantes do discurso, e todos podem interagir. A política deliberativa pode possibilitar a promoção da cidadania e a inclusão social, com consequente desenvolvimento da sociedade, afirmando a autonomia política dos cidadãos através da participação deliberada.

Para Boaventura, a teoria da racionalidade comunicativa é um universalismo benévolo, mas imperial, uma vez que controla plenamente a decisão sobre suas próprias limitações, impondo a si mesma, sem outros limites, o que inclui e o que exclui (2010,

p.21). Logo, a teoria de Habermas ainda resta impregnada pelo eurocentrismo moderno, na leitura de Boaventura de Sousa Santos.

Em que pese o posicionamento da teoria que defende a descolonização do saber, faz-se importante salientar que a teoria crítica, mesmo antes de Habermas, foi o primeiro movimento intelectual que questionou os padrões de investigação da ciência tradicional e eurocêntrica, a qual foi denominada por Horkheimer de teoria tradicional. A teoria crítica sempre levantou a bandeira emancipatória e humanista, também defendida pelos desenvolvimentos do pós-colonialismo. Habermas, inclusive, desde os escritos marxianos da década de 1960 e 1970 já perseguia interesses emancipatórios, sendo que em relação aos direitos humanos, de forma mais específica, com a publicação de *Faktizität und Geltung* (1992) é que passa a trabalhar os direitos humanos em uma perspectiva participativa e emancipatória, no que denominou de reconstrução do sistema do direito¹.

Por um lado, Habermas não rompe com a representação antinômica entre o Ocidente precursor e difusor dos direitos humanos e o resto do mundo, receptor de ideais universalistas (COSTA, 2006), mas por outro lado, rompe com a metafísica e a filosofia marxiana em alguns aspectos, ante a guinada filosófica do século XX, capaz de empreender um novo espaço da linguagem.

Habermas desenvolve a idéia de justificação pelo procedimento do Estado constitucional democrático, onde os ordenamentos jurídicos modernos se constituem especialmente de direitos subjetivos. “Normas jurídicas devem ter uma qualidade tal que possam ser simultaneamente consideradas em seus respectivos aspectos como leis de obrigatoriedade e leis de liberdade” (2003, p.69).

Para tanto, os direitos fundamentais devem ser concedidos mutuamente a cidadãos livres e iguais, combinando o exercício da soberania do povo com a criação de um sistema de direitos. Dessa forma, podem pleitear legitimidade aquelas regulamentações com as quais todos os implicados poderiam concordar como participantes de discursos racionais. “Em *discursos*, os participantes pretendem chegar

¹ Nesse sentido ver HABERMAS, Jürgen. *Faktizität und Geltung*, capítulo III – Zur Rekonstruktion des Rechts (1): Das System der Rechte – e capítulo IV – Zur Rekonstruktion des Rechts (2): Die Prinzipien des Rechtsstaates.

a pontos de vista comuns, tentando convencer-se mutuamente de algo através de argumentos, enquanto que em negociações buscam um pacto quanto a interesses divergentes” (2003, p.70-71).

Habermas tem plena consciência de que os direitos humanos são de origem ocidental, subsistindo uma tensão entre o sentido universal dos direitos humanos e as condições locais de sua concretização. Eles deveriam alcançar validade a todas as pessoas, mas a questão é a de como atingir tal meta. Logo, a interpretação adequada dos direitos humanos se faz também a partir do ponto de vista de outras culturas.

Dessa forma, ao se considerar alguns dos objetivos da teoria pós-colonial e da racionalidade comunicativa, principalmente no que diz respeito à defesa de uma reconstrução epistêmica de direitos humanos, a hipótese mais forte a se confirmar é a de que ambas teorias convergem para caminhos fortemente similares. A busca de uma teoria dos direitos humanos a serviço de uma política emancipatória está presente em ambas as teses, da mesma forma que o rompimento com a metafísica e também com alguns pontos da teoria marxiana que não responde mais às contemporâneas e complexas relações sociais.

A justificação moral de normas e valores universais é um critério extremamente necessário às sociedades pós-convencionais e pós-tradicionais, considerando-se o alto grau de diversidade cultural de um mundo altamente globalizado. Avançar no debate universalismo *versus* relativismo cultural significa encontrar critérios de *con-vivência* comuns a todas as culturas do globo, Norte/Sul, Oriente/Ocidente. Nesse sentido, a hermenêutica diatópica ou o procedimentalismo de uma política deliberativa são instrumentos necessários ao diálogo intercultural e emancipatório para tratar da discussão de uma política realista dos direitos humanos com critérios comuns de *co-existência* humana pacífica.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao se concluir uma investigação científica a questão que resta em análise não é a se gostamos da conclusão que emerge de uma cadeia de raciocínio, mas se a conclusão deriva da premissa ou do ponto de partida e se a premissa é verdadeira.

Pode-se afirmar que assim como se faz necessária a superação da tensão entre o universal e o particular, também se faz urgente superar as relações Norte *versus* Sul, Oriente *versus* Ocidente. Quanto aos direitos humanos, a reivindicada nova matriz epistêmica quase não traz nada de novo em relação aos anseios dimensionados pela teoria crítica. Elenca-se, dessa forma, a partir do estudo realizado e das argumentações apresentadas, as seguintes notas conclusivas:

Primeira nota conclusiva derivada da presente investigação: é a afirmação de que os direitos humanos não possuem a característica da universalidade em sua totalidade, mas de forma parcial. Muitos grupos sociais, moldados por diferentes etnias, religiões e práticas comunitárias não encontram amparo nos anunciados direitos da modernidade, tampouco conseguem se enxergar nestes direitos.

Segunda nota conclusiva: aponta para o fato de que a fundamentação dos direitos humanos ainda se encontra em aberto para determinadas situações, as quais necessitam de compartilhamento discursivo consensual quanto à aceitação e implementação de determinados direitos já existentes e/ou novos direitos.

Terceira nota conclusiva: assinala para a necessidade de justificação moral de normas e valores universais, considerando-se a prioridade de critérios morais e também jurídicos mínimos entre as culturas.

Quarta nota conclusiva: Habermas defende a necessidade de criação de direitos de comunicação e participação, enquanto Boaventura fala em direito à autodeterminação democrática; o direito de organizar e participar de criação de direitos. Ambos defendem perspectivas de direitos humanos absolutamente iguais.

Quinta nota conclusiva: pela pesquisa apresentada, a hipótese que ora se confirma é a de que ambas teorias convergem para rumos análogos. Saliente-se que esta é apenas uma estação intermediária na busca pelo conhecimento, que no caso em análise é a possibilidade de se estar diante de teorias próximas quanto aos seus objetivos, mas distantes no que diz respeito ao seu local de fala. Por óbvio, fica a pergunta se é possível encontrar fundamentos para rejeitar a hipótese que achamos confirmada, devendo a mesma ser comparada com outras alternativas teóricas.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ASTRAIN, Ricardo Salas. Ética intercultural e pensamento latino-americano: problemas e perspectivas de uma ética intercultural no marco da globalização. In: SIDEKUM, Antônio. (Org). **Alteridade e multiculturalismo**. Ijuí: Ed. Unijuí, 2003. p.319-347.

ASTRAIN, Ricardo Salas. Desafios para a filosofia intercultural: cultura e poder. In: ACOSTA, Yamandú; FUENTE, José de La. (Coord.). **Sociedad civil, democracia e integración**. Miradas y reflexiones del VI Encuentro del Corredor de las Ideas del Cono Sur. Santiago: Ediciones UCSH, 2005. p.449-470.

BAYCE, Rafael. Utopía humanista, mercosur y interculturalidad. In: ACOSTA, Yamandú; FUENTE, José de La. (Coord.). **Sociedad civil, democracia e integración**. Miradas y reflexiones del VI Encuentro del Corredor de las Ideas del Cono Sur. Santiago: Ediciones UCSH, 2005. p.87-101.

BEDIN, Gilmar Antônio. **Os direitos do homem e o neoliberalismo**. Ijuí: Ed.Unijuí, 2002.

BEDIN, Gilmar Antônio. Estado, direito e justiça: em busca de um conceito de Estado de Direito. In: **Direito em debate**. Ano X, nº 16/17, jan/jun. Ijuí: Ed. Unijuí, 2002.

BHABHA, Homi K. **O local da cultura**. Tradução de Myriam Ávila et all. Belo Horizonte: UFMG, 2010.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BRAGATO, Fernanda Frizzo; LUCAS, Doglas Cesar; SANTOS, André Leonardo Copetti (Orgs). **Pós-colonialismo, pensamento descolonial e direitos humanos na América Latina**. Santo Ângelo: FURI, 2014.

COSTA, Sérgio. **Dois atlânticos: teoria social, anti-racismo, cosmopolitismo**. Belo Horizonte: UFMG, 2006.

FORNET-BETANCOURT, Raúl. Pressupostos, limites e alcances da filosofia intercultural. In: SIDEKUM, Antônio. (Org). **Alteridade e multiculturalismo**. Ijuí: Ed. Unijuí, 2003. p.299-295.

FREITAG, Bárbara. **A teoria crítica: ontem e hoje**. São Paulo: Brasiliense, 2004.

HABERMAS, Jürgen. **Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats**. Frakfurt am Main: Shurkamp, 1992.

HABERMAS, Jürgen. Sobre a legitimação dos direitos humanos. In: MERLE, Jean-Christophe. MOREIRA, Luiz. (Orgs). **Direito e legitimidade**. São Paulo: Landy, 2003.

MBYA, Etienne-Richard. Gênese, evolução e universalidade dos direitos humanos frente à diversidade de culturas. In: **Revista estudos avançados**. Nº.30, São Paulo: USP, 1997.

SAID, Edward. **Orientalismo**: o Oriente como invenção do Ocidente. Tradução de Rosaura Eichenberg. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Descolonizar el saber, reinventar el poder**. Montevideo/Uruguay: Ediciones Trilce-Extensión Universitaria. Universidad de la República, 2010.

SANTOS, Boaventura de Sousa. From to the Postmodern to the Postcolonial – and Beyond Both. In: RODRIGUES, Encarnación Gutiérrez; BOTACA, Manuela; COSTA, Sérgio. (Eds). **Decolonizing European Sociology**. Transdisciplinary Approaches. Farnham: Ashgate, 2010. p.225-242.

SEMPRINI, Andrea. **Multiculturalismo**. Tradução de Laureano Pelegrin. Bauru/SP: Edusc, 1999.

NACIONALISMO, CIDADANIA, DIREITOS HUMANOS E MIGRAÇÃO¹

Clovis Demarchi²

Jaqueline Moretti Quintero³

INTRODUÇÃO

O presente capítulo visa discutir as ideias de nacionalismo e cidadania e relacioná-los com a lógica dos direitos humanos e migração. Verifica-se atualmente que a influência da Globalização e os aspectos de mobilidade social impactam sobremaneira provocando um contínuo processo de migrações. Apesar da Migração ser uma constante desde o tempo em que o mundo é mundo, atualmente apresenta contornos diferenciados diante das questões sociais, políticas, econômicas e culturais.

Não é nenhuma novidade que o mundo está em movimento. Em 2013 mais de 230 milhões de pessoas migraram internacionalmente e a tendência não diminuiu, somente aumentou, conforme dados de 2017, 258 milhões de pessoas foram contadas em um país que não era o seu de origem. (IOM, 2018, p. 18). Importante destacar que as Migrações ocorrem pelas mais variadas necessidades, seja por demanda de mão de obra, crises econômicas, urbanização, pobreza arraigada, instabilidade política, projetos de desenvolvimento, conflitos e questões ambientais que continuam alimentando o movimento global dos povos.

Neste contexto, o preocupante não são as pessoas que migram, mas como proporcionar serviços sociais, de saúde e educacionais básicos para esta população, afinal, são seres humanos que como qualquer outro deve ter seus direitos de ser humano preservado.

Com a dimensão tomada na atualidade, as migrações passaram a ser objeto de discussão em âmbito internacional, e neste contexto os ordenamentos jurídicos internacionais encontram-se cada vez mais comprometidos com a preocupação da garantia dos Direitos Humanos. Ou seja, o ser

¹O presente capítulo possui como aporte teórico, partes da tese de doutoramento de Jaqueline Moretti Quintero intitulada: Constitucionalismo e migrações transnacionais. Tese defendida em outubro de 2018 na Universidade de Perugia – Itália, no convênio de Dupla Titulação entre UNIVALI (Brasil) e Universidade de Perugia (Itália).

²Doutor e Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí. Professor na graduação em Direito e no Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI. Membro do grupo de pesquisa em Direito, Constituição e Jurisdição. Endereço eletrônico: demarchi@univali.br.

³Doutora e Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí. Doutorado em Dupla Titulação com a Universidade de Perugia, Itália. Professora no Curso de graduação em Direito da UNIVALI. Membro do grupo de pesquisa em Direito, Constituição e Jurisdição. Endereço eletrônico: jaque@univali.br.

humano deveria vir em primeiro lugar em relação as demais demandas de ordem econômica política ou de soberania estatal.

Assim como a Sociedade Contemporânea tem sido influenciada por importantes mudanças no seu desenvolvimento, seja nos aspectos cultural e sociológico os ordenamentos jurídicos e em composições jurídicas internacionais, através de tratados e convenções que interferem diretamente no modo de vida do indivíduo pós-moderno também passaram por adequações.

De tal forma é a influência do Direito na organização social e exigência do cumprimento e aplicação da norma, através do poder coercitivo do Estado, com o intuito de manter a ordem pública e a pacificação entre os conviventes na atual Sociedade que muitos dos esforços do Estado nessa postura protetiva nacional não conseguiram ainda alcançar as nuances modificativas na composição da população que está sob sua tutela jurídica.

O Brasil, em específico aprovou em 2017 a Lei de Migração (Lei 13.445;17) que reflete esta preocupação latente no mundo todo com a questão das migrações e as formas de atender as necessidades dos migrantes, que antes de serem migrantes, são seres humanos.

1 CONSIDERAÇÕES SOBRE O NACIONALISMO

O Nacionalismo garante a Legitimidade Política dos Estados no contexto de Estado moderno com base no Povo, Território e Soberania. Isso significa que as nações são comunidades políticas territoriais, cuja conexão e principal objeto de lealdade de seus membros, são criações dos seus Cidadãos e, especialmente, das suas elites e líderes, e eles são, também, a única forma de Sociedade e política em desenvolvimento.

De acordo com Ernest Gellner (2001, p. 5), Nação não poderia existir antes da Modernidade, pela razão óbvia de que a massa da população estava enraizada em seu território e ligada à sua localidade com pouco ou nenhum conhecimento ou interesse no mundo exterior. Este era um mundo ordenado por estrutura muito diferente do nosso mundo moderno, em que a cultura é a preocupação definidora.

No entanto, a determinação do Nacionalismo como cultural, tendo em mente a mesma língua, cultura e religião não pode explicar o termo Nação e Nacionalismo. Isto porque é perfeitamente possível para os indivíduos da mesma religião, que falam a mesma língua e têm uma tradição semelhante, não serem elementos de uma mesma nacionalidade.

Sendo assim, a ideia de Nação foi criada como uma comunidade de cidadãos, como uma

Sociedade política que dá uma expressão prática aos direitos universais, transformando liberdade, igualdade e justiça em leis e reformas. Para tanto, o Nacionalismo seria o mais potente princípio da legitimidade política no mundo moderno, sustentando que a Nação deve ser coletiva e livremente institucionalizada, expressada e governada pelos seus atores nacionais.

O Nacionalismo é, assim, (GELNER, 2001, p. 13) um princípio político que sustenta que deve haver congruência entre a unidade nacional e a política. O questionamento que Ernest Gellner (2001, p. 165-166) traz é se os dirigentes querem e podem levar adiante uma Sociedade em movimento, uma Sociedade em que tanto dirigentes como dirigidos podem fundir-se e formar um contínuo cultural. Defende que o Nacionalismo moderno é algo mais que um acidente ideológico ou fruto de ressentimentos, é uma necessidade.

Mesmo que a reivindicação da independência nacional tenha frequentemente associado princípios universalistas à defesa de uma comunidade concreta, historicamente e culturalmente definida, a partir da segunda metade do século XIX, o Nacionalismo agressivo tem sido cada vez mais predominante, como a defesa da especificidade e até mesmo da superioridade de uma determinada Nação. Chegou-se a pontos extremos de antiliberalismo com uma definição racial ou étnica da Nação ou, ainda, cultural ou religiosa.

É inconsistente a ideia de que a Globalização econômica supera e limita o Nacionalismo. Pelo contrário, o mundo é dominado pela crescente separação entre economias "abertas" e culturas "fechadas", dissociação que implica uma crise básica ou mesmo uma decomposição de todas as mediações sociais e políticas.

Sente-se a necessidade de reafirmar o papel das instituições políticas, nacionais ou locais não como instrumentos de legitimação do Estado, mas como mediações entre economias globalizadas e culturas obcecadas pela identidade. (TOURAINÉ, 1995).

Assim, ao se discutir o Nacionalismo, deve-se compreendê-lo como uma ideologia que partirá de uma convicção nacional sobre a experiência vivenciada de características consideradas comuns a uma determinada Sociedade que legitimam a existência dessa Nação. Tal ideologia conecta a Nação em razão de uma percepção comum de que o Estado ao qual está vinculada é um Estado forte que a representa e que mantém sua segurança no espaço determinado de seu território, preocupando-se com o desenvolvimento econômico, social e político de todos e garantidor de autonomia perante outros Estados.

Dentro de um discurso que exaltava a força dos laços produzidos por uma identidade cultural

comum, Pasquale Stanislao Mancini (2003, p. 51-57) viu na consciência de fazer parte de uma nação a legitimidade do exercício da soberania estatal em relação aos cidadãos, e na nação o verdadeiro protagonista das relações internacionais (a “mônada racional”) da ciência do direito internacional. A nação era um precedente lógico do Estado, cuja naturalidade, necessidade, historicidade se opunha à artificialidade e arbitrariedade do último. No entanto, o estado nunca desapareceu de seu horizonte.

No entendimento de Antonio Bartolini e Alessandra Pioggia (2016, p. 10), a cidadania administrativa (pelo menos do ponto de vista histórico) existe para a cidadania política: no sentido de que a primeira se refere mais genericamente às pessoas, aos indivíduos, ao passo que a segunda, apenas para os cidadãos com a plenitude dos "direitos civis e políticos" reconhecidos.

De outra parte, o Nacionalismo considerado como baseado em Laços de Sangue, traz em sua perspectiva o socialismo nacional, que parece ser o máximo da expressão do Nacionalismo alemão, como argumentado por Hans Kohn (1963, p. 24/27), um dos primeiros e mais influentes dos estudiosos a ter escrito sobre o Nacionalismo com a tipologia cívica/étnica. A ideia de Nacionalismo, na opinião de Kohn, desenvolveu-se especificamente no Ocidente e parte na busca de uma ordem social baseada na razão e na justiça universal. “Os vários Nacionalismos diferem segundo as ideias e tradições políticas que representam, as lembranças e esperanças que despertam, as suas atitudes para com os vizinhos e a comunidade internacional, ao grau de seu egoísmo e de suas pretensões de exclusividade” e ressalta a relevância do valor do Nacionalismo, mas buscando a liberdade da desvinculação da tradição arraigada na busca da dignidade.

No caso dos Estados Unidos, segundo Hans Kohn (1963, p. 27), estes foram a única Nação na qual a imigração em grandes proporções atingiu de forma determinante aquele Estado, já que foram milhões de imigrantes, de origens e nacionalidades diversas, que influenciaram e transformaram, voluntariamente, o Estado Americano, criando uma tradição e uma civilização nacional, que, em numa análise histórica, não tinha raízes comuns próprias. E, mesmo sem tais origens comuns, adotou uma Constituição que se mostrou provida de uma notável capacidade de assimilação, pois, mesmo sendo a Constituição mais antiga em vigor no mundo (1789), ela tornou-se símbolo e a manifestação da ideia americana com origem inglesa se tornou conceito universal com princípios muito bem definidos, dirigida a todos os homens que desejassem aceitá-la.

Paulo Bonavides (2008) entende que Nação e Soberania estão intimamente ligados, legitimadores, portanto, da vontade de uma Nação “[...] o conceito de Nação se prende ao de soberania constitucional, [...] é, em certa maneira, a forma suprema e absoluta de criar, exercitar e

concretizar os poderes constituintes como órgãos de soberania que se legitimam como expressão da vontade nacional”.

Os dois conceitos de Nacionalismo e Nação têm, portanto, dois significados distintos, enquanto ambos identificam a Nação como a principal forma para as sociedades humanas. No caso do Nacionalismo cívico, o Estado e a sociedade baseiam-se no Estado de direito: todos os cidadãos são iguais e partilham os valores cívicos e políticos, independentemente de suas particularidades étnicas.

O segundo tipo de Nacionalismo, o Nacionalismo Étnico, baseia-se na simbiose da Nação composta do povo e da Nação como um Estado. As pessoas, a etnia, são assim considerados naturais e pré-políticos de uma comunidade étnica que amadurece e forma um Estado-Nação.

A visão dos Direitos Humanos exclusivos dos nacionais suporta uma concepção do Estado-Nação que implica a uniformidade do seu povo, muitas vezes confundida com a identidade étnica, considerada um dado pré-político, anterior ao contrato social (HABERMAS, 2002, p. 159).

Antony Smith (1991, p. 40) se opôs à tendência generalizada de usar os tipos ideais de Nacionalismos cívicos e étnicos, que, em sua opinião, criam uma confusão entre esses tipos ideais e os reais fenômenos históricos que eles supostamente descrevem. Mas sua objeção não é baseada em um preconceito ideológico que a tipologia induz, mas sobre o que compõe as nações. Segundo ele, por definição, a Nação é uma comunidade de mitos e memórias comuns, como é uma etnia. É também uma comunidade territorial. Em outras palavras, nações sempre exigem "elementos" étnicos. Estes podem, é claro, ser reformulados, e geralmente são. Mas nações são inconcebíveis sem alguns mitos e memórias comuns de um lar territorial.

O salto da cultura para a política é feito de modo a retratar a Nação em um momento como uma comunidade cultural e em outro momento como uma comunidade política, enquanto insiste que, em um Estado ideal, a comunidade nacional não será "dividida" em esferas culturais e políticas. O nacionalista pode explorar essa ambiguidade perpétua. A independência nacional pode ser retratada como a liberdade dos cidadãos que compõem a Nação (política) ou como a liberdade da coletividade que constitui a Nação (cultural). A ideologia nacionalista é uma pseudo-solução para o problema da relação entre Estado e sociedade, mas sua plausibilidade deriva de suas raízes em respostas intelectuais e genuínas a esse problema. (BREUILLY, 2001, p. 69)

Deve-se abordar o Nacionalismo com atenção crítica aos seus limites, ilusões e potencial de abuso, mas não se deve descartá-lo. Mesmo onde são profundamente críticos em relação ao

Nacionalismo que se vê, deve-se reconhecer a importância contínua das solidariedades nacionais. Mesmo que se deseje uma ordem mundial mais cosmopolita, deve-se ser realista o suficiente para não agir com base em meros anseios. (CALHOUN, 2007, p. 248)

Os cosmopolitas não irão simplesmente deixar de ver a particularidade cultural e os suportes sociais de seu cosmopolitismo, mas não podem reconhecê-los completa e precisamente sem introduzir uma tensão entre eles e seu mundo social. Quer se teorize ou não o cosmopolitismo, se está inserido em campos sociais e projetos práticos nos quais se tem pouca escolha senão fazer uso de algumas das noções básicas ao cosmopolitismo e, assim, reproduzi-lo. (CALHOUN, p. 25)

Compreende-se, assim, que os elementos de identificação, reconhecimento e sustentação de uma Nação são construídos ao longo de um vasto período de tempo que marca a história de um povo através de suas expectativas, cultura, idioma e peculiaridades muito próprias, permitindo sua aproximação e manutenção desse convívio comunitário.

Essa formação nacional, ao mesmo tempo em que fortalece a união entre aqueles que se consideram iguais, por vezes, pode afastar aqueles que são considerados “estranhos” ao seu modo ou estilo de vida ou de percepção de ente igual, que participa dos mesmos princípios e objetivos.

Tal objeção pode trazer obstruções no convívio entre estes entes ou grupos diferentes que vão desde a rejeição do indivíduo enquanto elemento desconhecido, como a não aceitação de posições políticas e culturais trazidas historicamente por estes novos membros. Durval Muniz Albuquerque Junior (2016, p. 52) persevera, alertando que “[...] antes do mundo moderno, para definir uma Nação não era necessário que ela possuísse um território definido, que habitasse no interior de dadas fronteiras”.

As pessoas se definem e se identificam por meio de seus antepassados e dos grupos culturais com os quais cresceram e se desenvolveram, e isto se deu através da religião, idioma, história, valores, costumes e instituições. De tal forma, valem-se da política para estabelecer uma identidade comum e não somente para amparar seus interesses. “Nós só sabemos quem somos quando sabemos quem não somos e, muitas vezes, quando sabemos contra quem estamos.” (HUNTINGTON, 1997, p. 20)

A conexão existente entre pessoas que se identificam através de sua cultura, idioma, interesses políticos e sociais, vai fortalecer o isolamento de suas motivações e proteger suas histórias, motivações e peculiaridades, através de muros e barreiras estabelecidos pelo próprio Estado-Nação que as governa.

Talvez se possa considerar como elemento mais significativa da delimitação de determinada Nação o território que é estabelecido ao Estado-Nação, que especifica a demarcação geográfica do Estado representante perante seu povo. Essa delimitação territorial determina o alcance dos poderes do Estado para defender seu povo, enquanto Nação, permitindo esclarecer até onde poderá atuar política e juridicamente.

A fronteira de cada Estado acaba tornando-se o portal limitador de abrangência de atuação do poder político, jurídico, militar de cada Estado, que submete àqueles que ingressam em seus domínios territoriais, normas regulamentadoras do modo de atuação e convivência dentro de seu território.

A fronteira entre Estados talvez seja, e na atualidade cada vez mais, o ponto de ruptura para a fortaleza do poder estatal em relação aos interesses e direitos fundamentais do homem, uma vez que, havendo interações fronteiriças, de todas as ordens e interesses, haverá dúvidas, divergências e disputas de poder, impondo aos governantes dos Estados atuações e decisões que afetarão não somente seu povo e sua Nação, mas outros povos e nações do mundo, dependendo da afetação da situação na qual os Estados estarão envolvidos.

O Estado Nacional protegeu os seus limites territoriais e sociais de forma completamente doentio e, hoje, esse Estado se vê provocado pelos rumos globais que suplantam as fronteiras desses Estados e que há muito tempo fogem dos controles que pretenderiam exercer. Esses contatos físicos, sociais ou figurados, que se reportam no mundo todo, estabelecem-se através de vínculos frenéticos no tempo e que se alastram em diferentes espaços, sobretudo através dos meios eletrônicos de comunicação. Tais comunicações se desenvolvem através das línguas naturais ou através de indicadores específicos, como por exemplo o dinheiro. (HABERMAS, 2008, p. 181).

Para tanto, a Transnacionalidade surge como uma possibilidade de ligação entre os Estados propensos à união na solução de problemas e minimização de conflitos de interesses comuns, para que a força e expertise de vários Estados possam ser usadas de maneira coligada e solidária, almejando a manutenção da segurança estatal e a garantia de direitos fundamentais estabelecidos às suas nações.

O fortalecimento das relações globais e o início de uma interdependência transnacional fazem perceber que as relações sociais estão, hoje, cada vez mais desterritorializadas, indo além das fronteiras que, até agora, seguem vigiadas pelos costumes locais, pelo Nacionalismo, língua, ideologia e, por vezes, por tudo isso simultaneamente. (SANTOS, 2013, p. 31/34).

2 CONSIDERAÇÕES SOBRE A CIDADANIA

A Cidadania pressupõe uma ideia de condição de igualdade civil, política e social ao indivíduo, para que ele possa exercer suas funções como membro de uma Sociedade que permite uma identidade comum a todos os seus componentes. Essa complexa composição de elementos que possibilitarão ao indivíduo a formação do ser cidadão, requer, para tratar de condições iguais de Pertencimento a um Estado que ofereça segurança jurídica, a definição de normas regulamentadoras que possam abranger a Cidadania em sua completude.

A Cidadania civil deve ser entendida como aquela que garante os direitos individuais, como a liberdade, direito de propriedade e acesso à justiça. Já a Cidadania Política comportará a reivindicação de participação política no espaço comunitário participativo, mais especialmente no direito de votar e ser votado. E, na Cidadania Social, estariam garantidos os direitos de educação e de segurança e serviços sociais como saúde, previdência social e moradia.

Possuir o status de Cidadão coloca o indivíduo em uma situação diferente daquela pessoa que quer exercitar a faculdade de circular sem estar revestido desse status. Além disso, a condição jurídica do Cidadão não depende somente da sua vontade, mas principalmente da regulação do Estado ou dos Estados que possuem uma ligação com o indivíduo.

A vontade desse indivíduo pode afetar, em uma fase sucessiva, o momento de atribuição da qualificação de cidadão (por exemplo, com a escolha no caso de dupla Cidadania, com a renúncia a uma Cidadania ou com o pedido de aquisição de outra) e, contudo, tal vontade deve ser exercida dentro dos critérios que são determinados pela legislação nacional. (CALAMIA; FILIPPO; GESTRI, 2012, p. 4)

A Cidadania Originária, aquela do indivíduo que nasce em determinado Estado e nele é reconhecido como membro pertencente àquela Nação, é diferente daquele que ingressa posteriormente em determinado Estado para ali construir sua história e viver como cidadão. Diferente também daquele que nasce no Estado e, sendo filho de estrangeiro, em razão de normas estabelecidas para aquele Estado, não é reconhecido como cidadão daquele Estado-Nação.

No entanto, o problema de exclusão é muito mais complexo do que se quer imaginar, pois os laços criados para com os nascidos em determinado território e estrangeiros acabam por surgir de forma inevitável. Já afirmava Hans Kelsen (2000, p. 265) que o fato de “ser membro da mesma comunidade linguística, da mesma religião, classe ou profissão muitas vezes cria vínculos muito mais íntimos do que a Cidadania comum”. Isso porque a interação que é de natureza psicológica não está

relacionada ao simples fato de se viver no mesmo espaço. Desta forma, observa-se que com os meios de comunicação e formas de tecnologia existentes é possível o mais ativo intercâmbio de valores entre as pessoas, independentemente do espaço em que estejam.

Por isso que a obtenção da Cidadania dependerá da regulamentação estabelecida pelo próprio Estado, podendo advir com o simples fato do nascimento, bem como pelo cumprimento de regras impostas pelo Estado. De tal forma, a categoria Cidadão acarretará em direitos e deveres que seguirão o indivíduo mesmo quando este não se encontrar no território do seu Estado de origem. Caso o cidadão ativo não obedeça às normas estabelecidas pelo Estado, poderá ter diminuídas as qualidades da Cidadania ativa, conforme o que estiver disposto pelo próprio Estado, sem, no entanto, perder a Cidadania. (DALLARI, 2016, p. 39)

Dalmo de Abreu Dallari (2016, p. 51) ainda contribui com as ideias de que o ato jurídico de modificação de Cidadania, que transfere o cidadão de uma para outra Sociedade Política, não significa sua integração comunitária, razão pela qual, na maioria dos casos, os Estados realizam a concessão de direitos políticos limitados aos considerados cidadãos adotivos. Esta desvinculação de uma ordem jurídica estatal a outra, ocasionará uma troca de Cidadania manifesta do indivíduo, que independe de seus valores culturais ou dos motivos que ocasionaram a mudança, desde que cumpridos os requisitos estabelecidos pelo Estado que o recebe.

Desta forma, é necessário observar que o fenômeno da Globalização possibilitou, para algumas populações mundiais, o questionamento sobre sua condição de cidadão e sobre os direitos que poderiam estar-lhe sendo cerceados. Esse acesso à organização de Sociedades mais democráticas e que garantem direitos fundamentais ao homem permitiu que alguns países mais carentes de tais direitos pudessem se organizar e pleitear que os direitos existentes em outros países também pudessem ser obtidos em seu país de origem.

O acesso à informação, trazido com a Globalização, traz também o anseio de que os avanços humanitários atingidos por algumas sociedades possam ser alcançados por outras, que ainda não tinham acesso a direitos igualitários de distribuição de renda, por exemplo.

Estes anseios servem para uma discussão de direitos fundamentais em âmbito global a ser discutido supranacionalmente para a efetivação da justiça nos diversos países do mundo, em busca de uma transnacionalidade normativa que tente minimizar as diferenças existentes entre os diversos países para o alcance da garantia dos Direitos Humanos.

Para tanto, surge, na contemporaneidade, a Governança como instrumento facilitador do

desenvolvimento de políticas públicas para atingir o maior número possível de membros da população, com propostas de desenvolvimento sustentável para o crescimento local e seu entorno.

Nesse seguimento, a proposta da Governança tem como proposição oferecer o melhor aparato fiscalizador e regulador das medidas de Segurança Populacional, para oferecimento de melhores condições de Acesso à Saúde, com propostas de melhorias na forma habitacional, Qualidade de Vida, entre outras soluções plausíveis e de interesse público.

O efeito da Globalização Econômica apresenta alguns efeitos de concentração de domínio mercadológico e, conseqüentemente de riquezas, que podem impedir o crescimento local efetivo do espaço geográfico de produção. Tal efeito, por vezes, não auxilia no desenvolvimento da população local, levando a riqueza de determinada produção para regiões que não estejam vinculadas pelas mesmas regras jurídicas e culturais, o que ocasiona o desenvolvimento de algumas regiões e populações em detrimento de outras.

O Direito Internacional, por vezes, não consegue alcançar e acompanhar todos os reflexos sociológicos das regiões e países que estão sendo diretamente atingidos pelos efeitos da Globalização econômica sem o amparo necessário para seu desenvolvimento e de suas necessidades. Vê-se, então, a necessária discussão sobre normas que possam atingir as diversas regiões do planeta atingidas pelos efeitos da Globalização econômica de maneira desigual para que uma região seja fortalecida em razão do enfraquecimento de outras por cometimentos de abusos do poderio econômico e político, ou pela simples displicência administrativa da região.

Torna-se, assim, premente a necessidade de uma ampla discussão e esclarecimento sobre as necessidades fundamentais da Sociedade contemporânea global, os efeitos da Globalização na vida cotidiana do homem, dos excessos cometidos pelas grandes corporações, os danos causados ao ambiente e a perspectiva de garantia da qualidade de vida para as atuais e futuras gerações. Todos estes temas carecem de normas com efeitos globais que possam atingir às diversas populações mundiais de forma mais igualitária, objetivando a diminuição da pobreza e a segurança entre os povos, com a garantia da dignidade humana.

Para reflexão e debate desses novos critérios num mundo globalizado, deve-se observar que a noção de Cidadania parece inseparável da nacionalidade. Não se consegue dissociar se é o modelo de Cidadania única dos antigos, baseado em redes de Pertencimento comunitário em que o cidadão ocupa um lugar definido pelo seu nascimento, ou o modelo de Cidadania moderna, baseado no reconhecimento de princípios, com uma herança subjetiva e universalista, que estrutura a forma do Estado-Nação, como surgido a partir do final do século XVIII. A propósito destas afirmações, diz

Maria Teresa Kerbay e Oswaldo Truzzi (2007, p. 125) “Os conceitos de Cidadania e de nacionalidade surgem, juntos, com a construção dos Estados Nacionais[...] como referência aos vínculos dos indivíduos com o Estado sobre uma base territorial[...] em que a nacionalidade remete a uma mesma descendência cultural ou étnica”.

A Cidadania seria positivamente definida por pertencer a uma comunidade em particular e pelo gozo de sua soberania, e negativamente por um princípio de exclusão, uma vez que deprecia os lendários habitantes de certa comunidade, hoje imigrantes, para o posto de forasteiros para aquela comunidade. Assim, esta Cidadania moderna foi finalmente construída contra uma certa unidade europeia, a do Sacro Império Romano, depois a Europa de 1815 e os grandes impérios.

O próprio conceito de Cidadania moderna que deriva dessa abordagem política da Nação está diretamente relacionado à noção de autodeterminação elaborada por Rousseau. De fato, a soberania popular não deve ser entendida como uma transposição repentina ou ampliação da soberania dos príncipes, estabelecida por um contrato entre o povo e o governo; não é uma transferência de poder de cima para baixo ou uma divisão entre duas partes, mas uma transformação desse poder em autorregulação.

A Soberania Política perde, então, seu caráter de autoridade incontestável herdada de uma ordem natural para se tornar objeto de um processo democrático de autodeterminação, cujas regras são fixadas por um contrato social celebrado entre todos os membros.

Cada Estado qualifica os critérios a serem cumpridos pelos indivíduos para que possam ser considerados seus cidadãos com base em sua própria legislação, exercendo assim soberania plena. De tal feita, cada Estado que identifica seus cidadãos também estabelece consequências jurídicas decorrentes da posse da Cidadania, atribuindo-se, assim, um *status* que é caracterizado e distinguido por uma esfera particular de capacidade.

O Nacionalismo fundou uma identidade coletiva que, na verdade, teve uma importância funcional no nascimento da consciência do papel de cidadão. Permitiu a identificação do indivíduo em toda a Nação, o desenvolvimento de um senso de responsabilidade para com seus compatriotas, que se reflete em uma solidariedade, ao mínimo, material e redistributiva, que pode desde o compromisso físico até ao sacrifício para a defesa em nome da pátria.

Em sendo assim, a política que a sociedade mundial requer, hoje, precisa ser aquela de uma observação mais ampla, para que possa alcançar objetivos em diversos setores da Sociedade. Requer uma “solidariedade cosmopolita” (HABERMAS, 2001, p. 74).

O Dever de Solidariedade e de Responsabilidade imposto ao Estado-Nação e às diversas organizações internacionais coloca o problema dos déficits na legitimidade das instituições e das novas formas de cooperação internacional: estão longe de ter o potencial de legitimidade que lhes está disponível, em razão dos procedimentos institucionalizados dentro dos Estados-Nação. Essa falta de legitimidade produz "rupturas de solidariedade" que afetam a redistribuição da riqueza: o que é verdade dentro do Estado Nacional é ainda mais verdadeiro no nível Transnacional. Mas, como exige Jürgen Habermas (2001, p. 26), é necessário formar "solidariedade na base" para que os franceses ou os alemães se sintam responsáveis pelos portugueses, pelos suecos e, idealmente, por todos os povos do mundo.

Se por um lado, a fronteira é confusa entre o indivíduo e o cidadão, as esferas privadas e públicas não são indestrutíveis. Essa é uma das consequências da abordagem comunicativa de Jürgen Habermas: a palavra projeta imediatamente aquele que a apresenta em um espaço de intersubjetividade, onde ela supostamente explica isso; por outro lado, a Cidadania, antes de ser um status que confere direitos, antes mesmo de ser um tema de reflexão filosófica, toma a forma de uma atitude existencial.

Na extensão lógica de uma Cidadania entendida em termos legais e participativos, esta pode ser considerada como uma oportunidade para examinar a ideia aparentemente paradoxal da Cidadania e questionar a relevância do conceito de patriotismo constitucional para estabelecer um vínculo cívico em uma era pós-nacional. A durabilidade dessa ligação, sem dúvida, depende de uma cultura política compartilhada que pode se espalhar pelo continente dentro de um espaço público aberto.

Também está subentendida toda a sua concepção de Cidadania cosmopolita, ou seja, no Estado de transição em que os Estados-Nação estão atualmente localizados, entre o direito internacional e o direito que poderá passar a ser considerado cosmopolita. Surge, portanto, a possibilidade de ligação entre a solidariedade que une os cidadãos do mundo à ideia de responsabilidade cosmopolita.

Sob esse enfoque, com a notável preocupação de abarcar Direitos Nacionais e Direitos dos Imigrantes, nasce a difícil tarefa de abordar as tensões entre o caráter particular nacional da Cidadania tradicional e as novas formas de Cidadania que emergem das lutas concretas pela extensão dos direitos dos migrantes, por exemplo, envolve refletir sobre as diferentes dimensões do conceito de Cidadania diante da mobilidade humana.

O maior avanço quanto à mobilidade no plano internacional foi a garantia ao direito à

nacionalidade: ninguém pode ser desprovido dela e fica garantido o direito de alterá-la, se assim o indivíduo desejar. O grave problema dos apátridas, e mesmo de algumas minorias, desguarnecidos da sua nacionalidade e impedidos de readquirir outra, em tese, poderia estar assim resolvido. O indivíduo teria o direito, segundo a Declaração de Direitos Humanos, de não ser destituído de sua nacionalidade em seu país de origem, assim como de requerer outra nacionalidade no país escolhido como seu novo domicílio. (HUNT, 2009. p. 232).

Por um lado, envolve discussões dentro das Democracias (os debates sobre o voto estrangeiro e a importância dos movimentos sociais e políticos dos migrantes para questionar o lugar pré-designado pela comunidade anfitriã para eles). E de outro lado, nas próprias fronteiras das Democracias e além e através dos processos de transnacionalização da Cidadania (associados ao reconhecimento dos direitos políticos dos cidadãos que vivem no exterior e à construção de Cidadanias regionais).

A Cidadania é um conceito flexível que tem acompanhado formas variáveis de participação nos assuntos de uma comunidade. Os próprios gregos definiram o cidadão, antes de tudo, pela sua participação nos assuntos comuns e a partir da simetria existente, ou que se pretendia ter, entre governados e governantes.

Os atuais debates sobre as ligações entre Cidadania e migração apontam que é necessário questionar a nacionalidade como fundamento (pelo menos exclusivo e excludente) da Cidadania. É necessário estender a Cidadania adicionando, ao critério incondicional de nacionalidade, o critério condicional de residência para a determinação da participação política.

Diante deste contexto, deve-se lembrar que as pessoas (pelo simples fato de serem seres humanos) gozam do direito à igualdade de tratamento, pelo que é necessário insistir na identificação exata dos titulares deste direito. Por outro lado, em função do âmbito material de referência, do Princípio da não Discriminação por razões de nacionalidade, podem ter um âmbito diferente, permitindo em alguns casos a aplicação de exceções específicas.

O Princípio da Igualdade é suscetível de múltiplas interpretações, infinitas possibilidades de aplicação e combinações com outras disposições normativas. A principal característica de tal princípio é, portanto, uma alta indeterminação que requer interpretação, aplicação e relação para encontrar a concretização legal.

Antes de ser um princípio legal, a igualdade é, portanto, um princípio de natureza social e moral, que é posteriormente traduzido em regras normativas. Seu fundamento histórico é a rejeição

da sociedade baseada em privilégio e Discriminação, e seu valor de base é a convicção internalizada da igual dignidade humana.

3 DIREITOS HUMANOS E MIGRAÇÃO E A LEI 13.445/17

Como manifestado anteriormente a ocorrência de migrações é contínua na história do ser humano. Elas ocorrem pelas mais variadas necessidades, sendo que, com exceção dos que o fazem de forma obrigatória, os demais buscam melhores condições de vida, e desta forma se estabelecem em um local distinto do seu de origem. Isto se faz de forma passageira ou definitiva.

Verifica-se que além da análise do fenômeno como antropológico ou sociológico, hoje a migração se estabelece como um fenômeno político e jurídico. Afirma-se isto porque afetam a vida de todos, ou seja, da população local que recebe, assim como daqueles que passam a se instalar em um novo local.

Hoje, em termos globais, observa-se que nem todos os países entendem que o migrante seja um sujeito de direito. Em sendo assim, este ser humano passa a estar em uma posição de vulnerabilidade, sendo tratado como desumano. Ou segregado humano. Neste contexto a ideia de nacionalismo ou de cidadania se fortalecem como instrumento para afastar ou explorar o estrangeiro.

As ideias de nacionalismo e cidadania, conforme o contexto, marcado pela ideia de individualismo e competição, próprios do capitalismo, apresenta como consequência exclusão social do migrante, que passa a ter seus direitos mitigados.

Olhando para o Brasil, neste contexto, honrou o que estabelece como fundamentos do Estado Democrático de Direito, em sentido, pode-se dizer destoante da lógica mundial que possui uma tendência a não reconhecer o direito do homem de migrar, aprovou em maio de 2017 a Lei nº 13.445. Conhecida como a nova Lei de Migração.

Destaca-se que o lógica dominante estabelece que o sujeito natural do Estado é o nacional. Ideia esta que corresponde ao povo, no tripé de elementos do Estado (povo, território e soberania), que não significa população que é o quantitativo de habitantes do território em determinado momento histórico. Assim, seriam estrangeiros, os não classificados como povo, ou nacionais. Esta era a lógica.

A partir da vigência da Lei 13.445/ 2017 a ideia sobre direitos e deveres de nacionais e estrangeiros passou por transformações. Pois veio tratar dos direitos e os deveres do migrante e do

visitante no Brasil, assim como regulamenta a entrada e permanência de estrangeiros, bem como estabelece normas de proteção ao brasileiro no exterior.

Uma alteração importante é substituir o conceito de não nacional (estrangeiro) pelo de migrante. Assim estabelece o Artigo 1º Esta Lei dispõe sobre os direitos e os deveres do migrante e do visitante, regula a sua entrada e estada no País e estabelece princípios e diretrizes para as políticas públicas para o emigrante.

A nova legislação rompe com o tratamento desigual que era conferido aos migrantes na vigência da Lei nº 6.815 de 1980, o Estatuto do Estrangeiro. A partir da nova legislação, o Brasil passa a ver o migrante como um sujeito de direitos. Garante em todo o território nacional, em condição de igualdade com os nacionais.

Baseado em uma ideia de que todos são migrantes, realidade que é perceptível quando se verifica as raízes da formação populacional brasileira que a história coloca todos, com exceção dos “índios” como migrantes ou descendentes de migrantes. A origem é italiana, alemã, japonesa, libanesa, portugueses, espanhóis, polacos.... Todos possuem alguém ou alguma descendência não nativa. Por isso, que é salutar a legislação brasileira com a dimensão que foi aprovada. Balizada em dois princípios básicos e fundamentais, ou seja, a garantia dos direitos humanos da pessoa migrante e como consequência nenhuma discriminação por razões a ela vinculada por qual situação migrou, assim como a não criminalização da migração. Ou seja, a não possibilidade de detenção do migrante pelo fato de ser migrante.

Observando em específico a lei 13.445, verifica-se no artigo 4º e seus incisos, a garantia da “igualdade com os nacionais, a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, assegurando-lhe também os direitos e liberdades civis, sociais, culturais e econômicos”, assim como são garantidos, conforme artigo 3º que estabelece os princípios e diretrizes, destaca-se entre outros a garantia ao “acesso a serviços, programas e benefícios sociais, bens públicos, educação, assistência jurídica integral pública, trabalho, moradia, serviço bancário e seguridade social.

Desta forma, verifica-se que a que a Lei de Migração reflete uma mudança de paradigma em relação ao migrante por apresentar princípios e fundamentos que são dos direitos humanos, ou seja, o Estatuto do Estrangeiro que foi revogado pela lei 13.445/17 tratava a questão como sendo de Segurança Nacional, entendia o estrangeiro como uma ameaça à segurança nacional, enquanto a nova legislação trata a questão como sendo de Direitos Humanos, de Dignidade da Pessoa. De direito da pessoa em buscar um lugar melhor para viver.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do contexto mundial, não em relação à Globalização econômica, mas na dimensão Social e Cultural, observa-se que milhões de pessoas se movem – migrações. As pessoas ao se moverem, não são somente elas, isoladamente que o fazem, mas movem sua forma de viver, sua cultura. Como se estipula em torno de 300 milhões de pessoas se movendo, observa-se um choque de culturas, não necessariamente se digladiando, mas se entrelaçando. Caso a adaptação ocorrer a convivência é pacífica e o processo de aculturação trará também benefícios com os novos conhecimentos, mas se esse processo formar novos territórios dentro dos já demarcados territórios passará a ser um problema. Por isso, o tema Migração apresenta muitas divergências no cenário político e jurídico.

Em sendo assim, o Direito, como instrumento de organização social ainda não está adequadamente moldado para atender as exigências e novas demandas sociais resultantes deste mundo em movimento, assim como os Estados Nacionais não estão preparados para atender as necessidades da nova composição populacional que está se formando sob a sua jurisdição, resultante das migrações.

Neste novo contexto há necessidade de repensar a ideia de Nação e Nacionalismo, pois a ideia criada como sem do uma comunidade de cidadãos, como uma Sociedade política que dá uma expressão prática aos direitos universais, transformando liberdade, igualdade e justiça em leis e reformas, não atende mais ao proposto no novo contexto global.

O Estado Nacional conseguiu proteger os seus limites territoriais e sociais até um certo momento, mas atualmente não consegue garantir as fronteiras, e estas fogem do controle que pretendia exercer.

Neste novo contexto de migrações, a Transnacionalidade surge como a possibilidade de os Estados em conjunto buscarem soluções para os impasses e desta forma minimizarem conflitos, criando ações solidárias, e desta forma mantendo a segurança estatal e a garantia dos direitos fundamentais.

Desta forma a ideia de Cidadania pressupõe uma ideia de condição de igualdade civil, política e social ao indivíduo, para que ele possa exercer suas funções como membro de uma Sociedade que permite uma identidade comum a todos os seus componentes, independentemente de sua origem.

Neste contexto é de se destacar a legislação brasileira, em específico a lei 13.445, Lei de Migração que reflete o que se busca, em termos de princípios e fundamentos de direitos humanos.

A legislação brasileira trata a questão como sendo de Direitos Humanos, de Dignidade da Pessoa. Ou seja, independentemente de local, em primeiro lugar é uma pessoa, e é assim que deve ser tratada, independentemente de qualquer outra coisa.

REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS

ALBUQUERQUE JÚNIOR, Durval Muniz. **Xenofobia**: medo e rejeição ao estrangeiro. São Paulo: Cortez, 2016.

BARTOLINI, Antonio; PIOGGIA, Alessandra (Org.). Percorsi e prospettive dell'amministrazione dei diritti e dei doveri a 150 anni dalle leggi di unificazione amministrativa. *In*: **Cittadinanze Amministrative**. vol. VIII. Firenze: Firenze University Press, 2016.

BONAVIDES, Paulo. Reflexões sobre Nação, Estado Social e Soberania. *In*: **Revista Estudos Avançados**. São Paulo: USP, v. 22, n. 62, 2008. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/eav/issue/view/752> acessado em: 09/07/2018.

BREUILLY, John. **Nationalism and the State**. 2. ed. Manchester: Manchester University Press. 2001.

CALAMIA, Antonio M.; DI FILIPPO, Marcello; GESTRI, Marco. **Immigrazione, Diritto e Diritti**: profili internazionalistici ed europei. Padova: CEDAM, 2012.

CALHOUN, Craig. **Nations Matter**: Culture, History, and the Cosmopolitan Dream. London: Routledge, 2007.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

GELLNER, Ernest. **Naciones y Nacionalismo**. Tradução de Javier Seto. Madrid: Alianza Editorial, 2001.

HABERMAS, Jürgen. **A Constelação Pós-Nacional** - Ensaios Políticos. Tradução de Marcio SELIGMANN-SILVA. São Paulo: Littera Mundi, 2001.

HABERMAS, Jürgen. **A Inclusão do Outro**: estudos de teoria política. São Paulo: Edições Loyola, 2002.

HABERMAS, Jürgen. **Mas allá del Estado Nacional**. Trad. e introdução de Manuel Jiménez Redondo. 4.ed. Madrid: Trotta, 2008.

HUNT, Lynn. **A invenção dos Direitos Humanos**: uma história. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

HUNTINGTON, Samuel P. **O Choque de Civilizações**: a recomposição da ordem mundial. Tradução de M. H. C. Côrtes. São Paulo: Objetiva, 1997

IOM, International Organization for Migration. **Global migration indicators, 2018**. Disponível em: http://publications.iom.int/es/system/files/pdf/global_migration_indicators_2018.pdf. Acesso em 20 nov. 2018.

KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. Tradução Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

KERBAY, Maria Teresa Miceli; TRUZZI, Oswaldo. Globalização, Migrações Internacionais e novos Desafios à Cidadania. *In: Revista Perspectivas*. São Paulo, v. 31, jan./jun. 2007.

KOHN, Hans. **A Era do Nacionalismo**. Tradução de Waltensir Dutra. Rio de Janeiro: Editora Fundo de Cultura Brasil, 1963.

MANCINI, Pasquale Stanislao. Direito Internacional. (**Diritto Internazionale**. Prelezioni). Ijuí: Unijuí, 2003.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pela Mão de Alice**: o social e o político na pós-modernidade. 14. ed. São Paulo: Cortez, 2013.

SMITH, Anthony D. **National Identity**. Londres: Penguin. 1991.

TOURAINÉ, Alain. Nation, nationalism and citizenship. **European Review**, Londres, University of Cambridge, 3(4), 273-286. 1995.