

**DIREITOS HUMANOS
E FUNDAMENTAIS – O NECESSÁRIO DIÁLOGO
INTERDISCIPLINAR**

SHEILA STOLZ E GABRIELA KYRILLOS

Organizadoras

**DIREITOS HUMANOS
E FUNDAMENTAIS – O NECESSÁRIO DIÁLOGO
INTERDISCIPLINAR**

**Pelotas
Editora e Gráfica Universitária
2009**



Obra publicada pela Universidade Federal de Pelotas

Reitor: Prof. Dr. Antonio Cesar Gonçalves Borges

Vice-Reitor: Prof. Dr. Manoel Luiz Brenner de Moraes

Pró-Reitor de Extensão e Cultura: Prof. Dr. Luiz Ernani Gonçalves Ávila

Pró-Reitor de Graduação: Prof. Dra. Eliana Póvoas Brito

Pró-Reitor de Pesquisa e Pós-Graduação: Prof. Dr. Manoel de Souza Maia

Pró-Reitor Administrativo: Eng. Francisco Carlos Gomes Luzzardi

Pró-Reitor de Planejamento e Desenvolvimento: Prof. Ms. Élio Paulo Zonta

Pró-Reitor de Recursos Humanos: Admin. Roberta Trierweiler

Pró-Reitor de Infra-Estrutura: Mario Renato Cardoso Amaral

Pró-Reitoria de Assistência Estudantil: Assistente Social Carmen de Fátima de Mattos do Nascimento

CONSELHO EDITORIAL

Profa. Dra. Carla Rodrigues

Profa. Dra. Cristina Maria Rosa

Profa. Dra. Flavia Fontana Fernandes

Profa. Dra. Francisca Ferreira Michelin

Profa. Dra. Luciane Prado Kantorski

Profa. Dra. Vera Lucia Bobrowsky

Prof. Dr. Carlos Eduardo Wayne Nogueira

Prof. Dr. José Estevan Gaya

Prof. Dr. Luiz Alberto Brettas

Prof. Dr. Vitor Hugo Borba Manzke

Prof. Dr. Volmar Geraldo da Silva Nunes

Prof. Dr. William Silva Barros



Editora e Gráfica Universitária

R Lobo da Costa,447 – Pelotas, RS – CEP 96010-150

Fone/fax:(53)3227 8411

e-mail: editora@ufpel.edu.br

Diretor da Editora e Gráfica Universitária: Prof. Dr. Volmar Geraldo da Silva Nunes

Gerência Operacional: Carlos Gilberto Costa da Silva

Impresso no Brasil Edição: 2009

Tiragem: 300 exemplares

ISBN 978.85.7192-514-4

Dados de Catalogação na Publicação (CIP) Internacional

Biblioteca Setorial de Ciência & Tecnologia – UFPel

Editoração: Volmar Geraldo da Silva Nunes

Capa: Gilnei da Paz Tavares

Dados de Catalogação na Fonte Internacional:

(Bibliotecária Daiane Schramm – CRB-10/1881)

S863d Stolz, Sheila

Direitos Humanos e Fundamentais: o necessário diálogo interdisciplinar. / Sheila

Stolz e Gabriela Kyrillos. – Pelotas: Editora Universitária / UFPel, 2009.

306p. : il.

ISBN 978.85.7192-514-4

1. Direitos Humanos e Fundamentais. 2. Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH). 3. Constituição Federal Brasileira. 4. Cultura de Direitos Humanos. I. Kyrillos, Gabriela. II. Título.

CDD 340

SUMÁRIO

PREFÁCIO	7
PARTE I - As garantias fundamentais frente ao Estado de Exceção	13
Para os oprimidos, o Estado de Exceção continua sendo a norma.	
CASTOR BARTOLOMÉ RUIZ	15
Maio de 68 e os direitos humanos: sobre como revisar os 60, os 40 e os 20 anos.	
EDUARDO BITTAR	45
Agamben e o Estado de Exceção: uma mediação entre o Direito Constitucional e o vazio.	
PAULO RICARDO OPUSZKA	61
PARTE II - Paradoxos e novas demandas em tempos de Globalização	69
Derechos humanos laborales en el Derecho uruguayo.	
OSCAR ERMIDA URIARTE	71
O mundo do trabalho diante da Globalização.	
LEANDRO AMARAL DORNELES	89
El dilema de los flujos migratorios: ¿soberanía o derechos humanos? un modelo jurídico-político a construir.	
SHEILA STOLZ	121
O Ambiente como uma temática essencial.	
FRANCISCO QUINTANILHA VÉRAS NETO	141
Lo que se globaliza y lo que no se globaliza: algunas acotaciones sobre la globalización y los derechos humanos.	
SHEILA STOLZ	155

Feminismo e discurso punitivo: crítica e recorrência à modernidade. ELISA GIROTTI CELMER	167
PARTE III - O núcleo familiar e sua relação com a esfera jurídica	179
O afeto como valor jurídico e as crianças e adolescentes no contexto judicial. DENISE DUARTE BRUNO	181
Infâncias e instituições: legalidades al margem. JULIO CEZAR LLANÁN NOGUEIRA	193
PARTE IV - Estrutura e organização do Estado: o necessário respeito aos direitos fundamentais e a promoção da cidadania	209
Os vinte anos da Constituição brasileira de 1988: constitucionalismo e/ou democracia? VERA KARAM DE CHUEIRI	211
O direito fundamental à boa administração e o princípio da publicidade administrativa. JULIO CESAR FINGER	227
A revisão do Ato Administrativo e a segurança jurídica do indivíduo. LIANE FRANCISCA HÜNING BIRNFELD	241
E Deus criou a mulher... As organizações partidárias diante do desafio de incorporação da mulher (Argentina, 1991-2001). MARIO RICARDO MAURICH	253
O Conselho do Orçamento Participativo de Porto Alegre. Renovação ou continuísmo? ALFREDO GUGLIANO, TIAGO MENNA FRANCKINI e CAMILA GOULART DE CAMPOS	271
Breves considerações sobre a representação feminina nas democracias da América Latina. GABRIELA KYRILLOS e SHEILA STOLZ	291

PREFÁCIO

Superar a barreira que parece existir entre o consenso discursivo em torno dos Direitos Humanos e Fundamentais e das práticas de diversos atores sociais apresenta-se como algo bastante difícil, parece ser ainda mais difícil a transformação destes direitos em práticas societárias e governamentais eficazes.

O livro que o leitor tem nas mãos é o resultado de uma série de esforços recentes levados a termo pelo Núcleo de Pesquisa e Extensão em Direitos Humanos (NUPEDH), da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande (FURG), com o intuito de ponderar e refletir sobre os Direitos Humanos tomando como ponto de partida a relação existente entre tais direitos e as respectivas responsabilidades do Estado. A base para esta reflexão dialógica e reflexiva articulou-se durante o II Congresso Sul-Rio-Grandense de Direitos Fundamentais (CONSULTAIS) – encontro de pesquisador@s, professor@s, profissionais e estudantes latino-american@s realizado no período de 18 a 23 de agosto de 2008.

Tal evento teve como desafio científico-educacional o desenvolvimento de um qualificado, amplo e compreensivo debate democrático, com o objetivo de tornar mais sólidas, coesas e integradas as múltiplas dimensões dos Direitos Humanos e Fundamentais, quer sejam estes direitos civis, políticos, econômicos, sociais, culturais e/ou ambientais. Daí, a decisão de utilizar como núcleo dinâmico das discussões, metodologicamente, um conjunto de Eixos Orientadores tomando como referência a excepcional convergência de datas simbólicas no ano de 2008 que marcaram a importância de inegáveis conquistas históricas de absoluto valor ético à humanidade, quais sejam: 60 anos da Declaração Universal dos Direitos Humanos (ONU, 1948), 40 anos do Maio de 68, 15 anos da II Conferência Mundial de Direitos Humanos (Viena, 1993), 10 anos da Declaração Internacional dos Direitos Fundamentais dos Trabalhadores (OIT, 1998) e,

especificamente no Brasil, 120 anos da Abolição da Escravatura (1888), 20 anos da Promulgação da Constituição Federal (1988) e a maioria do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA, 1990).

Nesse sentido, pretendendo enriquecer o debate público em torno dos Direitos Humanos e Fundamentais, o II CONSULTAIS pautou-se pelo movimento formativo dialógico, plural e interinstitucional (de âmbito nacional e internacional), contando com a anuência de mais de 200 participantes, mais de 70 Comunicações de Professor@s e Acadêmic@s das áreas de Ciências Sociais Aplicadas, Saúde e Ciências Humanas – além da inestimável contribuição e reflexão teórico-prática transcritas neste livro. Estas que aqui se apresentam, nos foram brindadas por Painelistas da Cátedra Unesco de Direitos Humanos e Violência, Governo e Governança (UNISINOS), da Universidade de São Paulo (USP), da Universidade Federal do Paraná (UFPR), da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), da Facultad de Derecho Universidad de la República/Uruguay, da Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario/Argentina, do Departamento de Humanidades y Ciencias Sociales da Universidad de Buenos Aires (UBA), da Universidade Federal de Pelotas (UFPEL), da Universidade Federal do Rio Grande (FURG), do Poder Judiciário do do Rio Grande do Sul (SSJ do Foro Central) e da Escola Superior do Ministério Público. Destarte, a presente obra também constitui-se de artigos construídos a partir do esforço coletivo multi e interdisciplinar de Doutor@s, Mestres e Acadêmic@s brasileir@s de diversas áreas do conhecimento.

O livro está dividido em quatro partes. A primeira delas analisa filosófica e juridicamente os Regimes totalitários compreendidos, neste particular, como aqueles que possuem como objetivo político comum o exercício do controle estrito sobre a vida humana, caracterizando-se, portanto, não como Estados irracionais, mas sim como paradigmas biopolíticos de controle humano. Frente à constatação da existência de uma racionalidade estratégica, precisa e eficiente de controle, cabe pensar, tal como propõem noss@s autor@s, como suplantar a exceção latente em todos os

Estados, já que a chamada normalidade jurídica costuma encobrir – mesmo nos denominados Estados democráticos – a incapacidade da justiça procedimental e do Direito formal de concretização da justiça real aos excluídos sociais. A tarefa de pensar criticamente o Direito também é realizada, nesta primeira parte, desde o ponto de vista histórico. Para tanto, resgata-se e reinterpreta-se o Maio de 68 como forma de compreender o sentido atual da expressão “dignidade da pessoa humana”, contida em diversas declarações internacionais de direitos humanos e também no art. 1º, inc. III da Constituição Federal de 1988.

A segunda parte desta obra abarca uma série de artigos e ensaios que procuram enfrentar o seguinte paradoxo: nunca antes na história da humanidade houve uma consciência tão clara sobre a importância dos Direitos Humanos, mas também nunca antes houve, como agora, uma ameaça tão profunda e significativa ao seu cumprimento, graças às tendências impostas pelo fenômeno da globalização. Os dois primeiros artigos, desta segunda parte, tratam do direito humano e fundamental ao trabalho. Outros dois ensaios abordam os direitos humanos frente a globalização, sendo que um deles examina as especificidades dos movimentos migratórios. A emergência da temática ambiental, entendida como um amadurecimento nas formas de buscar um re-dimensionamento do ser humano no planeta, também é tema de análise nesta seção. Assim como o é, o reconhecimento da violência contra a mulher enquanto problema público a ser enfrentado pelo Estado brasileiro.

Os trabalhos concernentes à terceira parte deste livro, sopesam os direitos humanos e fundamentais não mais desde um ponto de vista global, mas sim localizado: o núcleo familiar e a sua relação com a esfera jurídica. Neste sentido, defender-se-á a emergência de uma nova categoria no campo jurídico: o afeto. Entendendo, conseqüentemente, que o reconhecimento e a proteção de direitos individuais específicos de mulheres, crianças e idosos, entre outros, só é possível com o cuidado, ou seja, com o vínculo que envolve formas de afeto – solidariedade, compromisso e responsabilidade – e que se constitui em valor sócio-cultural

incorporado pelo Direito contemporâneo, ainda que bastante carente de estratégias de intervenção e de políticas públicas de promoção efetiva de inclusão social.

A quarta parte deste livro coletivo integra temas relativos à Constituição Federal de 1988 e sua interpretação, bem como a estrutura e a organização do Estado. Em um primeiro trabalho, os vinte anos da Constituição e a respectiva jurisdição constitucional, serão analisados desde a mudança paradigmática que uma leitura moral da constituição promove. O segundo e o terceiro artigo que integram esta seção, reafirmam a importância do direito à uma administração pública transparente, imparcial, eficiente e proba, mas, sobretudo, dialógica. Ademais, alguns/algumas autor@s também apontam para uma ampliação da democracia através da participação cidadã, entendida desde distintos, ainda que complementares, pontos de vista. Assim sendo, um dos trabalhos analisa o comportamento das organizações político-partidárias diante do desafio colocado pela Lei de Cotas Argentina (Lei 24.012/1991) – ação afirmativa, que impôs uma discriminação positiva em favor da participação e incorporação efetiva das mulheres na disputa por cargos eletivos. Por sua vez, outro trabalho, tratará de ponderar sobre a Democracia Participativa, concebida como um dos processos catalisadores da emancipação social, com foco central no Conselho do Orçamento Participativo (OP) de Porto Alegre, no período de 2005 a 2008. O último ensaio, desta seção, examinará a constituição de três países latino-americanos que buscam, através do Direito, impulsionar a aceitabilidade social da presença feminina na esfera política, sendo esta entendida como um dos requisitos propulsores da igualdade entre os gêneros.

Terminada esta apresentação prévia cabe advertir que, desde o nosso ponto de vista, as Ciências Humanas e Sociais (em particular o Direito) devem ter sempre presente à possibilidade de influir na realidade. Justamente por isto, os ensaios deste livro coletivo aspiram, dentro de suas limitações, servir como ferramentas ao debate, à reflexão, à análise e ao exame deste movimento local e também internacional de proteção dos Direitos Humanos e

Fundamentais. Conseqüentemente, ao trazer ao público esta obra coletiva, nosso principal objetivo constitui-se precisamente em instigar a construção de tantos outros possíveis caminhos metodológicos, teóricos e interpretativos para produzir saberes que visam senão a solução, ao menos a minimização dos danos causados pelas constantes violações que os Direitos Humanos e Fundamentais têm sofrido cotidianamente.

Em definitivo, objetivamos influenciar na práxis d@s operador@s sociais e jurídicos. Ademais, nossa pretensão, diferentemente do que costumam pensar alguns/algumas teóric@s, não se aparta do conhecimento e, portanto, não estamos deixando de fazer ciência. Muito pelo contrário, estamos construindo uma ciência comprometida e responsável por refletir e por atuar aqui e agora, conscientes de que no momento presente estão em jogo a existência única e singular de bilhões de pessoas e sua dignidade. Na luta entre a hipocrisia da neutralidade científica e o compromisso d@s cientistas, parece-me, e atrevo a dizer que parece-nos a tod@s @s autor@s desta obra coletiva, que não resta espaço para eleição.

Sheila Stolz
Coordenadora do NUPEDH/FURG
Pelotas, inverno de 2009

PARTE I

AS GARANTIAS FUNDAMENTAIS FRENTE AO ESTADO DE EXCEÇÃO

PARA OS OPRIMIDOS, O ESTADO DE EXCEÇÃO CONTINUA SENDO A NORMA

CASTOR BARTOLOMÉ RUIZ*

1. INTRODUÇÃO

Neste ano de 2008 celebramos duas efemérides coincidentes, os 20 anos da atual constituição do Brasil e os 60 anos da declaração dos Direitos Humanos. Esses dois eventos, distantes no tempo e espaço, mantêm uma estreita relação formal uma vez que a constituição do Brasil recolheu na sua integralidade os princípios da declaração dos Direitos Humanos e nela se espelhou para ser o marco jurídico das relações sociais. Este fato, por si mesmo, já mereceria ser rememorado e celebrado pela humanidade toda e pela sociedade brasileira em particular. Porém, fariamos um pobre favor a ambos eventos se nossa análise se limitasse a exaltar sua importância, pois dizer que a declaração dos Direitos Humanos e a Constituição Brasileira são muito importantes é quase que um pleonasmo filosófico ou uma redundância retórica.

Embora ambos marcos jurídicos estejam interconectados formalmente no texto, sua relação mais profunda deve ser procurada no pré-texto político que os originou. A declaração dos Direitos Humanos e a Constituição Brasileira, assim como todos os textos jurídicos, são a cristalização de uma reação política. É no contexto político (e conseqüentemente econômico e social) que se há de procurar o sentido da reação do texto. Se todo texto é um discurso, todo discurso é correlativo às relações de poder que o produziram. É nas relações de poder que deveremos cavar os sentidos hermenêuticos do discurso.

Os textos que nos cabe analisar remetem a contextos históricos diferentes no espaço e no tempo, porém conectados por um elo comum, o autoritarismo. Ambos textos têm como pré-texto político experiências trágicas de autoritarismo. A declaração do

* Doutor em Filosofia e professor pesquisador do Programa de Pós-Graduação Filosofia-Unisinos, coordenador da Cátedra Unesco de Direitos Humanos e Violência, Governo e Governança, UNISINOS.

Direitos Humanos remete ao horror da barbárie nazista, enquanto a Constituição Brasileira reage contra as arbitrariedades e torturas dos mais de 20 anos de ditadura militar.

Os autoritarismos do nazismo e das diversas ditaduras militares da América Latina entre as décadas de 60 e 80 são similares em muitas coisas, merecendo destaque seu objetivo político comum de exercer um controle estrito sobre a vida humana, o que os transformou em paradigmas biopolíticos de controle humano. Eles não cometeram atos de barbárie irracional e pontual de alguns ditadores paranóicos, como muitas vezes se pretende. Eles implementaram estratégias de racionalidade de Estado, calculadamente programadas, com objetivos biopolíticos bem definidos. O que assusta da barbárie não é sua irracionalidade, mas, pelo contrário, a racionalidade estratégica precisa e eficiente com que age em grande escala; ela é sempre uma ameaça potencial incutida às estruturas do poder. É relativamente fácil neutralizar a paranóia de ditadores e as neuroses coletivas de sociedades com eventos irracionais, porém ninguém está a salvo das argúcias estratégicas do poder que visam racionalizar o controle da vida humana como forma de aprimorar a potência das estruturas.

A semelhança entre o nazismo e as ditaduras militares não está só no marco jurídico autoritário, senão no seu objetivo biopolítico de controlar a vida humana de forma exaustiva. Esse controle visava extrair todas as potencialidades da vida humana enquanto mero recurso natural, para favorecer a potência das estruturas do Estado e os lucros do mercado. Contrariando muitas versões, temos de reconsiderar que o mercado também foi o grande beneficiário dos autoritarismos fascistas, nazista e as ditaduras militares em geral. No centro das encruzilhadas de todos os autoritarismos modernos está o biopoder no controle exaustivo da vida humana. Ela é seu objeto material.

As principais formas de autoritarismo moderno são de caráter biopolítico; elas utilizam a vida humana como um mero recurso natural para obter lucro e poder. Dentro da lógica biopolítica os graus do autoritarismo são proporcionais à intensidade das técnicas de controle. Os regimes nazistas e militaristas aprimoraram ao extremo a lógica do controle da vida humana, porém eles não as inovaram só as aperfeiçoaram na forma de repressão e extermínio em massa através do controle absoluto da vida humana. Essa lógica instrumental já estava presente no modelo biopolítico iniciado pelo

Estado moderno e na lógica do biopoder implementada pelo mercado¹.

Se quisermos pensar criticamente os eventos autoritários contra os quais tentaram reagir a declaração dos direitos humanos e a atual constituição brasileira, deveremos analisá-los como produtos da racionalidade instrumental moderna e não como meros fatos históricos isolados. Essa racionalidade instrumental continua implementando-se, ainda que contida pelo direito, como gestão instrumental da vida para os interesses das estruturas do mercado e do Estado. A expansão ou contração da lógica autoritária é só uma questão conjuntural de luta de interesses. Uma vez que a lógica estrutural da biopolítica está inserida na dinâmica da exploração do mercado e do controle do Estado, a maior ou menor intensidade do seu controle biopolítico dependerá do jogo de forças.

Os novos autoritarismos procuram a fugir dos marcos jurídicos dos Estados ditatoriais, e tendem a conferir uma lógica de normalidade às técnicas e táticas de dominação. Contudo, interessa-nos analisar quais os elementos biopolíticos utilizados pelos regimes autoritários nazistas e militaristas que são inerentes à lógica do governo instrumental da vida humana nas sociedades modernas. Deles podemos destacar três elementos. Em primeiro lugar o objetivo político de aprimorar a eficiência e a potência das estruturas de poder, sejam do Estado sejam do mercado. Em segundo lugar, para atingir esse objetivo utilizaram uma estratégia de grande alcance: reduzir a vida humana a mero recurso biológico. Em terceiro lugar utilizaram a tática jurídica da exceção como necessidade política de conferir aos governantes poderes amplos ou absolutos para reger essa vida humana. Esses três elementos constituem o arcabouço da nova técnica de governo própria das sociedades modernas, o biopoder.²

2. O BIOPODER NA SOMBRA DOS NOVOS AUTORITARISMOS

O que é biopoder e qual a sua relação com os autoritarismos modernos? Esta é uma questão de fundo cuja análise pode nos

¹ FOUCAULT. Michel. Segurança, território e população. São Paulo: Martin Fontes, 2008, p. 3-72.

² FOUCAULT. Michel. A vontade de saber. Rio: Graal, 1999, p. 125-149.

ajudar a compreender, em parte, a lógica da racionalidade instrumental que opera nos autoritarismos modernos.

As sociedades modernas inovaram duas grandes instituições pelas quais configuraram seu modo de ser, o Estado e o mercado. Um Estado nacional e um mercado concorrente. Dentro desses dois grandes marcos se desenvolveram um conjunto de instituições que foram mudando ao longo do tempo, adaptando-se às conjunturas porém mantendo características próprias que permitem identificar e diferenciar as sociedades modernas das tradicionais.

Uma das grandes inovações da modernidade foi a subversão da separação ontológica entre ente vida humana natural e vida humana social, que os gregos definiam como *zoe* e *bios*, própria das sociedades tradicionais. Nestas sociedades a *zoe* ou vida humana natural não formava parte da estratégia política da polis pois era regulada por leis naturais. Só a natureza podia reger a vida natural de cada indivíduo. A verdadeira vida humana, segundo a polis grega, era aquela que se constituía eticamente através da práxis política, denominada de *bios*. A política tinha como objetivo ajudar a construir uma vida humana (*bios*) feliz, sem interferir na vida humana natural. A vida humana mais importante para a polis era a que cada sujeito forjava como subjetividade ética.

Desde que a política surgiu como reflexão autônoma sobre a práxis na Grécia clássica, os governantes consideravam que a vida biológica dos indivíduos muito pouco acrescentava à potência do seu governo. Por isso não se preocuparam em governá-la. Ela era considerada responsabilidade de cada pessoa ou da família (*oikos*); não havia estratégias políticas para o governo da vida humana natural e por isso não estava inserida na estratégia do poder como elemento objetivo. Em contraposição consideravam que o objetivo da política era propiciar uma vida humana feliz (*bios*), o que significava ajudar a construir subjetividades éticas e livres. . Resumindo, o controle da vida humana natural não era objeto material da racionalidade do poder da polis, do governante ou da economia das sociedades pré-modernas. A vida humana era para a política um fim em si mesmo e não um meio. A política tinha como finalidade propiciar uma vida humana feliz. Em tese não se pensava em utilizar a vida humana como meio para a aumentar o poder de governo.

Durante o século XVII houve uma inflexão na relação da vida humana com o poder. Tal inversão foi provocada pela resignificação da importância da vida humana natural (*zoe*) como um elemento estratégico para o poder dos Estados modernos. A vida natural foi assimilada como um componente importante que qualifica a eficiência das estruturas sociais do Estado e do conjunto das novas instituições modernas. Dimensões da vida humana natural como o corpo, a saúde, a infância, a juventude, a velhice, a morte, o sexo, o gênero, que antes pertenciam ao espaço do privado, passaram, na modernidade, a ser objeto de intervenção estratégica do poder das diversas institucionais, a começar pelo Estado.

Não é por acaso que Hobbes representa o *Leviatã* como um grande *corpo* político onde o poder absoluto do soberano é formado pela assimilação dos corpos de cada indivíduo que compõem o Estado. O poder soberano do Estado moderno representado pelo *Leviatã* incorpora a totalidade da vida humana, inclusive a vida natural que antes se considerava um domínio exclusivo da natureza. Na racionalidade estratégica da modernidade a vida humana deixa de ser pensada como um fim em si mesma e passa a ser compreendida como um meio para aumentar a potência das estruturas.

A incorporação estratégica da vida humana natural às políticas do Estado moderno extrapola os conceitos de Estado absoluto ou democrático, pois ambos coincidem neste objetivo. O Estado moderno percebeu que a vida humana natural afeta diretamente à potência de seus dispositivos de poder, por isso decidiu elaborar estratégias de intervenção política sobre ela a fim de integrar a potência da vida humana no poder do Estado. Nascia a biopolítica³.

Para o Estado moderno a abrangência do seu poder não se limita ao território e às riquezas, como era concebido pelos governantes tradicionais. O que qualifica o poder de instituições modernas é principalmente a sua população⁴. Dentro desta lógica o controle e gerenciamento da vida humana tornou-se um objeto prioritário por parte das diversas instituições do Estado. Este

³ FOUCAULT, Michel. Nacimiento de la biopolítica. México: FCE, 2007.

⁴ FOUCAULT, Michel. Segurança, território, população. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p.155-180.

compreendeu que o seu poder é correlativo à sua população, ou seja, a variáveis como a demografia, o número de nascimentos e mortes, as epidemias e saúde, a juventude, a velhice, a reprodução, o preparo físico e intelectual da população, etc. Todas as variáveis da vida humana natural que eram desprezadas pela política tradicional por considerá-las insignificantes para o poder da polis, o Estado e o mercado modernos as re-significaram como potência do seu poder. Elas estabelecem a diferença qualitativa das estruturas de seu governo. Estas compreenderam que seu poder é correlativo à potência de sua população e que esta potência diz respeito à qualidade e controle da vida humana natural. Se o Estado e as instituições sociais quiserem ser poderosos deverão usufruir da vida humana natural como um meio qualificando ao máximo a sua potência para dela obter os melhores resultados.

A constituição do Estado moderno se dá concomitante à utilização da vida natural como meio das suas estratégias políticas. Com ele a vida natural saiu do esquecimento do espaço privado e ingressou na preocupação pública das estratégias de poder. A vida humana deixou de ser um mero fim em si mesma e tornou-se um meio. Os Estados modernos e o mercado mantiveram, em tese e formalmente, o princípio clássico da política de que seu objetivo é propiciar aos cidadãos uma vida feliz, afirmando formalmente que a vida humana, o bem estar da sua população, é o fim do Estado. O contraditório das instituições modernas é que afirmam formalmente que a vida humana é um fim em si mesma e proclamam os direitos humanos, mas concomitantemente implementam uma lógica instrumental em que a vida humana é utilizada como o recurso produtivo mais importante. Nas instituições modernas co-existe numa tensão (in)solúvel entre a utilização da vida humana natural como meio para sua eficiência e o seu reconhecimento como um fim em si mesma. Foi na modernidade que se reconheceu a potência política da vida humana como potência paradoxal. As instituições almejam controlá-la para extrair dela toda a produtividade possível, mas esse reconhecimento político lhe confere a possibilidade inédita na história de ser uma categoria política insurgente.

O valor da vida humana, para as instituições modernas, não significa um valor ético, humanístico ou religioso, mas principalmente um valor material. Ela vale pelo que pode produzir, pela potência que pode oferecer à qualificação dos processos produtivos ou de gerenciamento institucional. É neste sentido que a

vida humana, despojada de qualquer outra significação ética ou religiosa, fica reduzida a mera vida natural. Ela vale enquanto recurso material, enquanto elemento produtivo qualitativamente diferente de todos os outros elementos da cadeia produtiva ou da gestão organizacional.

A vida humana natural tem um valor especial porque é o único recurso natural capaz de fazer produzir com eficiência os outros recursos. Ela multiplica exponencialmente a eficiência da gestão dos processos e confere potência aos resultados finais das estruturas. A vida humana tem um valor material incalculável porque ela, enquanto mera vida natural, é o recurso que potencializa as estruturas sociais. Este é o escopo da biopolítica. *“O controle da sociedade sobre os indivíduos não se opera simplesmente pela consciência ou pela ideologia, mas começa no corpo, com o corpo. Foi no biológico, no somático, no corporal eu, antes de tudo, investiu a sociedade capitalista. O corpo é uma realidade biopolítica. A medicina é uma estratégia biopolítica”*⁵.

I

O *biopoder*⁶ descobre na modernidade a potencialidade da vida humana e em especial do corpo humano para qualificar os processos produtivos e o gerenciamento das instituições modernas. Com base nesta re-significação valorativa do corpo humano, as instituições modernas criaram técnicas para seu adestramento com objeto de ajustá-lo às novas demandas das instituições. Do exército à manufatura, da fábrica à burocracia, todas as instituições modernas demandam indivíduos treinados nas suas habilidades corporais, adestrados nas potencialidades dos seus saberes, exigem que sejam disciplinados no modo como usam o seu tempo, eficientes nas habilidades encomendadas, agis nos serviços exigidos, criativos nas suas funções, que consigam o máximo de eficiência com o mínimo de gasto. O futuro das instituições modernas depende do grau de ajustamento do indivíduo a seus

⁵ FOUCAULT, Michel. “O nascimento da medicina social”. In Id. *Microfísica do poder*. Rio: Graal, 1993, p.80.

⁶ Podem ser feitas algumas distinções conceituais entre biopoder e biopolítica, entendendo aquele como o conjunto abrangente de estratégias e táticas de controle da vida humana, e esta como as formas de governo e suas políticas específicas. Contudo utilizaremos neste trabalho indistintamente ambos conceitos.

objetivos institucionais. É uma relação de custo benefício. Esse ajustamento depende, e muito, de um adestramento eficiente da vida humana natural⁷. Nascia o biopoder⁸.

A racionalidade instrumental que reduziu o valor da vida humana a mera vida natural opera sob o signo da eficiência⁹. A sua lógica não se apresenta como uma forma autoritária de controle senão como uma técnica eficiente de gestão. O limiar que separa a gestão eficiente do autoritarismo é sutil e depende simplesmente da intensidade com se aplica o controle de gestão sobre a vida. Os autoritarismos modernos nada mais são do que formas de gestão social da vida humana implementados com métodos de controle estritos. E vice-versa a gestão institucional moderna da vida humana natural nada mais é do que um controle autoritário gerenciado de forma aberta. É no limiar desta sutil distinção que o controle da vida humana fica presa entre sua gestão eficiente ou seu governo autoritário. No primeiro caso se legitima como forma eficiente de gestão institucional dos processos, no segundo caso se lhe qualifica de método autoritário de governo. Porém ambos compartilham o elemento material do governo, a vida humana natural, e o método de governar, o controle. A distinção entre ambos passa a ser um aspecto adjetivo e não substantivo, ou seja, uma questão de intensidade e não de qualidade. Uma vez que se aceita como valor social a redução da vida humana a mera vida natural, ou seja, o seu despojamento de outros valores maiores que o mero valor material de recurso, a vida humana vale pelo que produz e vale tanto quanto produz. Dentro dessa lógica ela deve ser levada a produzir o máximo para valer mais.

O autoritarismo moderno permanece oculto na sombra da racionalidade instrumental que reduziu a vida humana a mera vida natural e fez desta inversão hermenêutica da vida um seu valor maior, o da eficiência. Tudo e todos, incluída a vida humana, se sacrifica em prol da eficiência, pois esta é que define o valor dos processos e consequentemente dos elementos materiais que os

⁷ Neste ponto já se tornou uma referência clássica a obra de FOUCAULT. Michel. Vigiar e punir. Petrópolis: Vozes, 2001.

⁸ Sobre as relações entre o poder e a vida humana Michel Foucault ministrou o curso do Collège da France de 1976 que posteriormente foi publicado, cf. Id. Em defesa da sociedade. São Paulo: Martin Fontes, 2000.

⁹ Sobre a racionalidade instrumental cf. ADORNO, T. e HORKEIMER, A dialética do esclarecimento. São Paulo: Zahar, 2006, p. 17-46.

constituem. Sendo a vida humana um elemento material dos processos de gestão, seu valor social é correlativo à eficiência que dele se afere. É pois na sombra da eficiência que deveremos detectar a ameaça dos novos autoritarismos, já que o extermínio massivo de milhões de pessoas nos campos nazistas e o extermínio seletivo de dezenas milhares de opositores nos porões das cadeias das ditaduras em toda América Latina também foram implementados como técnicas eficientes de controle de populações indesejadas.

Há pois uma estreita relação entre os autoritarismos modernos e o surgimento do biopoder. A utilização estratégica da vida natural na modernidade se opera em dois grandes vetores: a) Estratégias de intervenção sobre o corpo humano; b) Estratégias de intervenção sobre as populações.

II

A entrada da vida humana nas estratégias do poder provocou um efeito não previsto, transformou a vida humana numa categoria política. Antes da modernidade não se encontram referências da vida humana como categoria política. As categorias políticas são a liberdade, a justiça, a igualdade, etc., porém a vida humana, por ser considerada algo privado não era pensada politicamente. A re-significação política da vida humana, ainda que como mera vida natural, é feita desde a lógica da racionalidade instrumental do Estado e do mercado como uma forma eficiente de se apropriar de suas potencialidades, porém uma vez instituído o valor político da vida humana esta tem a potência hermenêutica e política de se insurgir como nova categoria política contra todos os métodos e estruturas que pretendem instrumentalizá-la. Temos pois desenhado o paradoxo de que a vida humana ao ser instrumentalizada como mero elemento estratégico do poder lhe foi conferida a potência política de se insurgir contra esse mesmo poder que a controla. A inserção da vida humana na arena política se origina pela criação de verdades e discursos sobre ela, é nesse ponto que o discurso dos direitos humanos se emancipou como um discurso político moderno que defende a vida humana do mesmo poder que a inseriu na lógica da eficiência. A vida humana e o próprio discurso dos direitos humanos encontram-se submetidos aos jogos de poder em que as verdades se constroem segundo os

interesses em conflito. Em qualquer caso temos de constatar que a mesma lógica do poder que significou a vida humana como uma potência para sua eficiência conferiu a vida um significado político que antes não tinha. O que possibilita construir novas verdades e discursos de impacto político contra todas as tentativas de controle e dominação da vida humana.

3. A VIDA HUMANA E O ESTADO DE EXCEÇÃO

O potencial autoritarismo do biopoder tem desdobramentos que devem ser ainda mais pesquisados. Neste trabalho tentaremos desenvolver um dos desdobramentos autoritários mais graves do biopoder dentro do Estado moderno: o *estado de exceção*.

Nas sociedades contemporâneas, as técnicas de controle da vida humana são cada vez mais sofisticadas e, uma vez que a utilizam como um mero recurso natural, em todas elas ronda o espectro do autoritarismo. Contudo, vamos centrar o foco de nossa reflexão sobre a técnica jurídica que define o estado de exceção; técnica que, ao suspender total ou parcialmente o direito sobre a vida, permite seu controle extremo e minucioso, inclusive dentro de um Estado de direito. Como opera a relação entre a exceção jurídica e o controle da vida humana como mera vida natural? Esta é uma questão importante uma vez que o estado de exceção foi a figura jurídica de que se serviram o governo nazista e os militares brasileiros para estabelecer uma forma de legalidade institucional a seus regimes de governo.

Foi Giorgio Agambem que recentemente trouxe a tona a pertinência desta problemática para pensar o autoritarismo inerente às sociedades modernas na sua obra de título homônimo, *Estado de Exceção* (2004)¹⁰.

O que define a exceção jurídica é a retirada do direito, de forma total ou parcial, da vida humana. Ao suspender o direito, a vida fica exposta como mera vida natural. É uma vida nua, desprotegida, fragilizada e exposta ao princípio da arbitrariedade da vontade soberana. Toda forma de exceção opera sob três aspectos, em primeiro lugar suspende o direito sobre a vida humana das pessoas por ela afetadas, concomitantemente essa vida humana

¹⁰ Nossa apresentação coincidirá, em grande parte, com a análise desta obra. Porém, mantemos várias divergências filosóficas e históricas a respeito de suas análises que aqui não temos espaço para detalhar.

fica reduzida a mera vida natural e num terceiro momento, no lugar do direito se coloca a vontade soberana. A figura da exceção despoja a vida humana do direito e investe de todo direito à vontade soberana. Como consequência, o direito se identifica com a vontade soberana e a vida humana fica a mercê dessa vontade. É na exceção que a vontade soberana emerge como forma absoluta da lei. Ao suspender, total ou parcialmente o direito, a vontade soberana ocupa esse espaço vazio e se impõe como novo direito. Na exceção total a vontade soberana e o direito coincidem, nela a vida humana das pessoas afetadas ficam sob o arbítrio da vontade soberana como único direito que decide sobre elas. Na exceção parcial a vontade soberana atua com arbitrariedade limitada porém de forma plena naquilo que lhe outorgado como direito de decidir. Em todos os casos a exceção possibilita o controle eficiente da vida humana uma vez que esta se encontra submetida à decisão imediata da vontade soberana. Na lógica da racionalidade instrumental moderna o objetivo de toda exceção não é implementar um autoritarismo ou outorgar poder a um determinado soberano, mas conseguir eficiência no controle da vida das pessoas consideradas perigosas para o conjunto da sociedade ou para o regime de governo. Dentro dessa lógica, cabe perfeitamente a possibilidade de suspender a exceção quando o perigo ou a necessidade passar, retornando ao estado de normalidade social.

É fácil perceber que na lógica instrumental da exceção social há algumas graves questões a serem dirimidas. Em primeiro lugar, quem é que define a necessidade ou quando há perigo para decretar uma exceção? Em segundo lugar, o que se entende por normalidade social a que se deve retornar? Em terceiro lugar quem decide quais são as pessoas ou populações perigosas sobre as que deve vigorar a exceção como meio de controle? Todas as questões estão recolhidas e regulamentadas, de uma ou outra forma, nas constituições dos Estados modernos, porém todas elas trazem a tona a figura do decisionismo que menciona Carl Smitt¹¹ que decide fora do direito positivo. Ou seja, a decisão sobre e exceção tira da sombra do Estado moderno a figura “Soberano” que parecia abolida pelos regimes de governo modernos. Os Estados modernos, e com ele as sociedades que os constituem, não conseguiram superar o autoritarismo do soberano, mas o recolheu na sombra da exceção

¹¹ SMITT, Carl. Teologia política. Del Rey: Belo Horizonte, 2006, p. 7-17.

social como método de controle da vida humana a ser utilizado quando sob a forma de necessidade extrema ou de perigo iminente essa vontade soberana venha a decidir sua vigência.

É sobre esta sombra oculta da vontade soberana que os autoritarismos ressurgem e se legitimam constantemente ao longo da história dos Estados modernos. Foi no encaicho da exceção que os regimes nazista e as ditaduras militares invocaram a necessidade extrema de salvar a sociedade de perigos iminentes para instituir a vontade soberana de governos autoritários. Mas é também sob esta figura que novos autoritarismos continuam a se legitimar, inclusive dentro do Estado de direito, como necessidade de exceção para controlar populações perigosas, como é o caso atual dos potenciais terroristas islâmicos, dos diversos tipos de refugiados, simplesmente dos imigrantes ilegais ou até dos potenciais marginais. Todos podem ser perigosos e para evitar o perigo se decreta sobre eles algum tipo de exceção que permita um controle estrito de suas vidas.

I

Toda forma de exceção se desenvolve como exceção de direito e exceção de fato. A exceção de direito é aquela que se formula juridicamente e a exceção de fato é a que opera efetivamente. A exceção de direito pode se tornar uma exceção de fato ou não, dependendo das circunstâncias. Mas também pode haver exceções de fato que não sejam reconhecidas como exceções pelo direito. Esta última tese é a que nos propomos desenvolver e ampliar posteriormente, pois “*para os oprimidos o estado de exceção continua sendo a norma*”, já que os excluídos sociais vivem uma exceção de fato mas não de direito. Todos seus direitos estão formalmente reconhecidos embora de fato lhe sejam negados. Ao retirar de fato os direitos fundamentais da vida humana, está se torna uma vida nua, muito vulnerável e exposta à arbitrariedade das vontades soberanas do mercado. Este é o limiar do novo autoritarismo em que a exceção se impõe de fato sobre a vida dos excluídos sociais. Este ponto o desenvolveremos mais amplamente ao final do nosso trabalho.

O modelo de controle biopolítico da população atua com toda eficiência nas várias formas de exceção, em especial na figura jurídica do estado de exceção. Este, quando se decreta de forma

ampla, traz a tona a potência absoluta da soberania e o poder totalitário do soberano. O paradoxal desta figura é que foi criada pelos governos constitucionais dentro do Estado de direito para outorgar ao Estado poderes soberanos quando necessário. Os governos absolutistas não necessitavam da exceção pois a norma se identificava com a vontade do soberano. Quando vigora a vontade soberana como norma, não há necessidade de exceção. A exceção é uma figura jurídica do constitucionalismo moderno, criada precisamente para que a vontade soberana, que tinha sido abolida pelo império da lei, viesse a surgir quando necessário. A lei vigora durante a normalidade, porém nos casos de exceção a lei cede espaço à vontade do soberano. Este é o princípio que lateja em todas as formas de reconhecimento jurídico da exceção, seja esta uma exceção total ou parcial.

Ao longo da existência do Estado moderno se ensaiaram muitas formas de exceção jurídica, todas elas têm o objetivo comum de obter um controle dos governantes (transformados pela exceção em soberanos) da vida de determinados grupos de indivíduos ou populações.

As sociedades modernas, além das formas jurídicas da exceção, criaram técnicas eficientes para sua implementação. Como indicamos anteriormente as formas de exceção existem além da sua demarcação jurídica. A regulamentação jurídica da exceção se constitui numa aplicação no direito de outras experiências de exceção de fato que funcionaram eficientemente como técnicas de controle de populações perigosas. A genealogia da exceção moderna remete aos métodos de exceção criados para conter as pestes dos séculos XVII. Estes se revelaram técnicas políticas muito eficientes para o controle de populações perigosas¹². Os pesteados eram um perigo social que devia ser neutralizado. A forma eficiente de neutralizar esse perigo foi estabelecer uma exceção total sobre suas vidas impedindo-os de sair ou movimentar-se, permaneciam encerrados em suas casas, cercados nos quarteirões ou nas cidades pesteadas, eram controlando-os diariamente com chamada obrigatória e ameaçados de morte iminente caso ousassem sair de casa ou romper o cerco.

Para implementar um controle eficiente sobre as populações perigosas dos pesteados criaram-se um corpo de vigias por ruas,

¹² FOUCAULT, Michel. Vigiar e punir. Petrópolis: Vozes, 1977, 173-200.

quarteirões, cidades. Sua função era policiar, vigiar da limpeza, cuidar da saúde da população. A eficiência desse corpo de polícia foi tão grande que ao desaparecer o perigo da peste e dos pesteados, se pensou que poderia servir para outras funções de vigilância e controle social de outras populações perigosas como os criminosos, vagabundos, desempregados, mendigos, etc. Foi desta forma que o estado de exceção desenvolveu o policiamento como um dispositivo necessário para o gerenciamento da ordem social. Em sua origem, nos séculos XVI-XVII, o policiamento se define como uma técnica de controle da população: *“por polícia não entendem uma instituição ou um mecanismo funcionando no seio do Estado, mas uma técnica de governo própria do Estado”*¹³.

As técnicas de vigilância e policiamento mantêm de modo permanente, ainda que de forma laxa, o estado de exceção já que este, por definição, não pode vigorar de modo contínuo. Por similitude, o Estado policial pode ser definido como a fórmula excepcional de governo em que melhor vigora o dispositivo de controle sobre a vida dos cidadãos. Embora a imagem autoritária faz do Estado policial um modelo não desejado pelos princípios modernos do Estado de direito, sua eficiência administrativa no controle da vida dos cidadãos é sempre o objetivo almejado por qualquer governo moderno, inclusive o Estado de direito e o mercado, pelos resultados produtivos que dele se aferem. Desde o século XVII se ensaiaram variadas experiências de formas de exceção jurídica coniventes com um certo Estado de direito¹⁴ que originaram diversos modelos de Estado policial. Atualmente ficou explícito o autoritarismo do Estado policial e de suas instituições. Os modelos constitucionalistas de governo dos Estados contemporâneos e das instituições do mercado rejeitaram as formas de exceção permanente do Estado policial. Porém, para obterem o máximo de eficiência nos resultados, não renunciaram a seu objetivo principal: conseguir um maior controle sobre a vida humana dos indivíduos, nem ao seu método: a redução da vida humana a mera vida natural. Exceção, policiamento e controle são técnicas e

¹³ FOUCAULT, Michel. Ditos & Escritos IV. Estratégia, poder-saber. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003, p. 377.

¹⁴ Em Agambem (2004, p. 24-38) encontramos algumas referências históricas do estado de exceção.

dispositivos que se imbricam e complementam no objetivo comum de maximizar a potência das estruturas.

4. O SOBERANO E O ESTADO DE EXCEÇÃO

Como já adiantamos anteriormente, a figura jurídica do estado de exceção suscita algumas importantes questões de ordem filosófica. A primeira de todas é: *quem* tem o poder de proclamar o estado de exceção? É conhecida a tese de Carl Schmitt de que a soberania reside sobre aquele que tem o poder de proclamar efetivamente o estado de exceção¹⁵. Neste sentido há de se reconhecer que a soberania efetiva do Estado moderno não reside no povo, pois o povo não tem o poder real de proclamar o estado de exceção. Carl Schmitt aponta para uma grave contradição do Estado moderno que proclama o princípio jurídico que: *o poder emana do povo e em seu nome é exercido*; porém, o povo não tem o poder real de proclamar o estado de exceção.

Por que proclamar o estado de exceção, total ou parcialmente, é tão importante para identificar quem é o autêntico soberano? Esta questão se desdobra em vários paradoxos que atingem a natureza do próprio Estado moderno. Em primeiro lugar, o estado de exceção é um paradoxo jurídico e político. Ele pertence à ordem jurídica porque é proclamado mediante um ato jurídico de soberania plena. Porém, ao implementar a exceção, nega-se a ordem que a instituiu. O estado de exceção está concomitantemente dentro e fora da ordem. Está dentro porque é instituído por ela; porém só pode existir fora da ordem porque a implementação da exceção só é possível desde fora dela. Só pode se proclamar a exceção desde fora da ordem social, suspendendo-a total ou parcialmente.

Como pode a suspensão da ordem legal estar compreendida dentro da própria ordem? Como diz Agambem: *“Na decisão sobre o estado de exceção, a norma é suspensa ou completamente anulada; mas o que está em questão nessa suspensão é, mais uma vez, a criação de uma situação que torne possível a aplicação da norma”*¹⁶. Esta é uma contradição que mostra a insuficiência do direito a respeito da sociedade e do Estado de direito a respeito da soberania. Uma contradição que indica que a

¹⁵ SCHMITT, Carl. O conceito do político. Petrópolis, RJ: Vozes, 1992.

¹⁶ Agambem, Giorgio. Estado de Exceção. São Paulo: Biotempo, 2004, p. 58.

exceção está implícita à norma e revela que o estado de exceção é o reverso da própria norma. Isso quer dizer que a exceção não é o contrário da ordem social, mas seu reverso, ou seja, seu complemento. A exceção é um princípio inerente à ordem social jurídica. Como consequência, toda ordem se fundamenta sobre a sombra da exceção que pode suspender a própria ordem quando as circunstâncias da normalidade forem afetadas por um perigo ou necessidade¹⁷. No Estado de direito normalidade e exceção não são contraditórios mas complementares, já que a ordem necessitará da figura da exceção que a suspende como ordem para, na verdade, poder continuar existindo como tal ordem social.

A reverso desta contradição se encontra na condição do oprimido social, na vida do excluído. Nele a co-relação ordem e exceção se inverte ao ponto de que não é a exceção que suspende a ordem, senão que a própria exceção se torna ordem, ou seja, a exceção é seu modo normal de vida. Para o excluído social a exceção se tornou sua norma, criando o paradoxo jurídico e político de que, para ele, aceder à ordem social, ou seja, usufruir dos direitos constitucionalmente reconhecidos, se torna uma forma excepcional de vida já esses direitos lhe são negados de fato na sua condição de exceção normalizada.

O estado de exceção é um ato político que revela o verdadeiro soberano da ordem social. Nele a igualdade é suspensa formal e efetivamente por um ato explícito da soberania. Esta tese coloca em crise muitos dos arcaísmos formais e jurídicos que legitimam o Estado moderno. Entre eles a afirmação jurídica de que o poder procede do povo e que em seu nome é exercido, uma vez que, na prática, o povo não tem o poder político de modificar essa ordem através de um ato de exceção. As ditaduras militares sofridas na América Latina, por exemplo, evidenciaram que a soberania do poder do Estado pertencia, nessa conjuntura, aos militares, uma vez que só eles tinham o poder de suspender a ordem constitucional e proclamar o estado de exceção.

O estado de exceção existe negando a ordem que o instituiu. Nele a igualdade é interrompida por um ato de suspensão explícita da ordem jurídica. Os direitos são retirados por um ato de direito formal. Este ato se faz sob a forma de soberania política.

¹⁷ Agambem, Giorgio. Estado de Exceção. São Paulo: Biotempo, 2004, p. 9-50.

Deste modo o ato de soberania da exceção aparece como uma aberração jurídica ou, como sustenta Carl Schmitt, ele é uma afirmação política do poder soberano. A exceção é o ato de autoridade política em que se manifesta o poder soberano. Um poder que está além da ordem social instituída porque tem o poder de destituir essa ordem. Mas, paradoxalmente, é um poder que pertence à ordem social.

5. O QUE JUSTIFICA O ESTADO DE EXCEÇÃO?

Uma segunda contradição a ser desvendada no estado de exceção é saber quais são as circunstâncias que o justificam. Ou seja, quando existe realmente uma extrema necessidade ou um perigo iminente que justifique a aplicação do estado de exceção? Esta questão também envolve vários paradoxos, todos eles correlativos ao vínculo do biopoder com o Estado.

Carl Schmitt situa bem a problemática ao definir que: *“A decisão sobre a exceção é, em sentido iminente, decisão, pois uma norma geral, como é apresentada pelo princípio jurídico normalmente válido, jamais pode compreender uma exceção absoluta e, por isso, também, não pode fundamentar, de forma completa, a decisão de que um caso real, excepcional”*¹⁸. Para proclamar um estado de exceção se invoca, em geral, a necessidade de defender e proteger a vida dos cidadãos e, correlativamente, a segurança do Estado. A defesa da vida é, na verdade, um argumento ideológico que oculta o motivo principal: a segurança do Estado ou os interesses do mercado. Tudo aquilo que se apresenta como uma ameaça para a segurança do Estado ou contra os interesses do mercado é imediatamente re-significado e devolvido para a sociedade como uma ameaça contra a vida das pessoas. Conseqüentemente o Estado faz uma identificação simbólica de sua segurança e dos interesses do mercado com a defesa da vida. As doutrinas de segurança nacional, que são instrumentos jurídicos de exceção, legitimam-se como meios necessários para defender a vida da população. A retirada dos direitos, a suspensão da igualdade no estado de exceção é considerada um ato político necessário para proteger a vida dos cidadãos e manter a segurança do Estado.

¹⁸ SCHMITT, Carl. Teologia política. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p.7.

O paradoxo da exceção é que o Estado, para defender a vida dos cidadãos, necessita ter o poder absoluto de ameaçar essa vida ¹⁹. Ele tem que retirar os direitos, suspender formalmente e praticamente a igualdade, para tornar a vida mais controlável. Para poder defender a vida de forma plena, exige a prerrogativa de poder ameaçá-la de forma absoluta. Esse poder absoluto só o consegue suspendendo o direito sob a forma de exceção sobre aquelas pessoas ou populações que se pretende controlar. A exceção prevista pelos Estados modernos traz à cena a figura contraditória do soberano absoluto que defende a vida ameaçando-a ²⁰.

A tese de Giorgio Agambem é que a exceção é o dispositivo original que relaciona o direito e a vida no Estado moderno, um dispositivo contraditório através do qual integra a vida humana no próprio ato de sua suspensão, de sua ameaça ²¹. A exceção nada mais é que o modo originário pelo qual o Estado moderno se apropria da vida humana, integrando-a como parte essencial de sua ordem e, para protegê-la e incrementá-la, ameaça-a de forma soberana.

Na exceção se implementa o paradigma biopolítico do governo absoluto da vida. Nela, a biopolítica consegue realizar seu ideal de controle pleno, ou, invertendo a sentença, pode-se dizer que o controle biopolítico absoluto da vida confere às estruturas uma potência máxima. O mais paradoxal é que, por todo o dito, o estado de exceção é o reverso da norma e, não seu contrário. Ele é o princípio imanente à ordem estabelecida e pelo qual essa ordem se constitui como ordem social ²².

6. O CAMPO COMO FIGURA DA EXCEÇÃO

A análise crítica da exceção nos remete a um outro ponto neurálgico, ao conceito de *campo*. O estado de exceção, total ou parcial, aplica-se sempre sobre um espaço geográfico ou sobre um recorte populacional determinado. A exceção precisa definir os limites da população sobre a qual se aplica. A fixação exata desses

¹⁹ Agambem, Giorgio. Estado de Exceção. São Paulo: Biotempo, 2004, p. 12.

²⁰ Ib. p. 63.

Cf. também FOUCAULT, Michel. Em defesa da sociedade. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 285-315.

²¹ Agambem, Giorgio. Estado de Exceção. São Paulo: Biotempo, 2004, p. 12.

²² Ib. p. 56.

limites garante a eficiência da exceção e o controle que ela pretende. Para garantir esses limites não se definem as características da população atingida e os espaços geográficos ou humanos sobre os quais se aplica a exceção. A necessidade de delimitar o espaço da exceção provocou o surgimento, desde os primórdios do Estado moderno, da figura jurídica e política do *campo de exceção*.

O campo é o espaço onde se aplica de forma livre o estado de exceção. No campo a igualdade vigora como expressão contraditória do controle. Dentro do campo todos são iguais porque de todos foram retirados, parcial ou totalmente, os direitos. É uma igualdade que torna igualmente vulneráveis a todos os que vivem no campo e sob a exceção jurídica. É uma igualdade contraditória, como a própria exceção. É uma igualdade suspensa pela retirada dos direitos que criou a exceção, porém vigora como igualdade interna de todos os que habitam o campo da exceção no qual se encontram igualmente expostos à arbitrariedade da vontade soberana.

A exceção é a norma do campo. Ou como diz Agambem, “o campo é o espaço que se abre quando o estado de exceção começa a tornar-se regra”²³. Dentro do campo a ordem jurídica que vigora é a suspensão, total ou parcial, dessa ordem. No campo a vida humana está exposta à vulnerabilidade do controle absoluto. No campo todos estão numa condição de igualdade, lá se encontram expostos igualmente à norma da exceção. A igualdade faz da exceção do campo uma forma isonômica da arbitrariedade. Ninguém dentro da exceção do campo é uma exceção, todos são iguais pois todos estão despossuídos igualmente do direito. Os que habitam o campo da exceção são iguais na negação da igualdade, se assim não fosse não estariam sob exceção nem viveriam no campo. O campo é o paradigma da ordem biopolítica onde o controle sobre a vida humana é absoluto e, por isso, a potência do poder é plena. Neste sentido, o modelo do campo é o paradigma do governo biopolítico.

Ao contrário do que se pensa habitualmente, o campo de exceção não é uma aberração jurídica, política ou humanitária dentro da modernidade. Ele é uma prática coerente com a

²³ AGAMBEM, Giorgio. Homo Sacer. O poder soberano e a vida nua. Belo Horizonte: UFMG, 2002. p.175.

racionalidade instrumental moderna²⁴. Os precedentes históricos do campo de exceção se confundem com o surgimento do Estado moderno. A exceção, como dispositivo de controle pleno da vida vigorou de forma absoluta durante o período da escravidão. É conveniente lembrar que a escravidão surge concomitantemente à constituição do Estado moderno. As teorias constitucionalistas de Locke, por exemplo, justificam a existência da escravidão como uma exceção derivada do estado de guerra²⁵. O mesmo Estado constitucional que se legitima a partir da ruptura com a ordem estamental medieval e se apresenta Estado de direito protetor de seus cidadãos, criou a exceção para negros e índios. Os direitos humanos ficavam suspensos para as populações afro-descendentes e os indígenas. Uma vez que estas populações foram reduzidas a mera vida natural, era legítimo controlá-las com a arbitrariedade da soberania absoluta incutida na barbárie da escravidão. A escravidão moderna é um dispositivo do biopoder criado pelos Estados modernos. Ela não é um ato de irracionalidade mas uma estratégia racional deliberada pelos Estados e pelo mercado para explorar as novas terras. A legitimidade desse dispositivo funcionou a partir da figura da exceção. A vida dos afro-descendentes e indígenas foi despojada de todo direito e reduzida a mera vida natural. Esta condição jurídica possibilitou ao Estado e o mercado implementar um controle absoluto sobre eles. A definição racial funcionou como a demarcação do campo biopolítico sobre o qual se aplicava a exceção do direito. A escravidão representa, sem dúvida, a experiência mais perversa de controle biopolítico implementada pelos Estados e pelo mercado modernos. Esse dispositivo de exceção se aplicou durante mais de trezentos anos de forma implacável sobre populações negras e indígenas, definidas previamente como campos biopolíticos onde não vigorava a ordem jurídica da cidadania.

A figura do campo adquiriu seu aprimoramento jurídico nos decretos legais que criaram as *reservas indígenas* dos Estados Unidos. Os Estados Unidos, ao delimitar por um ato legal os

²⁴ AGAMBEM, Giorgio. Medios sin fin. Notas sobre la política. España: Editorial Pretextos, 2001, p. 40.

²⁵ LOCKE, J. Dois tratados sobre o Governo. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 401-404.

territórios de exceção para os indígenas, criaram a figura jurídica moderna dos campos de concentração. Os indígenas que habitavam as reservas estavam fora da ordem legal do Estado, eles eram excluídos da cidadania do Estado²⁶. Estavam dentro do Estado porque ele os controlava, porém existiam fora da sua ordem legal como exceção. Chegava ao extremo de que qualquer cidadão norte americano que matasse um índio não podia ser culpado por isso, já que a lei não o tipificava como delito; porém, o contrário, sim, ocorria. Os Estados Unidos se apresaram em dar cidadania a todos os habitantes “chicanos”, residentes nos territórios conquistados ao México; porém, tiveram o cuidado de negar essa cidadania aos povos indígenas desses mesmos territórios.

O contraditório dessa situação é que os indígenas são excluídos da cidadania do Estado e, por esse mesmo ato de exclusão, são incluídos, pelo Estado, na forma de exceção. Uma exclusão que inclui, ou uma inclusão excludente. Os índios das reservas eram totalmente vulneráveis e, por isso, estavam plenamente controlados. As reservas indígenas se converteram, na prática, em campos de extermínio. Elas foram os primeiros campos de extermínio massivo de um Estado moderno. A prova disso é que, em poucas décadas, conseguiram a quase total extinção das grandes populações indígenas que habitavam aqueles territórios.

De lá para cá, a figura do campo de exceção foi aplicada pelo Estado moderno de muitas formas e inúmeras ocasiões. A figura jurídica do *apartheid*, nos Estados Unidos e na África do Sul, é um estado de exceção que também vigorou nos *concentrations camps* que os ingleses criaram para encerrar os *boers*. Estas experiências políticas e suas figuras jurídicas de controle biopolítico promovidas pelos Estados modernos nada mais são do que a delimitação de campos de exceção para populações.

Os deslocamentos e cercamentos de populações foram utilizados constantemente pelos colonialismos do século XIX como meio para controlar as formas de subversão contra as metrópoles e conseguir maior produtividade das populações. A África é ainda vítima das seqüelas dessas políticas de divisão arbitrária de populações para seu controle mais eficiente.

²⁶ BROWN, D. Enterrem meu coração na curva do rio. A dramática história dos índios norte-americanos. Porto Alegre: LP&M, 2004.

O nazismo aprimorou ao extremo o controle biopolítico nos campos de exceção. Porém, o que deve chamar a atenção é que os campos de extermínio nazistas foram, antes de mais nada, uma figura jurídica que já existia e que foi criada pelos Estados modernos. O estado de exceção dos nazistas não foi sua invenção, eles aplicaram uma figura jurídica que já existia no direito constitucional do Estado alemão. Os nazistas decretaram o estado de exceção em 1933, com a eleição de Hitler, e nunca foi derogado. De igual modo os militares brasileiros se utilizaram de diversos elementos jurídicos já prescritos na constituição e outros por eles criados como os Atos institucionais para suspender a ordem social e impor um estado de exceção. O nazismo governou doze anos como um estado de exceção. Os militares brasileiros governaram mais de vinte anos sob a forma da exceção jurídica. Os campos nazistas foram o espaço físico resultante de uma ordem jurídica em que a exceção se aplicou como norma sobre uma determinada população. Os porões das delegacias e outros locais específicos foram os campos biopolíticos criados pelas ditaduras latino americanas para executar a tortura de forma impune como método biopolítico da segurança nacional. Os opositores e subversivos políticos eram a população sobre a qual se aplicava a exceção total nas ditaduras, confinados nas delegacias estas se constituíram no campo biopolítico em que a exceção era a norma a vontade soberana regia arbitrariamente e de forma absoluta.

O intrigante destes processos é que não podem ser analisados como meros episódios pontuais de barbárie provocada pelo delírio de ditadores, senão que todos eles obedecem a estratégias de racionalidade do poder em que a exceção se invoca como princípio necessário para manter a ordem. Embora o nazismo e as ditaduras militares sejam as barbáries mais próximas no tempo e no espaço, elas são uma das muitas versões que desde o século XVIII se legitimou por parte do Estado e do mercado a forma de exceção como controle necessário sobre populações perigosas²⁷.

Em muitos cenários contemporâneos a exceção surge constantemente como o grande paradigma biopolítico em que os interesses do mercado ou dos Estados estão ameaçados de forma estratégica. A intervenção militar permanente de EEUU em diversos

²⁷ AGAMBEM, Giorgio. Medios sin fin. Notas sobre la política. España: Editorial Pre-textos, 2001, p. 40.

países, a invasão histórica de vários países latino americanos, ou a atual invasão do Koweit, do Iraque do Afeganistão , vá acompanhada de formas de exceção para controlar as populações opositoras. Entre os muitos exemplos atuais de estado de exceção podemos mencionar o *USA Patriot Act*, promulgado pelo senado norte americano no dia 26 de outubro de 2001, que permite ao *Attorney General* “manter preso” a um estrangeiro que seja considerado suspeito de atividades que ponham em perigo a “segurança nacional” dos Estados Unidos. A situação dos detidos por suspeita de terrorismo, as chamadas prisões secretas, constitui um autêntico estado de exceção só juridicamente comparável aos *lager* dos nazistas. Em prisões como as de Guantánamo o prisioneiro está dentro de um campo de exceção. Nele a ordem está suspensa e vigora a vontade do poder soberano, que faz da arbitrariedade a norma.

O estado de exceção vigora sobre amplos territórios e populações de países como Colômbia, México, Birmânia, Filipinas, Cingapura, Iraque, Afeganistão, Paquistão, Irã, Turquia, Kuwait, Rússia, China, Israel, Argélia, Tunísia, Líbia, Sérvia, Nigéria e, ainda, uma longa lista de países difícil de relatar. Merece especial menção a situação de estado de exceção em que vivem atualmente os territórios palestinos. Estes territórios são um autêntico paradoxo jurídico e um exemplo de controle biopolítico por parte do Estado de Israel. Neles as populações, sob a argumentação da potencial ameaça terrorista, são cercadas, vigiadas em seus movimentos de idas e vindas, controladas em todas as suas formas de subsistência, fiscalizadas em todos os seus movimentos. Os territórios palestinos constituem atualmente autênticos modelos de campos de exceção sobre os quais se aplica a soberania da força como método de controle. Como todo campo de concentração, seu objetivo final é o controle da população, evitar sua expansão e, provavelmente, promover uma política de diminuição étnica. Esta não pode ser chamada de extermínio porque não há um genocídio massivo, porém sim há uma morte seletiva de pessoas, uma dispersão estratégica das populações, um enclausuramento e fragmentação dos grupos populacionais, promovendo uma paulatina restrição de crescimento populacional.

Um outro exemplo atual do campo de exceção se encontra nos milhões de refugiados concentrados em campos e dispersos pelo mundo inteiro. Especialmente trágica é a situação dos

refugiados dos campos de Dafur (Sudão), dos refugiados da guerra do Iraque, Saharais, Etiópia, Somália, Bósnia, Líbano, Argélia, Ruanda, Burundi, etc. O campo de refugiados é um espaço em que a ordem jurídica se aplica também como exceção. Eles estão num espaço político inserido na ordem jurídica de um Estado que não os reconhece como seus cidadãos. Contudo, reconhece a existência desse espaço dentro de si como uma exceção da ordem do Estado. O Estado não se faz responsável direto pelos refugiados, pois eles não têm sua cidadania. A vida nos campos de refugiados é muito vulnerável. Ela está exposta permanentemente a atos arbitrários de poder porque está dentro do estado de exceção de um campo.

A condição de exceção é vivida também por milhões de migrantes clandestinos que, dentro de um determinado Estado, não são reconhecidos como cidadãos. Suas condições de *clandestinos* os caracterizam como uma exceção dentro da ordem. O Estado não os quer e não os reconhece, pretende expulsá-los. Por serem uma exceção dentro da ordem, estão fora da ordem, embora se encontrem dentro dela. Vivem numa forma de exceção legal que os torna muito vulneráveis a qualquer ato de exploração, inclusive de agressão. Não podem revelar a sua existência porque o Estado os expulsaria, por isso se submetem a exigências de exploração e opressão que outro cidadão em situação normal poderia denunciar como uma agressão contra sua condição humana ou contra seus direitos de cidadania. O emigrante clandestino vive num estado de exceção e, por isso, está exposto, como mera vida natural, ao poder absoluto da ordem vigente.

O campo, enquanto espaço de exceção, é um paradoxo. É uma demarcação que se situa fora do ordenamento jurídico da norma; porém, não é um simples espaço externo. É uma anormalidade jurídica que se transforma em normal por um ato de direito. A exclusão implícita na exceção do campo é um modo de inclusão dos espaços controlados fora da norma geral do direito, mas criados pelo direito. O campo se converte numa exceção normatizada e numa exclusão que inclui a exceção como parte do direito. O campo é a figura em que o estado de exceção pode se realizar de forma estável. Nele vigora como máxima o poder soberano. Quando o estado de exceção começa a ser regra, este se converte em campo. No campo há o paradoxo de que o estado de exceção perde a sua excepcionalidade e se converte em normalidade. A suspensão do ordenamento jurídico se transforma

em disposição normal. O estado de exceção é a obra prima do totalitarismo. Por sua vez, ele é o modelo de eficiência política almejada pela governabilidade das instituições modernas e do próprio Estado. Este é um dos maiores e mais graves paradoxos do biopoder!

7. PARA OS OPRIMIDOS O ESTADO DE EXCEÇÃO É A NORMA

Como já mencionamos anteriormente o estado de exceção se torna especialmente paradoxal na condição dos oprimidos sociais ou excluídos. A negação dos direitos sociais coloca os excluídos numa condição paradoxal a respeito do próprio direito. Eles vivem dentro duma ordem que lhes reconhece a garante formalmente os direitos fundamentais para uma vida digna, porém essa mesma ordem os nega efetivamente. Pelo reconhecimento jurídico estão dentro da ordem, pela negação real se encontram fora dela. São cidadãos de pleno direito, mas excluídos de fato dos direitos fundamentais. Sobre eles vigora um estado de exceção de fato ainda que não de direito. Estão fora da ordem porque sobre eles não vigora o usufruto de alguns ou todos os direitos fundamentais de uma vida digna. Os excluídos são uma exceção de fato ao direito pela qual ninguém é responsabilizado. Eles sofrem a negação do direito sem que exista uma instância responsável dessa negação. Uma vez que os direitos negados são de caráter social, econômico e cultural, o principal responsável dessa negação é o mercado capitalista que produz a exclusão como parte da sua ordem social. Porém o mercado, à diferença do Estado, é uma entidade abstrata e nenhuma das suas instituições ou corporações assume a responsabilidade direta pela ordem, embora todas elas usufruem das vantagens. Daí deriva o grave paradoxo jurídico da exceção dos excluídos. Uma exceção que nega os direitos básicos da vida humana sem que ninguém possa ser responsabilizado por ela. Não tendo responsáveis, a exceção se converte em norma.

Os excluídos sociais vivem a exceção como sua norma de vida. Para eles, a negação da vida se transformou no seu modo normal de subsistência. Neste caso se aplica a tese VIII das *Teses sobre o conceito de História*, de Walter Benjamin, que diz: “a

*tradição nos ensina que, para os oprimidos, o 'estado de exceção' em que vivemos é a norma*²⁸.

As reflexões clássicas, entre elas as de Agambem, sobre o estado de exceção se centram exclusivamente sobre a exceção de direito, aquela que é proclamada por uma vontade soberana. Porém o estado de exceção decretado por direito da vontade soberana não se aplica à condição dos oprimidos sociais, enquanto neles vigora o fato da exceção como retirada efetiva de direitos. Os oprimidos sociais vivem uma situação de exceção de fato sem que se tenha proclamado um estado de exceção por direito. Essa condição oculta a vontade soberana responsável pela exceção dos direitos no anonimato dos dispositivos de poder do mercado ou do Estado. Esta condição paradoxal dos oprimidos sociais nos leva a repensar a categoria da exceção além do mero ato jurídico do estado de exceção para considerar que a mesma acontece também como exceção de fato e não de direito. A vida do excluído social apresenta aspectos que se assemelham àqueles descritos por Agambem no estado de exceção, porém contém peculiaridades que não permitem pensar o excluído como um estado de exceção de direito.

O excluído vive uma condição jurídica e política paradoxal, diferente daquela que se vive no estado de exceção. A vida excluída vive uma negação gradual o extrema dos direitos fundamentais o que a torna uma vida vulnerável. Ela é um produto dos dispositivos do biopoder, uma vida exposta ao sofrimento injusto e em muitos casos no limiar da sobrevivência e da morte. O estado de exceção é fruto de uma decisão política soberana, na situação de exceção dos oprimidos sociais a vontade soberana existe diluída no anonimato das corporações que decidem de fato as condições de exceção da vida dos oprimidos sociais. Contudo, na origem da vida excluída, não é possível identificar uma decisão política, nem uma vontade soberana que se responsabilize, ou à qual responsabilizar, pela suspensão real dos direitos que impera sobre ela. Esse ocultamento da vontade soberana e dos responsáveis políticos da exclusão é uma das estratégias políticas utilizadas pelos dispositivos de poder

²⁸ BENJAMIN, Walter. "Sobre o conceito de história". IN. Id. Obras escolhidas. São Paulo: Brasiliense, 1996, p. 222-234.

para manter a vida excluída como um fato natural sem que exista um responsável político e jurídico imediato²⁹.

A exceção de direito exige o soberano e o soberano se mostra no ato formal da exceção. Porém a exclusão desconhece o soberano e a vontade política se oculta para não ser responsabilizada pela vida excluída. Na exceção de direito há uma suspensão formal dos direitos, na exclusão os direitos continuam formalmente reconhecidos enquanto acontece a negação de fato.

8. A INCLUSÃO DA EXCEÇÃO COMO NORMALIDADE DE VIDA. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como analisamos anteriormente, a exceção de direito pode ser localizada numa demarcação geográfica ou demográfica definida pela lei que institui a exceção. Contudo a exclusão extrapola todas as demarcações geográficas ou demográficas e se expande de forma difusa sobre espaços e populações. Ela se instala além de todo campo, é uma realidade indefinida nos seus contornos geográficos ou demográficos porém precisa para quem a sofre. A exceção de direito é delimitada pelo ato que a institui, a exclusão é ilimitada porque não há um ato formal ou político que a delimite. A exceção pode ser mais cruel nos efeitos que persegue, porém é mais clara e precisa na formulação de seus objetivos. A exclusão, ao reduzir a vida humana a mera vida natural, a fragiliza em diversos graus, a expõe ao sofrimento injusto sem um ato formal que defina seus efeitos. A vida do excluído sofre a violência institucional que retira os direitos sem identificar os elementos formais que articulam essa violência.

A suspensão do direito da vida excluída é um fato e como tal se integra como um modo normal de existência. A exceção se torna norma e a normalidade é uma forma excepcional de vida. Os direitos da vida excluída estão suspensos de fato, porém, para ela, a suspensão é uma normalidade e a exceção a norma de sua sobrevivência. Este paradoxo jurídico e político da vida excluída tem um efeito duplo. Num primeiro momento faz da exclusão uma normalidade, num segundo momento legitima a vida excluída como uma forma de inclusão na ordem. Opera como um mecanismo de

²⁹ RUIZ, Castor M.M. Bartolomé. Os labirintos do poder. Escritos: POA, 2004, p. 81-89.

inclusão excludente: inclui a exceção de fato como uma forma de exclusão normal da ordem social.

Na vida excluída a suspensão real dos direitos coexiste com a vigência formal da universalidade da lei e sua aplicação igualitária para todos os indivíduos. É uma suspensão que o direito não reconhece formalmente e portanto não se constitui numa transgressão do mesmo. A vigência formal de todos os direitos desconhece a suspensão de fato que opera na vida excluída, isso torna a exclusão uma exceção implícita mas não uma exceção formal. Ela é uma exceção da lei geral que esta não contempla nem assume. Para a lei, a vida excluída, por não existir nenhuma transgressão formal do direito, está incluída como um modo normal de existência. O direito formal desconhece a suspensão real dos direitos que impera na vida excluída. Esta não existe como tal para o direito por isso está incluída na ordem social e jurídica como uma vida normal que desfruta (formalmente) de todos os direitos. Ela é um paradoxo jurídico e político, incluída como vida normal sobre a exclusão como uma exceção normalizada.

A condição de normalidade jurídica que acoberta a exceção de fato da vida excluída aponta desmascara a incapacidade da justiça procedimental e do direito formal de fazer justiça real aos oprimidos sociais. Pelo contrário, o aparato da justiça formal passa a imperar como parte dos dispositivos legitimadores da vida excluída uma vez que desconhece a condição de exceção que sobre ela impera e a reconhece como uma vida normal no estado de direito.

A vida do excluído é uma vida indigna, é uma vida vulnerável que vive numa situação de violência estrutural. Ela é incluída pelos dispositivos jurídicos como uma forma de normalidade excepcional e não como uma negação do direito. Se o direito significasse a vida excluída como transgressão da lei, deveria se responsabilizar por ela ou responsabilizar aqueles que de forma soberana decidem sobre as condições de sua exceção. Ao desconhecê-la como violação do direito, o direito, e com ele a estrutura do judiciário, não se sente responsável por ela. A normalização da vida excluída leva ao judiciário a não considerar de sua alçada a reconstituição dos direitos negados. Ao existir como uma exceção de fato mas não de direito a justiça procedimental considera que os direitos da vida excluída virão de uma decisão política ou econômica sobre a qual não lhe compete julgar.

Na vida excluída funciona um duplo jogo da ocultação do excluído e da vontade soberana ou responsável. O excluído é ocultado sob o simbolismo da vida normal incluída no reconhecimento formal de todos os direitos constitucionais. A vontade soberana atua no anonimato dos dispositivos de poder do mercado ou da burocracia do Estado, ela se oculta para agir de forma soberana, efetiva, porém sem ser responsabilizada pelas conseqüências que suas decisões acarretam. Essa ocultação dupla é possível em virtude da assimilação simbólica que opera entre normalidade e exceção da vida excluída.

A inclusão do excluído como vida normal exige aos responsáveis pelas decisões que provocam a vida excluída. Por sua vez as decisões que criam a vida excluída não aparecem como deliberações formais mas como atos anônimos. Eles se ocultam por trás de siglas abstratas de grandes companhias multinacionais ou de governos locais; suas decisões se diluem na trama viscosa do mercado e do aparato burocrático do Estado, o que dificulta a identificação clara da decisão soberana responsável pela vida excluída. São uma vontade oculta e uma vida invisível. Uma soberania não declarada que age dentro da legalidade, embora provocando a exceção de fato.

A inclusão excludente torna a vida do oprimido social uma normalidade. Para ele o estado de exceção é sua norma de vida. Para sair de sua condição de exceção normalizada não poderá esperar pelos dispositivos da ordem social, os quais sempre atuarão com o objetivo de mantê-lo na sua condição de exceção normalizada. Os novos autoritarismos do século XXI subsistem latentes na racionalidade estratégica que persiste em reduzir a vida humana a mera vida natural, que implementa constantes dispositivos de controle para dela usufruir como recurso produtivo e estabelece inovadoras formas de exceção para esse controle eficiente.

Referências Bibliográficas

AGAMBEM, Giorgio. **Homo Sacer. O poder soberano e a vida nua**. Belo Horizonte: UFMG, 2002.

- _____. **Medios sin fin. Notas sobre la política.** España: Editorial Pre-textos, 2001.
- _____. **Estado de Exceção.** São Paulo: Biotempo, 2004.
- BROWN, D. **Enterrem meu coração na curva do rio. A dramática história dos índios norte-americanos.** Porto Alegre: LP&M, 2004.
- ARISTÓTELES. **Política.** Londres: Oxford University Press, 1967.
- FOUCAULT, Michel. **Segurança, território e população.** São Paulo: Martin Fontes, 2008.
- _____, Michel. **Nacimiento de la biopolítica.**México: FCE, 2007.
- _____. **Ditos & Escritos IV. Estratégia, poder-saber.** Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003.
- _____. A vontade de saber. In: **História da sexualidade.** Rio de Janeiro: Graal, 1999, p. 127-149.
- _____. **Microfísica do poder.** São Paulo: Graal, 1993.
- _____. **Vigiar e punir.** Petrópolis: Vozes, 1977.
- HARDT, M.; NEGRI, A. **Império.** Rio de Janeiro: Record, 2002.
- HOBBS, T. **El Leviatán.** Madrid: Tecnos, 1996.
- LOCKE, J. **Dois tratados sobre o Governo.** São Paulo: Martins Fontes, 2001.
- MATE, R. **Medianoche en la historia. Comentarios a las tesis de Walter Benjamin sobre el concepto de historia.** Barcelona: Trotta, 2006.
- ROSE, N. **Powers of Freedom. Reframing Political Thought.** Cambridge: Cambridge University Press, 1999.
- RUIZ, C. **Os labirintos do poder. O poder (do) simbólico e os modos de subjetivação.** Porto Alegre: Escritos, 2004.
- _____. **As encruzilhadas do humanismo. A subjetividade e a alteridade ante os dilemas do poder ético.** Petrópolis, RJ: Vozes, 2006.
- SCHMITT, Carl. **O conceito do político.** Petrópolis, RJ: Vozes, 1992.

MAIO DE 68 E OS DIREITOS HUMANOS: SOBRE COMO REVISAR OS 60, OS 40 E OS 20 ANOS

EDUARDO BITTAR*

1. A INTRANSPARÊNCIA, A MEMÓRIA E AS COMEMORAÇÕES

Os juristas, de modo geral, têm dado muito pouca atenção a uma questão que é de fundamental importância para a interpretação do direito vigente em nossa sociedade. Isso porque para entender o direito é necessário recorrer a, pelo menos, duas compreensões prévias: a primeira é a da sociedade dentro da qual se projetam regras jurídicas e que exprimem demandas do próprio convívio social; a segunda é a das culturas sociais abrangidas por um determinado meio-ambiente social.

Bem se sabe que a escrita da história é algo complexo¹. Isso porque a definição do sentido da experiência do passado é atravessada também por filtros de poder². Isso faz com que as tentativas de recusa de sentido à história das recentes conquistas, trazidas por Maio de 68, sejam também alvo de uma recusa intelectual que, sem motivos, torna *intransparente*, para a cultura jurídica contemporânea, a importância das transformações culturais legadas deste período. Não por outro motivo, Maio de 68 é um tema ainda *desconhecido* dos estudos do direito.

*Advogado. Livre-Docente e Doutor, Professor Associado do Departamento de Filosofia e Teoria Geral do Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, nos cursos de graduação e pós-graduação em Direito, e em Direitos Humanos. Presidente da Associação Nacional de Direitos Humanos (ANDHEP/ NEV-USP).

Pesquisador-Sênior do Núcleo de Estudos da Violência da USP. Coordenador do Grupo de Pesquisa "Democracia, Justiça e Direitos Humanos: estudos de Escola de Frankfurt", junto ao NEV-USP. Professor e pesquisador do Mestrado em Direitos Humanos do UniFIEO. Autor do livro "O direito na pós-modernidade", publicado pela Editora Forense Universitária, 2005.

¹ A respeito, o clássico estudo de Paul Veyne, **Como se escreve a história**, 1992, ps. 11-32.

² "Descontextualizar os movimentos de 1968 é o primeiro passo para conferir a eles outro sentido – e assim reescrever a história" (Marton, Tentativas de apagar Maio de 68, in **Folha de São Paulo**, Tendências e Debates, São Paulo, 27 de maio de 2008, p. A 3).

Por isso, a tarefa do pensar criticamente não permite que a história seja tragada pela narrativa que dela se faz. Do ponto de vista de uma Filosofia Social do Direito, trata-se de pensar o que este fenômeno significou e impactou para a produção de uma outra forma de se *enxergar* o direito³. Por isso, maio de 68, ao contrário das tentativas de seu apagamento, é resgatado como um tema da mais alta relevância, não somente para a interpretação de um passado recente de agitações sociais e estéticas, mas sobretudo, e assim se verá ao longo da análise deste artigo, para a compreensão do sentido atual da expressão constitucional '*dignidade da pessoa humana*', contida no art. 1º., inc. III da Constituição Federal de 1988 como um dos fundamentos da República. E isso exatamente porque Maio de 68 é avaliado com o seu devido peso, representando o marco histórico, o símbolo cultural e o projeto político do debate a respeito da pós-modernidade, com os seus respectivos impactos sobre o mundo contemporâneo⁴.

Não por outro motivo é instigante falar de *intransparência*, especialmente considerado o contexto de grandes comemorações, num ano marcado por diversos momentos de celebração de conquistas, que não se podem deixar passar sem *re-memorar* (o passado como filtro do futuro possível), *re-avaliar* (na medida da reciclagem e das transformações da consciência), *re-considerar* (impondo barreiras à inocente retomada simplista do passado), e, quem sabe, *recuperar* (aquilo que se perdeu, aquilo que fomentou avanço e que não se encontra mais presente na atmosfera social de nosso tempo)⁵. Neste ano de 2008 se comemoram os 60 anos da

³A respeito de uma reflexão mais detida sobre o tema, vide Bittar, Filosofia crítica e filosofia do direito: por uma filosofia social do direito, **Revista Cult**, São Paulo, Dossiê Filosofia do Direito: o que foi, e o que é que será?", ano 10, n. 112, ps. 53-55, abr. 2007.

⁴O que é o pós-moderno? Esta é uma questão que incomoda muito a consciência contemporânea, e que pode ser muito bem sintetizada na expressão de Agnes Heller: "Quando falo do pós-moderno, não me refiro a um período histórico, mas a uma nova atitude em relação à modernidade que difere das compreensões modernas anteriores. O que a pós-modernidade pretende é uma autocompreensão reflexiva da modernidade" (Heller, **Agnes Heller entrevistada por Francisco Ortega**, 2002, p. 43). Para os demais impactos da pós-modernidade sobre o direito, em especial, a avaliação da situação do direito brasileiro, vide Bittar, **O direito na pós-modernidade**, Forense Universitária, 2005.

⁵A exemplo do que faz Zuenir Ventura (1968: o que fizemos de nós. São Paulo: Planeta do Brasil, 2008).

Declaração Universal dos Direitos Humanos, os 40 anos de maio de 1968 e os 20 anos de vigência da Constituição Federal de 1988.

Mas, as comemorações têm sido embebidas por um clima de reflexões que se isolam entre si. Ora, se comemoram os 60 anos, evocando a Declaração, ora se comemoram os 20 anos, evocando a Constituição, e, quando muito, estes dois eventos se cruzam num só, para que se fale destes dois documentos jurídicos que podem ser considerados da mais alta importância. Ainda uma vez, se relegam os 40 anos às comemorações, geralmente das ciências sociais, ao longo do mês de maio, ou seja, ao seu devido lugar de *esquecimento*, como se os 60 anos da Declaração chegassem aos nossos dias intactos, e, também, como se os 20 anos da Constituição já não fossem um reflexo impactado dos 40 anos de maio de 68. Por isso, esta reflexão se ocupa de produzir, sim, como todos os demais estudos, uma *(co-)(re-)memoração*, se ocupando de falar dos atravessamentos históricos e recíprocos entre estes temas.

2. A RESSIGNIFICAÇÃO DA DIGNIDADE HUMANA

É fato que a partir da Declaração Universal, a expressão '*dignidade da pessoa humana*' é, pela primeira vez, positivada em cenário normativo e internacional, como registra seu artigo 1º.: "Todas as pessoas nascem livres e iguais em *dignidade* e direitos" (grifo nosso). A partir daí, a expressão adentra à cultura jurídica ocidental ao modo de um imperativo, tornando-se linguagem corrente para um grande número de textos internacionais posteriores, constituições e normas infraconstitucionais de inúmeros Estados-nação. No contexto de redemocratização no Brasil, não haveria de ser diferente, de modo que a expressão é incorporada como norma positiva no art. 1º., inc. III da CF88 ("A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: a dignidade da pessoa humana").

No entanto, a Constituição Federal de 1988 já recebe a noção de '*dignidade da pessoa humana*' sob os influxos diretos de uma ruptura simbólica de significativa importância: os eventos que marcaram sucessivos episódios de significação histórica ao longo de 1968, e suas posteriores repercussões. Por isso, desde então, não se pode falar de direitos humanos e nem de dignidade humana sem

evocar: a luta estudantil por presença no discurso político; a defesa das minorias; o direito à diferença; a garantia do pluralismo; a importância dos movimentos sociais; a transformação da sociedade pela resistência da contracultura; a defesa da diversidade dos povos e suas identidades a partir do multiculturalismo; o lugar da mulher na vida social e no mundo do trabalho.

Se a noção de '*dignidade da pessoa humana*' não surgiu em 1948, mas positivou-se neste documento de significação universal, também não se mantém intacta ao longo destes últimos 60 anos de sua história normativa. E isso porque 20 anos após 1948, estariam eclodindo forças que redundariam não numa revolução política, mas em resultados que alteraram os padrões axiológicos vigentes até então, cujo símbolo histórico de maior força se dá com os eventos de Maio de 68 em Paris. Assim, 20 anos após 1968, estaria surgindo a Constituição Cidadã no Brasil (1988), profundamente influenciada pela atmosfera emancipatória legada das agitações do período anterior. E, agora, 20 anos após sua promulgação, o que restam dos ideais contidos nesta Constituição?

3. A EMERGÊNCIA E A PERDA DO SIMBOLISMO CONSTITUCIONAL E DEMOCRÁTICO BRASILEIRO

A Constituição Cidadã nasce embebida num clima de luta pela afirmação de uma constituinte, de resistência política à ditadura e de redemocratização. Sofre os influxos diretos de uma grande e impactante onda geracional de mudança de valores e re-avaliação de padrões culturais, de luta contra as diversas formas de opressão e autoritarismo familiar, ao mesmo tempo em que projeta a intenção de criar condições para a afirmação de um Estado de Bem-Estar Social no Brasil, à luz das experiências européia e norte-americana. Por isso, ela nasce garantista, fartamente revestida de caráter democrático, provedora de direitos humanos em uma diversidade imensa de seus capítulos, antecipando-se como o texto constitucional que acumula o maior número de aquisições para a cidadania de toda a história do país.

No entanto, após sua vigência, esta Constituição é colhida por um forte contraste, que é um contraste de sua *letra* com uma realidade política e econômica, que *impedem* a revelação de sua significação. Por isso, ao longo da década de 90, o neoliberalismo

vai esfacelando a carga semiótica do texto constitucional, produzindo uma crescente *de-significação* de seu texto.⁶ Hoje, 20 anos corridos, se verifica que estamos, embebidos num contexto de imperativa vigência do neoliberalismo e da globalização hegemônica, em clima de insegurança e de ineficácia.⁷ Exatamente por isso, a Constituição parece a todos *letra morta*, o que amplia a consciência de que, a pretexto de se restaurar a segurança, ela possa ser ostensivamente violada, especialmente em seus capítulos mais frágeis, quando se trata de questões ligadas aos direitos humanos.

Uma vez que Maio de 68 traz consigo uma grande revisão dos arquétipos do inconsciente coletivo, o projeto da modernidade é abalado por um conjunto de críticas que permitem a emergência do debate sobre a pós-modernidade. Em suma, o que se percebe é que 68 é a um só tempo, um momento em que se toma consciência da insatisfação com a modernidade, e também um momento em que se instaura a crise sobre o conjunto de certezas que estavam ancoradas em premissas modernas. A crise pode ser encarada como sintoma de renovação no interior do percurso moderno. Por isso, os temas que emergem deste período são: crise da razão, fim da filosofia da história, quebra das grandes meta-narrativas. Por conseqüência, como se haveria de esperar, tudo eclode com uma grande crise do direito, que se expressa pela sua *incapacidade de significar* para a sociedade globalizada e linearizada pela lógica neoliberal; sua *insignificância* é notória, e seu sintoma mais claro, uma grande crise de legitimação do Estado de Direito, o recurso ao uso expressivo da força para produzir consistência política e a perda de eficácia⁸.

⁶ A respeito: "A legislação-álibi é um mecanismo com amplos efeitos político-ideológicos. Como já enfatizei acima, descarrega o sistema político de pressões sociais concretas, constitui respaldo eleitoral para os respectivos políticos-legisladores, ou serve à exposição simbólica das instituições estatais como merecedoras da confiança pública" (Neves, **A constitucionalização simbólica**, 2007, p. 54).

⁷ Por isso, a necessidade de tematizar e discutir a questão da eficácia dos direitos fundamentais, como o faz Sarlet, **A eficácia dos direitos fundamentais**, 9. ed., 2008.

⁸ Sobre este tema, com mais profundidade, vide Bittar, *O direito na pós-modernidade*, 2005. Em específico: "De qualquer forma, a primeira percepção do advento da pós-modernidade e de sua projeção no âmbito jurídico é a de crise, em seu sentido

É certo que a Constituição Federal de 1988 ainda vige, apesar das inúmeras emendas que lhe foram antepostas. Mas, o que há de ilusório nesse processo que torna a Constituição uma miragem no deserto, é que sua desdesignação é sorrateiramente produzida desde baixo, como se nada estivesse mudado.⁹ No Brasil, os notórios e diversos casos de impunidade, corrupção, extermínio, chacinas, violências privadas e públicas, a criminalização dos movimentos sociais, os mal-tratos sofridos pelos defensores de direitos humanos... se tornam cada vez mais recorrentes, freqüentes e escandalosos. Nesse clima, de '*vale-tudo*', as graves violações se tornam linguagem banalizada de nossos tempos, o que torna a situação da eficácia dos valores constitucionais o maior desafio à ordem republicana brasileira. Neste ponto, vale dizer, como o faz Philip Alston, Relator Especial da ONU sobre Execuções Extrajudiciais, Sumárias ou Arbitrárias: "O povo brasileiro não lutou bravamente contra 20 anos de ditadura e nem adotou uma Constituição dedicada a restaurar o respeito aos direitos humanos unicamente para fazer o Brasil livre para que policiais matem impunemente em nome da segurança". O simbolismo constitucional se esfacela, e depois da morte deste *símbolo*, socialmente importante, o que resta é a dura realidade da barbárie, ou seja, a realidade de um povo que se encontra alijado da possibilidade de conviver, com mínima proximidade, da definição do que seja uma *civilização*.

4. RADIOGRAFANDO O FLUXO HISTÓRICO: AS BANDEIRAS DE 68

Maio de 68 é o epicentro de um conjunto de transformações da sociedade contemporânea, transformações essas que haverão de se consolidar na consciência da crise da modernidade. Um dos grandes legados teóricos desse período será exatamente a impossibilidade, em ciências sociais, de se ignorar o sentido desta expressão após essa data, bem como a necessidade de operar a revisão crítica das marcas deixadas pela modernidade, sabendo-se diferenciar a modernidade *imaginada*, da modernidade *realizada*. A

original (crísis, gr. = ruptura, quebra)" (Bittar, **O direito na pós-modernidade**, 2005, p. 171).

⁹ Isso permite a alguns teóricos apelidar este processo de desconstitucionalização fática, como o faz Marcelo Neves (**A constitucionalização simbólica**, 2007).

modernidade *realizada* é aquela que plenifica a razão instrumental¹⁰. Nesse sentido, vale a pena retomar, em breves palavras, o projeto da modernidade *imaginada*, para que sobre ele se construa o que o desfazimento pós-moderno haverá de significar.

A modernidade nasceu orientada pelos valores da liberdade, da igualdade e da fraternidade, que se tornaram dísticos revolucionários. Esses valores são praticados na base do racionalismo e da universalidade. O maior representante do pensamento moderno é o filósofo de Königsberg, Immanuel Kant¹¹. O símbolo histórico desta fase é a Revolução Francesa de 1789. O documento jurídico que melhor identifica estes ideais é a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789), que consagra uma fase de conquistas de direitos humanos individuais, liberais e representativos dos anseios burgueses por liberdade. Evidentemente, a igualdade é alcançada apenas como igualdade jurídica ou formal, medrando na prática profundas desigualdades econômicas, materiais e sociais; a liberdade é concretizada apenas como estopim de um processo de consagração de liberdades individuais, relegando-se as liberdades coletivas a dimensões não concretas de realização¹². Por sua vez, a fraternidade ficou apenas no *drapeau dos revolucionários franceses*.

A pós-modernidade, por sua vez, nasce orientada pelos valores da liberdade, da diversidade e da tolerância¹³. Esses valores são praticados na base do pluralismo, dos jogos de linguagem e do direito à diferença, que estão se construindo. O teórico que melhor retrata a nova sociedade emergente é o sociólogo francês Jean-François Lyotard. Essa consciência contagia o ambiente acadêmico, que, incentiva, capta e descreve o estado das formas sociológicas e dos valores após Maio de 68 dando *status* científico ao debate acerca do nascimento da 'pós-modernidade', debate este que continua profundamente aceso atualmente, não obstante enigmática e divergentemente interpretado. Em seu trabalho seminal, Lyotard

¹⁰ A respeito, vide Adorno; Horkheimer, **Dialética do esclarecimento**, 1985.

¹¹ A célebre frase de Kant bem sintetiza o processo: "O iluminismo é a saída do homem da sua menoridade de que ele próprio é culpado" (Kant, **Resposta à pergunta: que é o iluminismo?**, 1995, p. 11).

¹² A propósito, a crítica de Marx a respeito dos direitos individuais da Declaração (**A questão judaica**, 2005).

¹³ Cf. Bauman, **O mal-estar da pós-modernidade**, 1998, e, **Modernidade e ambivalência**, 1999.

afirma: "Simplificando ao extremo, considera-se que o <<pós-moderno>> é a incredulidade em relação às metanarrativas. Esta é, sem dúvida, um efeito do progresso das ciências, mas este progresso, por sua vez, pressupõe-na. Ao desuso do dispositivo metanarrativo de legitimação corresponde especialmente a crise da filosofia metafísica e da instituição universitária que dela dependia. A função narrativa perde os seus funtores, o grande herói, os grandes perigos, os grandes périplos e o grande objetivo"¹⁴.

O símbolo histórico de concretização e luta por estes anseios é a agitação estudantil que se dá em Maio de 68 em Paris. A partir de então, começam a pulular as diversas fontes jurídicas expressando o reconhecimento difuso da condição humana, por estatutos normativos cada vez mais específicos, atendendo a demandas do feminismo, das minorias homossexuais, dos movimentos sociais, etc. No Brasil, por exemplo, o Código de Defesa do Consumidor, o Estatuto da Criança e do Adolescente, o Estatuto do Idoso, a Lei Maria da Penha, e, o ainda projeto de lei, Estatuto das Famílias¹⁵.

Nesse contexto, uma grande força teve papel de protagonista da história: o movimento estudantil.¹⁶ Em maio de 68, ao longo de todo o mês, mobilizando a princípio cerca de 10 a 15 mil estudantes, para envolver ao final cerca de 80 mil estudantes, o movimento, que, a princípio era estudantil, e, em seu decorrer, se torna um movimento social, havia a motivar o seu estopim um romantismo utópico suspenso no ar, e uma profunda sensação de responsabilidade histórica pela mudança do *status quo*, baseada na insatisfação com o *stablishment*¹⁷.

Desta atmosfera se nutriam indivíduos embriagados pelo ópio do ideário libertário e pós-moderno que surgia; tratava-se de

¹⁴ Lyotard, **A condição pós-moderna**, 2. ed., 1989, p. 12.

¹⁵ Trata-se do Projeto de Lei n. 2285/ 2007, de autoria do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM).

¹⁶ "O movimento começou muito inocentemente... como um movimento pela reforma da universidade." (Marcuse, **A grande recusa hoje**, 1999, p. 57).

¹⁷ "Em outras palavras, é uma recusa a continuar aceitando e a se conformar com a cultura da sociedade estabelecida, não só com as condições econômicas, não só com as instituições políticas, mas com todo o sistema de valores que eles sentem estar apodrecido no âmago. Penso que a esse respeito pode-se de fato falar também de uma revolução cultural. Revolução cultural porque é dirigida contra todo o establishment cultural, incluindo a moralidade da sociedade existente" (Marcuse, **A grande recusa hoje**, 1999, ps. 63/ 64).

um ideário que mesclava ideais marxistas e anarquistas de sociedade, com movimentos estudantis e reivindicações juvenis sociais e/ou de minorias portadoras de pequenas narrativas que construíam a mentalidade de um tempo de efervescência, culminando com a eclosão de Maio de 68, em Paris¹⁸. Este é um evento histórico de alto simbolismo; trata-se da eclosão de reivindicações informadas por altos ideais de transformação social, e profundamente influenciadas pelos referenciais marxiano e frankfurtiano, com destaque para Herbert Marcuse, mas que hoje representam o selo de uma mudança radical de concepção de mundo.

Este episódio pode ser considerado a grande revolução do final do século XX, pois movimentou forças eróticas (vitais) contra forças tanatológicas (mortais)¹⁹, alavancando mudanças radicais nos modos de vida e na conformação social desde então. Ali estava nascendo a pós-modernidade, que será alguns anos mais tarde lida e dissecada por Jean-François Lyotard²⁰. É do pensamento político de Agnes Heller que se pode ouvir a seguinte frase: “Como teoria social, o pós-modernismo nasceu em 1968”²¹.

Contra este movimento, as alas sociais mais conservadoras se levantaram, seja para invocar a “ordem”, seja para recorrer à “lei”, seja para recriminar toda forma de “violência”. O recurso ao uso da força é invocado como necessário sob a justificativa de que a “retomada da ordem” é necessária, pois afinal o capitalismo precisa continuar marchando impetuosamente em direção ao futuro. Por isso, o recurso à implicação da força policial parece costumeiro nestes episódios, como relata Marcuse: “A polícia apareceu e invadiu a Sorbonne, pela primeira vez na história dessa

¹⁸“A primeira grande explosão dessa consciência em transformação foi o movimento estudantil de maio de 68” (Marcuse, **A grande recusa hoje**, 1999, p. 17).

¹⁹“Algo assim existe. Em grande medida vejo essas tendências a uma ascensão de energias eróticas contra a pulsão destrutiva no movimento ecológico, no movimento de proteção ao meio ambiente. Pois a criação de um meio ambiente pacífico, calmo e belo é justamente trabalho de Eros” (Marcuse, **A grande recusa hoje**, 1999, p. 17).

²⁰“A condição política pós-moderna se baseia na aceitação da pluralidade de culturas e discursos. O pluralismo (de vários tipos) está implícito na pós-modernidade como projeto. O colapso da grande narrativa é um convite direto à coabitação entre várias pequenas narrativas (locais, culturais, étnicas, religiosas, ideológicas)” (Heller, Fehér, **A condição política pós-moderna**, 1998, p. 16). Lyotard, **A condição pós-moderna**, 1989.

²¹Heller, Fehér, **A condição política pós-moderna**, 1998, p. 200.

universidade”²². Será que se deve tratar com polícia os temas implicados nos movimentos estudantis e movimentos sociais? Antes, portanto, de se tratar da necessidade de apresentar uma *solução* aos conflitos instaurados na linha dos movimentos estudantis, trata-se de perceber que cumprem um processo fundamental na dialética da história, remodelando os traços do real, provocando cisões e rupturas que dão o tônus dos processos emancipatórios.

Uma profusão de eventos marca a distinção de uma época de tensões, que está atravessada por diversos temas: a guerra, a fome, a injustiça, a ditadura, o autoritarismo, o conservadorismo, o machismo, a sexualidade, a liberdade estética, entre outros. Por isso, o ano de 68 será marcado por significativos eventos: em 28 de março de 68, o estudante Édson Luis de Lima Solto é morto pela ditadura, revelando o caráter sádico do poder, sendo um estopim para revoltas crescentes em torno da idéia da liberdade política; em 04 de abril de 68, o pastor Martin Luther King é assassinado, líder que foi do movimento pelos direitos civis dos negros nos Estados Unidos, após longa campanha de vida pela garantia de direitos à minoria negra e contra a discriminação; no embate de forças contra o governo conservador de Charles de Gaulle, o movimento estudantil, de 2 a 30 de maio de 68, na França, sob a liderança de Daniel Cohn-Bendit, provoca uma série de eventos de mobilização que geram mobilização civil generalizada, envolvendo operários, mulheres, minorias, em favor de diversas causas, entre elas a de reforma universitária; em 26 de junho de 68, na passeata dos 100 mil, a juventude e os movimentos sociais se reúnem para protestar contra a ditadura, marcando fortemente presença de oposição que haveria de criar as condições para o desenvolvimento de forças políticas contrárias à manutenção do golpe militar; em prol das causas e discussões a respeito do feminismo, Robin Morgan queima sutiãs em praça pública em Nova York, em setembro de 68, declarando guerra ostensiva à lógica de repressão à liberdade sexual e comportamental femininas; diversas manifestações, especialmente com o movimento hippie e suas filosofias de vida, dão nascimento à lógica da contracultura, que tem no movimento tropicalismo brasileiro (Gilberto Gil; Caetano Veloso; Nara Leão) um símbolo vigoroso de resistência (recorde-se das canções de Chico

²²Marcuse, **A grande recusa hoje**, 1999, p. 58.

Buarque) ao imperialismo consumista e à lógica da indústria cultural mercadorizada.

Se todo esse conjunto de ebulições momentâneas não chegou a se consolidar em uma revolução política, e nem desses movimentos nasceu propriamente um modelo político concreto, apesar de conquistas localizáveis aqui e ali, ao menos, esse conjunto de lutas deu origem, do ponto de vista mais abrangente, fazendo repercutir em transformações em todo o mundo, ao caldo necessário para uma profunda *revolução cultural*. Trata-se, desde então, de compreender o nascimento de novas mentalidades formadas pela busca de novos paradigmas de ação.

5. A DIVERSIDADE, O PLURALISMO E O DIREITO À DIFERENÇA: A NOVA LÓGICA DOS DIREITOS HUMANOS

A partir de Lyotard, do ponto de vista sociológico, se torna possível dizer 'não' à *linguagem* [única, oficial, homogênea, correta, imperativa], ao mesmo tempo em que se diz 'sim' às *linguagens* [à diversidade, aos jogos de linguagem, à multiplicidade de semioses, ao pluralismo, à heterogeneidade]. A partir de Marcuse, do ponto de vista cultural, se torna possível falar 'não' à hegemonia cultural, e, exatamente por isso, torna-se possível construir e trabalhar na perspectiva das linguagens contra-culturais, formas de manifestação estética que renegam a adequação ao modelo homogêneo da indústria cultural nas sociedades modernas, como anteriormente Adorno e Benjamin já haviam se esforçado por demonstrar²³.

Assim, Maio de 68 pode ser tomado como o momento histórico de quebra de padrões comportamentais, de padrões sexuais, de emergência da liberdade sexual, da liberdade política, dos direitos de minorias, de redefinição do papel político da estética, de redefinição do papel da moral em direção ao pluralismo ético, de luta por redemocratização e pelo reconhecimento da diferença, de ampliação da luta libertária pela sociedade civil organizada, de redefinição da hipocrisia social, questões que, em muitos de seus significados, redundaram em frutos muito concretos no plano da cultura e das relações humanas e sociais. Ademais, não se pode

²³ A partir daí é possível constatar uma farta análise histórica que recupera a dimensão do pluralismo como uma categoria de fundamental importância para a lógica do direito contemporâneo. A este respeito, vide Wolkmer, **Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura no direito**, 3. ed., 2001.

omitir o fato de que a atual redação da democrática Constituição Federal de 1988 deve muito a estas lutas. A Constituição Cidadã, que também incorpora o legado da dignidade da pessoa humana, vindo da Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948, representa um bastião de lutas pela garantia ampla da liberdade, e, por isso, reflete os aquisitivos dos 20 anos que antecederam sua promulgação.

Nesse contexto, se torna legítimo pensar no reconhecimento da diferença e da peculiaridade de uma minoria (negros, mulheres, deficientes, sem-terra...), mais do que na pressuposição da igualdade genérica de todos (povo, cidadão). A igualdade formalizante do discurso moderno liberal funciona, na prática, como um mecanismo que mascara a indiferença às necessidades reais de seres humanos históricos e concretos. Não por outro motivo, a atualização do pensamento crítico da Escola de Frankfurt, desde a fundação dos estudos interdisciplinares por Horkheimer, à crítica da indústria cultural por Adorno, desde o ideário de Marcuse em meio aos estudantes em 1968, até o pensamento da razão comunicativa de Habermas, se dá, atualmente, através das investigações de Axel Honneth, que se pronuncia atentamente sobre uma demanda de nossos tempos, ou seja, sobre a lógica do *direito à diferença*, através de suas diversas e recentes reflexões, das quais se podem destacar *A luta pelo reconhecimento*, 2003 (*Kampf um Anerkennung*, 1992), *Sofrimento de indeterminação*, 2007 (*Leiden na Unbestimmtheit*, 2001) e *Disrespect*, 2007 (*Das andere der Gerechtigkeit*, 2000)²⁴.

O direito à diferença fala do reconhecimento como um tema de destacada importância para a arquitetura das definições e ambições das práticas regulatórias da vida social. Por isso, não se pode ser *indiferente* ao *direito à diferença*, que é este que protege a condição humana, em suas múltiplas expressões, única forma de reconhecer como seres humanos vivem e sofrem concretamente, para que haja a possibilidade de implementação e de direcionamento mais exato de políticas de direitos humanos. O direito à diferença tem isto de particular, a idéia de que é possível

²⁴ A respeito, vide Honneth, **Disrespect**: the normative foundations of critical theory. 2008; **Sofrimento de indeterminação**: uma reatualização da filosofia do direito de Hegel, 2007; **Luta por reconhecimento**: a gramática moral dos conflitos sociais, 2003.

que sejamos *iguais na diferença*, para adotar o lema da Secretaria Especial de Direitos Humanos do Governo Federal (SEDH), para a comemoração dos 60 anos da Declaração Universal dos Direitos Humanos.

Todos são diferentes entre si; e, propriamente, isto é ser humano, em sua singularidade. Para conceituar a 'natureza humana', deve-se, portanto, respeitar as singularidades. Isso faz com que seja necessário assumir a *complexidade da diversidade*, que é a marca mais concreta da 'natureza humana', onde cabe lugar para o reconhecimento do índio, do negro, do branco europeu, do nipo-brasileiro, do sírio-libanês, da mulher, do homem idoso, da mulher homossexual, da criança, do artesão, do intelectual, do bancário, do deficiente, do espírita, do pentecostal, do católico... e isso porque todos temos 'algo em comum' e este 'algo em comum' tem a ver com a igual possibilidade de sermos responsáveis pelo respeito à alteridade e por isso considerados pertencentes à comunidade dos que fruem de direitos, na medida concreta de sua condição. Não por outro motivo, as mais recentes normas de direitos humanos já registram e consagram esta lógica como forma de efetivação dos direitos humanos, a exemplo do que se pode ler no Preâmbulo da Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas (2007): "*Afirmando* que os povos indígenas são iguais a todos os demais povos e reconhecendo ao mesmo tempo o *direito de todos os povos a serem diferentes*, a se considerar a si mesmos *diferentes* e a serem respeitados como tais", e, "*Afirmando também* que todos os povos contribuem para a *diversidade* e a riqueza das civilizações e culturas, que constituem patrimônio comum da humanidade" (grifos nossos).

6. PALAVRAS FINAIS

O respeito e a garantia de um direito à diferença envolve uma generosa visão de 'natureza humana', que, ao se desprender de Universais ou de Estereótipos do Homem Ideal, reconhece na multidiversificada visão do que é o humano, em suas inúmeras expressões e manifestações, a sua verdadeira condição real. Aliás, toda possibilidade de atualmente conduzir legitimamente o discurso dos direitos humanos globalmente vai na esteira desta visão multiculturalista. O direito à diferença fala, pois, do pertencimento a uma sociedade de iguais, consideradas as diferenças. Não por outro motivo, a cidadania hoje tem mais a ver com o tratamento pluralista

a demandas muito diversificadas por inclusão, que soam como 'violação' da igualdade, através das chamadas ações afirmativas, mas que são, em verdade, o cumprimento da idéia de justiça. Quem ainda vê o direito sob um olhar estritamente moderno, não é capaz de enxergar como as mudanças pós-modernas foram capazes de requalificar esse debate sobre igualdade, desigualdade e justiça.

Hoje, as mulheres têm lugar no mundo do trabalho, os jovens têm opinião válida, as minorias reivindicam crescentemente lugar na consagração de seus direitos, as famílias têm uma visão de mundo mais tolerante, o pluripartidarismo vige no país, a hipocrisia cedeu em muitos temas, a expressão é aberta a todas as tendências, a liberdade amplia suas fronteiras, as diversas expressões de sexualidade são possíveis, a força dos movimentos sociais tem demonstrado positivas conquistas sociais, as quotas se instalam possibilitando reequilíbrios já concretos em diversas Universidades por todo o país.

Por isso, as cicatrizes históricas deixadas por Maio de 68, e suas repercussões, são incontornáveis, como tema de reflexão, para a Filosofia do Direito contemporânea, que está tentando lidar com a questão até hoje, discutindo-a através do temário pós-moderno, não se podendo deixar de considerar que deste período se legam inesquecíveis conquistas de direitos que não podem ser desprezadas. Considerando este fato, os direitos humanos não podem mais ser vistos como decorrentes de uma 'natureza humana' abstrata, mas de uma 'natureza humana' de cujas necessidades concretas e de cujo colorido existencial extrai condições para se justificar e se aplicar, materialmente.

Referências Bibliográficas

ADORNO, Theodor W. **Educação e emancipação**. 3. ed. Tradução de Wolfgang Leo Maar. São Paulo: Paz e Terra, 2003.

_____. **Palavras e Sinais**. Tradução de Maria Helena Ruschel. Petrópolis: Vozes, 1995.

ADORNO, Theodor; HORKHEIMER, Max. **Dialética do esclarecimento**. Tradução Guido Antonio de Almeida. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1985.

- ASSOUN, Paul-Laurent. **A Escola de Frankfurt**. Tradução de Helena Cardoso. São Paulo: Ática, 1991.
- BAUMAN, Zygmunt. **O mal-estar da pós-modernidade**. Tradução de Mauro Gama; Cláudia Martinelli Gama. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998.
- _____. **Modernidade líquida**. Tradução Plínio Dentzein. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.
- _____. **Modernidade e ambivalência**. Tradução. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999.
- BITTAR, Eduardo C. B. **O direito na pós-modernidade**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.
- _____. 1968: 40 anos do movimento estudantil na França; 1988: 20 anos da Constituição Federal, *in Tribuna do Direito*, São Paulo, Ano 15, n. 180, p. 12, abr. 2008.
- _____. Filosofia crítica e filosofia do direito: por uma filosofia social do direito, *in Revista Cult*, São Paulo, Dossiê Filosofia do Direito: o que foi, e o que é que será?”, ano 10, n. 112, ps. 53-55, abr. 2007.
- BURKE, Peter. Lembrança de maio, *in Caderno Mais!*, **Folha de São Paulo**, domingo, 04 de maio de 2008, p. 05.
- HELLER, Agnes; FÉHER, Ferenc. **A condição política pós-moderna**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1998.
- HORKHEIMER, Max. **Sociedad, razón y libertad**. Traducción e introducción de Jacobo Muñoz Veiga. Madrid: Editorial Trotta, 2005.
- _____. **Autoridad y familia y otros escritos**. Traducción de Román G. Cuartango. Barcelona: Paidós, 2001.
- _____. **Crítica de la razón instrumental**. Traducción de Jacobo Muñoz. Madrid: Trotta, 2002.
- HONNETH, Axel. **Disrespect: the normative foundations of critical theory**. Cambridge, Polity, 2008.
- _____. **Sufrimento de indeterminação: uma reatualização da filosofia do direito de Hegel**. Tradução de Rúrion Soaresw Melo. São Paulo: Esfera Pública, 2007.
- _____. **Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais**. São Paulo: Editora 34, 2003.
- KANT, Immanuel. **Resposta à pergunta: o que é o iluminismo?**, *in A paz perpétua e outros opúsculos*. Tradução de Artur Morão. Lisboa: edições 70, 1995.

LYOTARD, Jean-François. **A condição pós-moderna**. 2. ed. Tradução de José Bragança de Miranda. Lisboa: Gradiva, 1989.

MARCUSE, Herbert. **Cultura e sociedade**. Tradução de Wolfgang Leo Maar, Isabel Maria Loureiro e Robespierre de Oliveira. São Paulo: Paz e Terra, 1997.

MARTON, Scarlet, Tentativas de apagar Maio de 68, *in Folha de São Paulo*, Tendências e Debates, São Paulo, 27 de maio de 2008, p. A 3.

MARX, Karl. **A questão judaica**. Tradução de Silvio Donizete Chagas. 5. ed. São Paulo: Centauro, 2005.

MATTOS, Patrícia. **Axel Honneth**: formas do desrespeito social, *in Mente, cérebro e filosofia*, São Paulo, Duetto, v. 08, ps. 58-67.

NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

RANCIÈRE, Jacques. Vamos invadir!, *in Caderno Mais!*, Folha de São Paulo, domingo, 04 de maio de 2008, p. 08.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

VENTURA, Zuenir. **1968**: o ano que não terminou. 3. ed.: São Paulo: Planeta do Brasil, 2008.

_____. **1968**: o que fizemos de nós. São Paulo: Planeta do Brasil, 2008.

VEYNE, Paul. **Como se escreve a história**. Tradução de Alda Baltar e Maria Auxiliadora Kneipp. 2. ed. Brasília: Unb, 1992.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Pluralismo jurídico**: fundamentos de uma nova cultura no direito. 3. ed. São Paulo: Alfa-Ômega, 2001.

AGAMBEN E O ESTADO DE EXCEÇÃO: UMA MEDIAÇÃO ENTRE O DIREITO CONSTITUCIONAL E O VAZIO

PAULO RICARDO OPUSZKA*

Estado de exceção é o dispositivo original graças ao qual o Direito se refere à Vida, e a incluiu em si por meio de sua própria suspensão, uma teoria do estado de exceção é, então, condição preliminar para se definir a relação que liga e, ao mesmo tempo, abandona, o vivente ao direito. É essa terra de ninguém, entre o direito público e o fato político e entre a ordem jurídica e a vida, que a presente pesquisa pretende explorar. Somente erguendo o véu que cobre a zona incerta poderemos chegar a compreender o que está em jogo na diferença – ou na suposta diferença entre o político e o jurídico e entre o direito e o vivente. E só então será possível responder a pergunta que não pára de ressoar na história da política ocidental: o que significa agir politicamente?

Giorgio Agambem

1. INTRODUÇÃO¹

O presente artigo não tem a pretensão de apresentar-se enquanto um exaustivo estudo acerca dos argumentos e categorias apresentadas no âmbito do debate entre o político e o jurídico, mas uma contribuição que sirva para incitar e promover questionamentos de caráter acadêmico.

Presta-se, portanto, nessas próximas páginas, a realizar provocações na concepção de nosso *microcosmo* do lugar da política, de nossa pretensão de Democracia, nossa vocação libertária ou nossa tradição totalitária, enquadrem-se aí cada qual na herança social e pessoal que lhe reconheça especialmente dentre de si mesmo.

* Mestre e Doutorando em Direito pela Universidade Federal do Paraná, Área de Concentração em Direitos Humanos e Democracia. Coordenador Adjunto e Professor Assistente nas disciplinas de Ciência Política, Estado e Constituição e Processo do Trabalho do Curso de Direito da Universidade Federal de Rio Grande – FURG.

¹ Este artigo encontra-se disponível na web:

<http://www.uniguacu.edu.br/deriva/Ensaios/docente/AGAMBEN%20E%20O%20ESTADO%20DE%20EXCECAO%20artigo%20Paulo%20Opuszka.pdf>.

Nesse opúsculo nossa intenção é apresentar uma das categorias de Giorgio Agamben, autor italiano contemporâneo, herdeiro intelectual da Escola de Frankfurt² que atualmente discute o denominado *Estado de Exceção*, tema e categoria jurídica reconduzido aos debates acadêmicos especialmente no pós 11 de setembro.

2. UMA MEDIAÇÃO ENTRE O DIREITO CONSTITUCIONAL E O VAZIO

O Direito Constitucional é uma das afirmações das conquistas modernas no que tange a possibilidade política do homem *zoom politicon* aristotélico ou do sujeito civilizado de comportamento *típico* eliasiano³. Uma assertiva tipicamente canotilhana diria que a constituição – e ao mesmo o constitucionalismo – serve para organizar o poder e, simultaneamente, limitar o poder.

O Estado, portanto, estaria ao mesmo tempo, organizando, quando o texto constitucional especifica cada tarefa de um ente da Federação, cada função dentro do Poder (em especial a Executiva, Legislativa ou Judiciária), e também limitando, no que tange a escolha do Poder Constituinte Originário de definir os direitos e garantias fundamentais ou o que historicamente se eleva a condição de direito fundamental no decurso do movimento do sistema aberto de regras e princípios⁴.

Entretanto, a partir de um dos aspectos da crítica da modernidade, esse constitucionalismo ideal se afastaria da vida, uma vez que se constata que entre a ordem jurídica e o *estar vivente*, existe uma distância impar, cujo autor que nos cabe dialogar com a presente incursão, batiza de *estado de exceção* ou a zona sombria e indeterminada entre o político e o jurídico.

Giorgio Agamben refere-se a esse espaço/locus, localizado da mesma forma em condições de tempo e espaço, *estranha relação entre o direito e a ausência de direito (lawlessness)* na qual o diálogo, muito mais di-polar do que di-cotômico (nos termos do

² Sobre o tema FREITAG, Bárbara. *A teoria crítica: ontem e hoje*. São Paulo: Editora Brasiliense. 2004.

³ ELIAS, Norbert. *O processo civilizador*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1994, p. 13.

⁴ CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2005.

próprio Agamben) tangência o problema da zona ausente de norma, ou do lugar onde a norma não ressoa trazendo uma espécie de vácuo normativo onde o *som/norma constitucional* não se propaga.

Agamben dirige-se ao Estado de exceção como *uma tentativa de incluir na ordem jurídica a própria exceção, criando uma zona de indiferenciação em que o fato e o direito coincidem*.

Cabe salientar que a fundamentação do Estado de Exceção apresenta-se enquanto contraponto ao Estado Democrático de Direito, enquanto espaço, ou definido pelos autores da teoria, tal e qual Carl Schmitt, no conceito de *campo*, no qual o Estado Democrático de Direito não se aplica⁵.

Para Agamben, atento a problemática que se propõe a problematizar, as reflexões de Carl Schmitt oferecem a noção de soberano, enquanto *aquele que decide sobre a situação/Estado de exceção*.

Assim afirma Agamben:

Para Carl Schmitt o sistema constitucional é válido somente se fundado sobre a decisão soberana a qual, desta forma, torna possível instituir a ordem. (...) Qualquer ordem normativa, tomada em si mesma, permanece paralisada no formalismo abstrato, sem poder preencher a lacuna que a separa da vida real. Entretanto – e este núcleo da argumentação de Schmitt – a decisão que preenche esta lacuna não é decisão para alguma ordem concreta, mas fundamentalmente a decisão para o princípio formal da ordem enquanto tal.

Schmitt revela que o *soberano nos compele a respeitar as leis precisamente, na medida, em que ele é o ponto de suspensão*. Tal afirmativa renova as afirmações hobbesianas acerca da natureza da soberania, já que o pacto de submissão se dá especialmente entre os súditos, faz surgir um ente com *super-*

⁵ Ocorre que, a noção de *campo* serviu para formação dos denominados *campos de concentração* durante a 2ª Guerra Mundial. Entretanto, convém salientar que a expressão não nasce na prática nazista, mas na formação do território americano, no momento da conquista do oeste, quando, nos espaços territoriais de cativos indígenas os americanos mantinham os nativos da terra ianque no *campo*, espaço geográfico onde a Constituição Liberal Americana não vigia.

poderes, um Homem Artificial capaz de manter e proteger a vida enquanto gênero, principal bem do homem, objeto de sua preservação ainda que contra a convenção acerca do *justo*.

Mas o soberano é o ponto de suspensão da norma, eis o poder não mensurado: a possibilidade, inclusive de não aplicar o direito ainda que o direito lhe dê outro afeto.

Segundo Agamben, refletindo através das lentes de Carl Schmitt

A exceção é a condição de possibilidade da norma jurídica e o próprio significado da autoridade do Estado. Eis a situação paradoxal, segundo a qual o soberano através da exceção cria a situação de que o Direito precisa para poder existir, a qual, ironicamente, é a situação de suspensão do próprio direito.

Assim, para Agamben a ordem (*nomos*) deve ser pensada como o limiar entre o caos e a situação normal, o externo e o interno: eis a situação da exceção.

Toda a ordem ou ordenamento resta sobre a decisão e, portanto, soberania não é uma questão jurídica, mas política que a ver com o ato de decidir sobre a situação ou o Estado de exceção, requisitando aí a ação humana do soberano.

E se toda ordem ou ordenamento funda-se na decisão, o cenário schmittiano/agambeniano determina não a tese do decisionismo que dialogou com os cotejos de Hans Kelsen e Carl Schmitt na década de 30 do séc. XX, mas a atual reflexão sobre o espaço do não direito, da natureza negada daquele cuja norma não sensibiliza.

Nossa afirmação é no sentido de que, no atual Estado Democrático de Direito, a exceção se dá no próprio modelo, quando os direitos fundamentais e garantias de preservação da vida não atingem uma significativa camada da população.

O Estado Democrático de Direito acaba por excludente de uma massa, um exército de desvalidos da norma, à sombra da proteção jurídica, sob os quais não incide qualquer proteção. É na afirmação do modelo estatal contemporâneo, modelo esse que, de forma complexa, articula o interesse econômico subjacente, que a exceção se dá. Defender o atual Estado Democrático de Direito é manter a exceção à determinada parcela social.

A presente constatação não significa negar o Estado Democrático ou combater a Democracia, no sentido da defesa de políticas para a implementação de uma Ditadura em favor da massa de desvalidos, mas marcar, categoricamente, um alerta: é no espaço do atual modelo estatal, que a exceção se dá.

Alguns teóricos contemporâneos da Teoria Política e da Sociologia, tais como Jessé Souza (a partir de uma pesquisa mais weberiana) ou Francisco de Oliveira (de vertente eminentemente marxista) apontariam para problemas estruturais na própria Democracia de países como o Brasil, e que, por conseguinte, não poderiam denominar Estado Democrático de Direito nosso modelo.

Na tese de Jessé Souza⁶, o caso brasileiro analisado pela denominada “sociologia da inautenticidade” que defende uma espécie de atraso na sua Modernidade ou Modernização por conta da própria história da formação do país, ou na composição de alguns elementos necessários para efetivação do “moderno” tais como a racionalização na burocracia, formação da esfera pública, reconhecimento social e processo civilizador, teria desconsiderado o fato de que nossa modernização teria sido da espécie “seletiva” e não inautêntica.

A idéia de racionalização viria da teoria weberiana, central no trabalho de Jessé Souza, o reconhecimento social da teoria e culturalista de Charles Taylor, a esfera pública na proposta de Jurgen Habermas e o processo civilizador a partir de Norbert Elias.

Já para Francisco de Oliveira, em especial no seu texto surgimento do antivalor⁷, a Democracia Brasileira sofre desde a sua origem de possibilidade de efetivação, já que nosso Estado esteve sempre a serviço de interesses que reproduziam o capital, ou ainda, na disputa pelo fundo público, entre reprodução do trabalho e do

⁶ Jessé Souza trata da denominado Modernização Seletiva na indicação da referência bibliográfica, objeto de seu estudo em sede de doutoramento na Alemanha em 2000.

⁷ OLIVEIRA, Francisco. O surgimento do antivalor. Petrópolis, Vozes, 1988.

capital, sempre ganharia o capital, já que para ele se destinava o fundo público nos tempos atuais.

Elemento que passa pelos principais argumentos dos referidos autores seria justamente a formação da elite tradicional na política nacional, oriunda das classes dominantes, que realizam a mesma política excludente desde o Império – no caso de determinada corrente de pensamento social, desde os tempos de colônia portuguesa ou ainda práticas da corte portuguesa – passando pela República Velha, pelas alianças políticas na Era Vargas, nas elites agrárias dos anos 60 e 70 e nas ações que irrompem na Ditadura dos anos 70.

A fundamentação teórica dos referidos argumentos advém dos estudos de Sergio Buarque de Holanda, Raimundo Faoro ou ainda Caio Prado Junior e Celso Furtado todos componentes do clássico sócio-político da intelectualidade nacional.

Mas não se pode negar que as articulações políticas nos anos 80, em torno da formação de um diferenciado processo de Assembléia Nacional Constituinte em 1988, das composições políticas que originaram a coalizão em torno de Fernando Collor de Mello e Fernando Henrique Cardoso e mesmo a base de sustentação do Governo Lula, com a devida vênia, não advenham das mesmas raízes.

Restaria, portanto, uma dicotomia sob a qual se teria uma valorosa reflexão ante a desigualdade, exclusão e miséria brasileira: a condição de exceção se dá porque a Democracia é ineficiente, ilegítima ou ainda – expressão do próprio Jessé Souza *inautêntica* – ou, em qualquer Democracia ou regime democrático, uma parcela da população estaria na condição de exceção, sob a qual direitos fundamentais seriam negados?

Agamben propõe, nesse sentido, uma ação política: utilizar a exceção em face da própria condição de exceção, através de intervenção do soberano. Uma espécie de suspensão na norma em favor de quem a Democracia exclui.

Para ele, nesse caso, a decisão serviria ao silêncio, ao vazio da não norma ou da sombra. A decisão retiraria do breu a vida humana negada, quando inevitavelmente torna-se direito na decisão de suspensão do direito já que a suspensão acolhe na medida em que de fato suspende aumentado o espectro da luz, iluminando o sombrio.

Agamben afirma que

(...) norma e decisão são irreduzíveis, porém é a decisão sobre a suspensão da norma que tornará possível a sua aplicação, vale dizer, o Estado de exceção significa um espaço de anomia que, em última análise, torna possível a normatização do real.

Mas sua conclusão nos leva a crer na afirmação do sentido da exceção:

Eis o que o Estado de exceção nos faz enfrentar: ele se baseia na ficção essencial pela qual a anomia – sob a forma de *autooortitas*, da lei viva ou da força da lei – ainda está em relação com a ordem jurídica e o poder de suspender a norma está em contato direto com a vida. Enquanto dois elementos permanecem ligados, mas conceitualmente, temporalmente e subjetivamente, distintos – como na Roma republicana, na contraposição entre Senado e povo, na Europa medieval na contraposição entre o poder espiritual e poder temporal – sua dialética – embora fundada sob uma ficção – pode, entretanto, funcionar de algum modo. Mas quando tendem a coincidir numa só pessoa, quando o Estado de exceção em que eles se ligam e se indeterminam torna-se regra, então o sistema jurídico-político transforma-se em máquina letal.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A proposta de Agamben modifica a ordem (no sentido de “ordenar”) das discussões para novas possibilidades políticas, não só de uma, mas de outras reflexões acerca do Estado de exceção trazendo, no silêncio de quem fala (o outro negado), na nulidade de quem é anulado, a angústia de quem ouve e, a partir dessa angústia, possibilidades para uma ação política capaz de (re)criar o espaço público.

Se o Estado de exceção reflete, de um lado, o vazio do não direito, a sombra do texto constitucional – do espaço onde a norma não é refletida, ou mais do que isso, sequer percebida ou cujo efeito beira a insignificância – e de outro, a decisão transgressora que permite a suspensão da norma não sentida e não assentida, não refletida, insensível ao outro negado, encontram-se nessa bipolaridade uma comunicação ativa: a afirmação pelo espaço do não-direito, que funda o novo.

É da fusão entre o não refletido e a decisão acerca do nascimento da norma – ou de sua morte – que surge o direito do escuro, o direito sombrio, o direito da treva que faz surgir uma nova alvorada.

Mas permanece o questionamento: seria a saída para exceção a aplicar da exceção sob ela mesma? Tal ação política não acarretaria a possibilidade de saída completa da Democracia abrindo frente a um novo momento totalitarista cujo retorno, especialmente na América Latina, poderia deslindar em novas Ditaduras, sob o argumento do resgate da igualdade?

Estamos diante da colisão de dois bens jurídicos fundamentais, igualdade X liberdade, o direito de realizar-se de forma autônoma X o direito de realizar-se, na condição que qualquer um se realizaria. A vida livre. A possibilidade de vida ou a sua factibilidade.

Parece que o debate contemporâneo apresenta novas tensões entre os bens jurídicos da igualdade e da liberdade direitos fundamentais, irmãos siameses que parecem não terem nascido olhando para si, mas de costas um para o outro.

Referências Bibliográficas

AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**. São Paulo: Boitempo, 2003.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 2005.

ELIAS, Norbert. **O processo civilizador: uma história dos costumes**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1994.

SOUZA, Jessé. **A Modernização Seletiva**. Brasília: Unb, 2002.

PARTE II

PARADOXOS E NOVAS DEMANDAS EM TEMPOS DE GLOBALIZAÇÃO

DERECHOS HUMANOS LABORALES EN EL DERECHO URUGUAYO

Oscar Ermida Uriarte *

1. INTRODUCCIÓN. CONCEPTO DE DERECHOS HUMANOS

De conformidad con el enfoque tradicional de la doctrina rioplatense¹, manejamos como sinónimos los conceptos de derechos humanos y derechos fundamentales. Los derechos humanos, es decir, aquellos inherentes a la persona humana, son fundamentales, precisamente, en tanto esenciales al ser humano, propios de la dignidad humana.

También son fundamentales en un segundo sentido: recogidos o proclamados en las normas jurídicas de mayor jerarquía tanto del ordenamiento jurídico nacional (Constitución) como del orden jurídico internacional (pactos, declaraciones y otros instrumentos internacionales de derechos humanos), están jurídicamente *supraordenados* al legislador ordinario, a las autoridades administrativas y a los operadores jurídicos en general².

2. DERECHOS HUMANOS LABORALES

Dentro del conjunto de los derechos humanos, hay un número importante de derechos laborales. La trascendencia de esta circunstancia es múltiple, mayúscula y evidente. Por una parte, el hecho de que muchos derechos laborales formen parte de los derechos fundamentales, resalta la jerarquización del Derecho del trabajo y de los valores que le inspiran. Por otra parte, el hecho de que esos derechos laborales que son derechos humanos estén *supraordenados* en la Constitución y en las normas

* Catedrático de Derecho del Trabajo y Seguridad Social en la Facultad de Derecho de la Universidad de la República (Uruguay), Director del Instituto de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la referida Facultad, Miembro de Número de la Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social y Miembro Correspondiente de la Academia Brasileña de Derecho del Trabajo.

¹ *Conf., tamb.*, en este mismo volumen, BARRETTO GHIONE, Hugo, *Investigación sobre la aplicación de los principios y derechos fundamentales en el trabajo en el Uruguay*, OIT, Lima 2006, pág. 21.

² VALDÉS DAL RE, Fernando, *Los derechos fundamentales de la persona del trabajador*, en rev. Der. Lab., Montevideo 2003, t. XLVI núm. 212, págs. 650 y 662 y BARRETTO, Hugo, *loc. cit.*

internacionales, los vuelven indisponibles para el legislador ordinario, para la Administración y para el operador jurídico en general. En tercer lugar, esta misma circunstancia conecta nuestro tema con dos de las tres más importantes particularidades del sistema de fuentes del Derecho laboral: su internacionalidad y su constitucionalidad³.

3. CARACTERÍSTICAS DEL ENFOQUE ADOPTADO

Está claro que toda la temática de los derechos humanos tiene una honda connotación filosófica y específicamente ética, con repercusiones probablemente mayores aún, en el terreno político e ideológico. Sin embargo, procuraremos prescindir en la mayor medida posible de esas connotaciones e implicancias, adoptando, a tal efecto, un enfoque estrictamente jurídico y formal, casi positivista y no valorativo. No se trata de negar aquella faceta, ni de tomar posición entre *juspositivismo* y *jusnaturalismo*, sino que se opta por esta metodología solamente para limitar al máximo posible el flanco de discusión o debate. Con ese afán – y sin que signifique en modo alguno una toma de posición filosófica o de teoría del Derecho – adoptaremos, en esta ocasión, un método puramente jurídico formal, ateniéndonos a las normas jurídicas de más alta jerarquía: las constitucionales e internacionales.

Con el mismo objetivo y a pesar del peso definitorio que en esta materia tienen las normas internacionales, adoptaremos aquí un enfoque constitucional, o sea, nacional. Tampoco es una toma de posición sobre las relaciones entre el orden jurídico nacional y el internacional (*monismo vs. dualismo*). Por el contrario, nuestra opinión se inclina a reconocer la primacía del Derecho internacional, de conformidad con las previsiones de la Convención de Viena de Derecho de los tratados. Pero como esta visión del Derecho puede ser discutida – y a menudo lo es – desde puntos de vista nacionalistas o “soberanistas”, hemos optado por hacer una segunda concesión, optando por un enfoque que parta exclusivamente del Derecho nacional y llegue hasta donde este Derecho positivo nacional lo permita. Reiteramos: es una opción metodológica coyuntural destinada a *juridizar* todo lo posible el

³ La tercera gran particularidad del sistema de fuentes del Derecho del trabajo es la autonomía colectiva.

análisis, “aislándolo” y “descontaminándolo” de todas aquellas connotaciones más expuestas a la discusión.

El enfoque será, pues, jurídico formal, positivista y nacional. Comenzaremos, así, por el estudio de los derechos laborales que son derechos humanos de conformidad con la Constitución uruguaya (parte I) y luego, en atención a la remisión constitucional, analizaremos el mismo contenido en las fuentes internacionales (parte II).

4. LA CONSTITUCIÓN

Como la mayoría de las constituciones modernas, la Constitución uruguaya es no solamente una norma jurídica, sino que además es la de más alta jerarquía en el orden jurídico nacional, primando, por tanto, sobre todas las demás. En esa condición contiene dos grandes partes: una, de la cual no nos ocuparemos aquí, en la que se determina la estructura política del Estado y otra, que le antecede, en la cual se reconocen o proclaman los derechos fundamentales.

Se advierte, en la Constitución uruguaya, un doble contenido en materia de derechos humanos. Hay un elenco importante de derechos fundamentales que están reconocidos a texto expreso, “con nombre y apellido” (contenido directo) y hay luego, en el art. 72, una remisión a otros derechos, operándose así una ampliación conceptual del referido elenco (contenido indirecto, remisivo o ampliado).

Dentro de ese conjunto de derechos humanos, hay muchos que son derechos laborales⁴, esto es, derechos fundamentales de titularidad del trabajador o derechos humanos laborales.

4. 1. Contenido laboral directo

Entre los derechos humanos reconocidos expresamente en la Constitución y que pueden ser ejercidos por los trabajadores, se distinguen, por un lado, aquellos reconocidos al trabajador en tanto tal (*derechos específicos*) y aquellos otros *genéricos o inespecíficos* que, sin ser atribuidos exclusivamente a los trabajadores, pueden ser ejercidos por éstos como por cualquier otra persona.

⁴ BARRETTO GHIONE. Hugo, *loc. cit.*

4. 1. 1. Derechos específicos o reconocidos al trabajador en cuanto tal (art. 7 y arts. 53 y sigs.)

El análisis de los derechos humanos reconocidos al trabajador en cuanto tal o derechos humanos específicamente laborales o simplemente derechos específicos, no puede comenzar sino con la constatación de que la Constitución impone un Derecho del trabajo tuitivo, sancionando expresamente la protección legal del trabajador. “El trabajo está bajo la protección *especial* de la ley”⁵, dice el art. 53. El primer derecho fundamental del trabajador es pues, *el derecho a la protección*, lo que también venía ya adelantado por el significativo art. 7.

En efecto, esta disposición establece que “todos los habitantes de la República tienen *derecho a ser protegidos en el goce de su vida, honor, libertad, seguridad, trabajo y propiedad*”⁶.

Esta disposición proviene de la Constitución de 1917, aunque la referencia al trabajo fue agregada en la reforma de 1934. La circunstancia de que el agregado del trabajo no se hiciera al final, como hubiere correspondido a una adición, sino que se le insertara antes de la propiedad, ha permitido a la doctrina fundamentar la preeminencia del trabajo sobre la propiedad, lo cual, por lo demás, refuerza el principio de protección⁷ del art. 53⁸.

El elenco de derechos laborales específicos reconocidos como derechos humanos por la Constitución en su Sección II, incluye asimismo, a los derechos a la independencia de la conciencia moral y cívica del trabajador, a la justa remuneración, a

⁵ Subrayado nuestro. La doctrina ha resaltado la importancia jurídica de esta expresión calificativa excepcional en el texto uruguayo (PLÁ RODRÍGUEZ, Américo, *Los principios del Derecho del trabajo*, 3a. ed., Buenos Aires 1998, pág. 82 y *Curso de Derecho laboral*, 2ª. ed., Montevideo 1990, t. 1 vol. 1, págs. 39 y 183).

⁶ Subrayados nuestros.

⁷ PLÁ RODRÍGUEZ, Américo, *Los principios... cit.*, pág. 82 y *Curso...cit.*, pág.181.

⁸ En otro orden, es del caso destacar que el art. 7 no consagra el derecho a la vida, honor, etc., sino *el derecho a ser protegido en el goce de la vida, honor, etc.*, de donde se deduce que la Constitución no concede esos derechos que son preexistentes e impuestos por el *jus cogens*, sino el derecho a la protección para su ejercicio. Establece una garantía de ejercicio del derecho y no el derecho mismo (*conf.* CASSINELLI MUÑOZ, Horacio, *Protección en el goce de los bienes humanos fundamentales y acción de amparo*, en Revista del Colegio de Abogados del Uruguay, Montevideo 1993, t. XXVI, págs. 5 y sigs., esp. págs. 6 y 14). Sin embargo, no desarrollamos este aspecto – limitándonos a consignarlo en nota al pie, con finalidad puramente informativa -, porque llevaría a tomar posición sobre aspectos que decidimos dejar de lado en esta ocasión (*supra*, 3).

la limitación de la jornada, al descanso semanal, a la higiene física y moral (art. 57), a la promoción de la actividad sindical y a la huelga (art. 57), así como el derecho a la seguridad social (art. 67 y disposición especial M).

También se reconocen, aunque de manera asistemática, algunos derechos de participación en los entes autónomos y servicios descentralizados del Estado, en el Consejo de Economía Nacional, en la Oficina de Planeamiento y Presupuesto y en el instituto nacional de seguridad social extravagantemente denominado “Banco de Previsión Social” (arts. 65, 206-207, 230 y disposición especial M).

En una norma sorprendentemente moderna (habida cuenta que proviene de la reforma de 1934), el actual art. 55 dispone que “la ley reglamentará la distribución imparcial y equitativa del trabajo”.

El art. 56 reconoce el derecho a alimentación y alojamiento adecuados cuando el trabajador debe permanecer en el establecimiento.

Finalmente, una referencia especial requiere el art. 54 inc. 2, según el cual, “el trabajo de las mujeres y de los menores de 18 años será especialmente reglamentado y limitado”. Parece claro que esta norma, proveniente también de la reforma de 1934, es hoy claramente discriminatoria por razón de género, en cuanto ordena la limitación del trabajo femenino. Debería entenderse que la misma ha sido desplazada por las normas internacionales que imponen el principio de igualdad y no discriminación, como los arts. 1 y 3 de la Declaración Sociolaboral del Mercosur, la Declaración de la OIT sobre principios y derechos fundamentales en el trabajo y los convenios internacionales del trabajo 100 y 111⁹.

En resumen, pues, el contenido laboral directo o expreso de la Constitución uruguaya, en materia de derechos humanos laborales *específicos*, incluye:

- 1) derecho a la protección del trabajo (arts. 7 y 53);
- 2) independencia de la conciencia moral y cívica del trabajador (art. 54);
- 3) justa remuneración (art. 54);

⁹ Esta interpretación, que en nuestra opinión personal vendría impuesta por la preeminencia de las normas internacionales de derechos humanos, es de todos modos aplicable en función del art. 72 de la Constitución, comentado *infra*, 1. 2.

- 4) limitación de la jornada (art. 54);
- 5) descanso semanal (art. 54);
- 6) higiene física y moral (art. 54);
- 7) promoción de la actividad sindical (art. 57);
- 8) huelga (art. 57);
- 9) seguridad social (arts. 67 y disposición adicional M);
- 10) participación en determinados ámbitos (arts. 65, 206-207, 230 y disp. esp. M);
- 11) distribución equitativa del trabajo (art. 55);
- 12) alimentación y alojamiento en determinadas circunstancias (art. 56);
- 13) reglamentación y limitación del trabajo de los menores de 18 años (art. 54 inc. 2)¹⁰;

A esta nómina de derechos específicos reconocidos expresamente en la Constitución, deben agregarse los derechos inespecíficos (*infra*, 1.2) y todos los inherentes a la persona humana y a la forma democrático republicana de gobierno, aunque no estén mencionados expresamente (*infra*, 2).

4. 1. 2. Derechos de la persona del trabajador o inespecíficos

El trabajador no solo es titular de aquellos derechos fundamentales típica o específicamente laborales, reconocidos al ser humano en tanto trabajador (como la libertad sindical, la negociación colectiva, el derecho de huelga , la limitación de la jornada, el descanso semanal o las vacaciones anuales, entre otros), sino que él también es titular de los demás derechos humanos esenciales a la persona simplemente en tanto tal. Está claro que la titularidad y goce de tales derechos (universales, irrenunciables e indisponibles), mal podrían verse afectados por la celebración de un contrato de trabajo o por la incorporación a una unidad productiva jerarquizada, como la empresa. Como alguna vez bien dijo Romagnoli, al ingresar a la fábrica, el trabajador no deja colgados en la reja, junto a su gorra, los derechos humanos de que es titular, ni los guarda en el ropero del vestuario, junto a su abrigo,

¹⁰ Como va dicho, esta disposición incluye, en las mismas condiciones, la reglamentación y *limitación* del trabajo femenino, lo que se estima superado por normas de fuente internacional que establecen la igualdad de trato y no discriminación, *conf.* lo expuesto *supra*, nota anterior.

para retomarlos al fin de la jornada. Por el contrario, él sigue siendo titular de los derechos esenciales a todas las personas, como el derecho a la dignidad, al honor, a la intimidad, a las libertades de pensamiento y de cultos, a la libre expresión del pensamiento, etc., los que vienen, por tanto, a engrosar significativamente el número de derechos humanos de que es titular el trabajador.

Esta ampliación de los derechos humanos laborales no respondió a una reforma constitucional ni a la adopción de nuevas normas internacionales. Respondió, simplemente, a una nueva lectura de las mismas normas ya existentes. Fue una creación doctrinal y jurisprudencial, originada en Europa y luego extendida en América latina y en Uruguay¹¹.

Estos derechos inespecíficos – denominados a veces “derechos de la persona del trabajador” y otras veces presentados en el concepto de “ciudadanía en la empresa” – tienen diversas significaciones. En primer lugar – y a ello alude la primera de las denominaciones citadas -, amplían la esfera personal de autonomía del trabajador. En segundo término - y a ello alude la segunda de las denominaciones -, recuerdan que el trabajador es también un ciudadano y apuntan a democratizar ese espacio de poder y dominación que es la empresa y a cuya extensión y profundización había contribuido el contrato de trabajo, atribuyéndose efectos que excedían en mucho la esfera de lo jurídicamente disponible. Y en tercer lugar, es del caso señalar cómo han dado fundamento al surgimiento de nuevos derechos, a la extensión o reelaboración de otros de no poca importancia o a la imposición de nuevos límites a las facultades patronales, tales como, por ejemplo y sin ninguna pretensión de exhaustividad, la proscripción de los acosos sexual y moral, la limitación de medidas de revisión física del trabajador y de otras medidas de control, como las audiovisuales, la afirmación o extensión de la intimidad y de la libertad en la vestimenta y en la apariencia física, etc.¹²

En todo caso y para finalizar este apartado, cabe destacar la importancia que en esta materia cobra la vieja disposición

¹¹ ROMAGNOLI, Umberto, BAYLOS, Antonio y APARICIO, Joaquín, *Ciudadanía, empleo y trabajo*, Mesa redonda pub. en X Encuentro del Grupo Bologna / Castilla – La Mancha, Montevideo 2002, págs. 201 y sigs.; VALDÉS DAL-RÉ, Fernando, *ob.cit.*, págs. 645 y sigs.; GAMONAL CONTRERAS, Sergio, *Ciudadanía en la empresa o los derechos fundamentales inespecíficos*, Montevideo 2004.

¹² GAMONAL, Sergio, *Ciudadanía en la empresa*, Montevideo 2004.

constitucional uruguaya – también procedente de 1934 – contenida en el artículo 54, que reconoce a todo trabajador, “*la independencia de su conciencia moral y cívica*” (...) “y la higiene física y moral”¹³.

4. 2. Contenido indirecto, remisivo o ampliado (el art. 72 de la Constitución y el “Bloque de Constitucionalidad”)

Pero el elenco de derechos laborales reconocidos como derechos humanos en la Constitución no se agota en los que venimos de comentar. Por el contrario, nuestra máxima norma jurídica contiene un dispositivo relativamente frecuente en las constituciones más recientes, por el cual, en materia de derechos fundamentales, su contenido implícito es aún mayor que el explícito. En efecto, el art. 72 de la Constitución nacional – procedente, con variantes menores, del texto de 1918 -, dispone que la enumeración de derechos contenida en la Constitución no excluye sino que incluye a los otros, aun no enumerados, “que son inherentes a la personalidad humana o se derivan de la forma democrática republicana de gobierno”. Con lo cual gozan del reconocimiento constitucional todos aquellos derechos esenciales a la persona humana. Ahora bien, ¿cómo saber cuáles son esos derechos? ¿cómo determinarlos?. Pues bien, parece que uno de los métodos posibles, sin duda el más objetivo y ajustado a la técnica jurídica, es considerar que sin duda son derechos fundamentales aquellos que la comunidad internacional ha reconocido como tales en los pactos, declaraciones y otros instrumentos internacionales de derechos humanos. De tal forma, se produce una remisión de la Constitución a las fuentes internacionales de derechos humanos, las que operan como fuente de integración del contenido abierto del art. 72. Así, las normas expresas de la Constitución sobre derechos fundamentales¹⁴ forman un “bloque de constitucionalidad” en materia de derechos humanos junto con las normas internacionales sobre la materia¹⁵.

¹³ Subrayados nuestros.

¹⁴ Las comentadas *supra*, 1.

¹⁵ BARBAGELATA, Héctor-Hugo, *Derecho del trabajo*, 3ª. ed., Montevideo 2002, t. I vol. 1, págs. 134-135, *El bloque de constitucionalidad de los derechos humanos laborales*, en rev. Der. Lab., Montevideo 2004, t. XLVII núm. 214, págs. 213 y sigs. y *La renovación del nuevo Derecho*, en “XVII Jornadas uruguayas de Derecho del trabajo y de la Seguridad social”, Montevideo 2006, vol. 2, págs. 11 y ss.

Como se puede advertir con facilidad, esta remisión opera una ampliación fenomenal del contenido constitucional en materia de derechos humanos, contenido este, además, que resulta siempre actualizado en línea con las normas internacionales. Ello exige, asimismo, analizar el contenido de las fuentes internacionales en la materia para conocer apropiadamente el de la Constitución nacional que a ellas se remite.

Pero antes de pasar a ese análisis, parece indispensable llamar la atención sobre otra consecuencia menos evidente, pero igualmente trascendente, si no más, de esta técnica remisiva conceptual abierta de nuestra Constitución. En función de su previsión en el art. 72, los derechos fundamentales proclamados en pactos, declaraciones y otros instrumentos internacionales de derechos humanos, son constitucionales *ab initio*: nacen constitucionales al Derecho uruguayo. No hay ninguna operación de incorporación al Derecho interno (ni ratificación, ni adopción, ni traducción del ordenamiento jurídico internacional al nacional). La Constitución nacional nació grávida de estos derechos de fuente internacional, que forman parte de ella desde el comienzo, como va dicho, sin necesidad de ratificación, adopción, ni incorporación. Demás está decir que esta circunstancia permite sortear toda la discusión sobre las relaciones entre orden jurídico internacional y orden jurídico interno, sobre monismo y dualismo, y habilita la metodología adoptada, de utilizar un enfoque exclusivamente nacional y positivista. Las normas internacionales de derechos humanos, son normas constitucionales nacionales, vía art. 72.

5. LAS FUENTES INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS LABORALES

5. 1. Enumeración no taxativa de Pactos y Declaraciones de Derechos Humanos

Son numerosos y variados los instrumentos internacionales sobre derechos humanos. Incluyen pactos, convenciones o tratados sujetos a ratificación, tanto como declaraciones no sujetas a aprobación nacional distinta de su suscripción. Tales pactos y declaraciones pueden ser asimismo, generales o específicamente sociales o laborales y pueden, también, ser de vocación universal o regionales. Consideramos aquí, en esta enumeración no exhaustiva, aquellos instrumentos aplicables como normas uruguayas, razón por

la cual, incluimos los universales y americanos, sin perjuicio de reconocer la gran importancia de los europeos.

Entre las declaraciones de vocación universal, a menudo se cita al Preámbulo de la Constitución de la OIT (1919) como la primera carta internacional de derechos de los trabajadores. La Declaración de Filadelfia (1944), que actualiza y precisa los objetivos y principios de la OIT, formando parte de su Constitución, tiene la misma naturaleza.

Por su parte, la Declaración de la OIT sobre principios y derechos fundamentales en el trabajo (1998) completaría el elenco de las principales declaraciones internacionales de derechos laborales dadas en el marco de la OIT.

La Declaración Universal de derechos humanos (1948), el Pacto Internacional de Derechos económicos, sociales y culturales y el Pacto internacional de derechos civiles y políticos (ambos de 1966) completan el grupo de los principales y temáticamente más amplios pactos y declaraciones dados en el marco de la ONU.

En el nivel regional americano, deben tenerse en cuenta, al menos, la Declaración Americana de derechos y deberes del hombre (1948), la Carta interamericana de garantías sociales (1948), la Carta de la OEA (1948, actualizada en 1967 por el Protocolo de Buenos Aires), la Convención Americana de derechos humanos o Pacto de San José de Costa Rica (1969) y el Protocolo de San Salvador (1988), complementario de la anterior.

En el plano subregional, la Declaración Sociolaboral del Mercosur (1998) forma parte de ese elenco mínimo de pactos y declaraciones de derechos humanos que incluyen derechos laborales.

A esta nómina de pactos y declaraciones de derechos fundamentales habría que agregar los convenios internacionales del trabajo y las recomendaciones de la OIT sobre derechos humanos¹⁶.

¹⁶ Cuáles son los convenios y recomendaciones de la OIT sobre derechos humanos, es cuestión objeto de debate doctrinal. Hay quienes sostienen que casi todos los convenios son sobre derechos humanos, ya que la mayor parte de los derechos laborales por ellos abordados tienen esa naturaleza, excluyendo solamente algunos convenios sobre temas estadísticos o puramente técnicos. En el otro extremo se situaría una eventual lectura hiper restrictiva de la Declaración de 1998, que pretendería ver en ella un *numerus clausus*

5. 2. Enumeración mínima de Derechos Humanos Laborales contenidos en los Pactos y Declaraciones

Ese conjunto de instrumentos internacionales de derechos humanos proclama un número importante de derechos laborales, entre los cuales aparecen, con claridad, por lo menos los siguientes.

- 1) Derecho al trabajo o empleo libremente elegido;
- 2) Prohibición del trabajo forzoso;
- 3) Prohibición y limitación del trabajo de menores;
- 4) Igualdad y no discriminación;
- 5) Limitación de la jornada;
- 6) Descanso semanal;
- 7) Vacaciones anuales;
- 8) Formación profesional;
- 9) Salario justo, equitativo, vital o mínimo;
- 10) Protección contra el despido injustificado;
- 11) Libertad sindical;
- 12) Negociación colectiva;
- 13) Huelga;
- 14) Protección contra el desempleo;
- 15) Protección de la maternidad;
- 16) Protección contra los accidentes del trabajo y las enfermedades profesionales;
- 17) Seguridad social;
- 18) Libre acceso a la función pública.

En función de lo dicho anteriormente¹⁷, estos derechos forman parte de los reconocidos por la Constitución uruguaya, a través del art. 72, por lo cual vienen a integrarse con los expresamente proclamados en los arts. 7 y 53 y sigs., dando lugar al elenco mínimo que se indica de inmediato.

6. ESQUEMA DEL CONJUNTO MÍNIMO DE DERECHOS RECONOCIDOS AL TRABAJADOR CON EL RANGO DE DERECHOS HUMANOS EN EL DERECHO POSITIVO URUGUAYO

Integrando las previsiones expresas de la Constitución uruguaya sobre derechos humanos laborales con las de los

¹⁷ *Supra*, 2.

instrumentos internacionales que forman parte de ella vía art. 72, se puede proponer el siguiente listado mínimo de derechos del trabajador reconocidos constitucionalmente en el Uruguay con el rango de derechos humanos.

- 1) Protección especial del trabajo;
- 2) Prohibición del trabajo forzoso;
- 3) Prohibición, limitación y reglamentación del trabajo de menores;
- 4) Igualdad y no discriminación;
- 5) Derecho al trabajo o al empleo libremente elegido;
- 6) Limitación de la jornada;
- 7) Descanso semanal;
- 8) Vacaciones anuales;
- 9) Justa remuneración;
- 10) Protección contra el despido injustificado;
- 11) Alimentación y alojamiento adecuados en determinadas circunstancias;
- 12) Formación profesional;
- 13) Independencia de la conciencia moral y cívica del trabajador;
- 14) Higiene física y moral;
- 15) Libertad sindical;
- 16) Negociación colectiva;
- 17) Huelga;
- 18) Participación en determinados ámbitos;
- 19) Seguridad social;
- 20) Protección contra el desempleo;
- 21) Protección contra los accidentes del trabajo y las enfermedades profesionales;
- 22) Protección de la maternidad;
- 23) Distribución equitativa del trabajo;
- 24) Libre acceso a la función pública;
- 25) Derechos inespecíficos.

7. CRITERIOS DE INTERPRETACIÓN

El referido conjunto de instrumentos internacionales de derechos humanos, sumado a las normas constitucionales en la misma materia, viene conformando un nuevo Derecho universal de los derechos humanos con características superadoras del

tradicional enfoque que de los derechos fundamentales se hacía, de una parte, por el Derecho Internacional público tradicional y de la otra, por el Derecho constitucional nacional.

Este Derecho universal de los derechos humanos se diferencia del clásico Derecho internacional público por poseer caracteres propios, como el sujeto (la persona humana), el objeto (los derechos humanos), las fuentes (instrumentos internacionales, principios generales del Derecho de las naciones y costumbre internacional), su naturaleza y eficacia (orden público internacional o *jus cogens*, universalidad, indisponibilidad e irrenunciabilidad), así como criterios de interpretación igualmente propios. Estos criterios que rigen la hermenéutica de las normas sobre derechos humanos, son los que seguidamente se indican.

7. 1. Autoaplicación

Las normas sobre derechos humanos son autoaplicables, es decir, de aplicación inmediata o directa. Así lo disponen, por ejemplo, el art. 5 de la Constitución brasileña, el 18 de la portuguesa y el art. 22 de la venezolana.

Pero la Constitución uruguaya va mucho más allá. No se limita a declarar la autoaplicabilidad de las normas sobre derechos fundamentales, sino que establece el procedimiento para tal aplicación. En efecto, el art. 332 – disposición que proviene de la reforma de 1942 -, dispone que las normas que reconocen derechos fundamentales “no dejarán de aplicarse por falta de la reglamentación respectiva, sino que ésta será suplida recurriendo a los fundamentos de leyes análogas, a los principios generales de derecho y a las doctrinas más recibidas”. Lo mismo dispone el art. 45 de la Constitución paraguaya actual.

Se acota así, el ámbito de la *programaticidad* de las disposiciones constitucionales e internacionales de derechos humanos. Estas, que generalmente proclaman derechos de manera más o menos genérica o imprecisa, no pueden dejar de aplicarse a la espera de una ley que de precisión (a menudo limitándolo) al contenido de esos derechos. El Juez deberá fallar *integrando* la disposición genérica, recurriendo a la analogía, los principios generales y la doctrina.

7. 2. Interpretación más favorable

El principio de la interpretación más favorable al trabajador es un viejo conocido del Derecho del trabajo (*in dubio pro operario*), que también se plantea en el Derecho de los derechos humanos como la interpretación más favorable a la persona (*in dubio pro omine* o *in dubio pro personae* o *in dubio pro libertate*). Si bien tal vez no haya diferencia ontológica, parece preferible plantearlo como la regla que indica que en caso de duda, corresponde optar por la interpretación que favorezca la realización del derecho, aquella que potencie su ejercicio en vez de la que lo limite.

Si se trata de derechos esenciales a la persona humana, no puede, en caso de duda, sino optarse por la interpretación amplificadora.

7. 3. Interdependencia de las fuentes

El criterio de la interdependencia de los tratados postula que el conjunto de instrumentos internacionales sobre derechos humanos conforman un sistema que debe ser, en la medida de lo posible, manejado en su conjunto, de forma tal que es válido, pertinente y a menudo necesario, integrar disposiciones de una y otra fuente para – en armonía con los demás criterios interpretativos – proceder a la configuración del derecho y garantizar su aplicabilidad.

Este criterio, concebido originalmente para ser aplicado entre fuentes internacionales, resulta también aplicable a la interpretación e integración de normas constitucionales e internacionales, en la medida en que ambas se refieran a derechos humanos.

7. 4. Norma más favorable

El criterio de la norma más favorable es otro viejo conocido del Derecho del trabajo. A diferencia del *in dubio pro operario*, el criterio de la norma más favorable no supone la existencia de una disposición cuyo sentido debe ser interpretado, aclarado o desentrañado, sino que supone la concurrencia de varias normas (por lo menos dos) con vocación de aplicación al mismo caso concreto. En este caso, es válido optar por la norma cuya aplicación produzca la solución más favorable al titular del derecho o mejor aún, al ejercicio y aplicación plena del derecho.

En materia de Derecho de los derechos humanos, este criterio ha sido consagrado expresamente en algunos casos. Por ejemplo, tanto el Pacto Internacional de Derechos económicos, sociales y culturales, como el de San José de Costa Rica, dejan a salvo la aplicación de la norma más favorable en materia de libertad sindical, entre las propias y las del convenio internacional del trabajo núm. 87.

Del mismo modo y más ampliamente, el art. 48 de la Constitución de Costa Rica y el 23 de la venezolana disponen que los tratados internacionales de derechos humanos priman sobre la Constitución, en tanto sean más favorables

7. 5. No regresividad

Respecto de los derechos sociales, los propios pactos postulan el principio de progresividad que tiene dos facetas. De conformidad con la primera, se admite que los Estados los implanten progresivamente, de tal forma que se considera cumplidor a aquel Estado que aún no habiéndoles garantizado íntegramente – fundamentalmente por razones económicas – demuestra realizar esfuerzos apropiados y alcanzar progresos al respecto. La segunda faceta de la progresividad consiste en la *no regresividad* de los niveles alcanzados en materia de reconocimiento de derechos sociales. Este aspecto, que deslegitima el retroceso de protección y garantía, ha sido recientemente aplicado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación argentina, desalicando leyes laborales reformaron *in pejus* la normativa anterior.

7. 6. Carácter vinculante de la interpretación de los Órganos Internacionales de control

Finalmente, tiende a imponerse un sexto criterio hermenéutico en materia de normas internacionales de derechos humanos, cual es el carácter vinculante de la interpretación efectuada por los organismos internacionales especiales de control. En otras palabras, cuando existe un órgano internacional creado expresamente para la interpretación o aplicación de un instrumento internacional, la interpretación realizada por ese órgano resulta vinculante para los otros operadores jurídicos. Por ejemplo: un país ratificante del convenio 87 no puede interpretarlo de una manera diferente *in pejus* a como lo hacen el Comité de Libertad sindical y la Comisión de Expertos en aplicación de convenios y

recomendaciones de la OIT. Lo mismo puede decirse, *mutatis mutandi*, de los pronunciamientos de la Corte Internacional de Justicia, de la Corte Internacional de derechos humanos y de la Corte Interamericana de derechos humanos, respecto de los instrumentos internacionales bajo su jurisdicción.

La Corte Suprema de Justicia de Costa Rica aplica regularmente este criterio en relación con los pronunciamientos de la Corte Interamericana de derechos humanos, mientras que también lo ha hecho el Tribunal Constitucional de Colombia en relación con pronunciamientos del Comité de Libertad sindical de la OIT.

8. CONCLUSIONES

1. La Constitución es la norma máxima del ordenamiento jurídico nacional.

Por tanto, debe ser con ella que se de el “puntapié inicial” de cualquier operación jurídica de interpretación, aplicación o creación de Derecho.

Por ser la norma de mayor jerarquía y recoger los derechos, principios, valores e instituciones esenciales a la comunidad – las bases mínimas de convivencia -, debe tener la mayor eficacia.

En consecuencia, las normas constitucionales que reconocen derechos humanos son de aplicación inmediata o directa, para lo cual, en el caso uruguayo, el art. 332 establece un procedimiento de integración tendiente a la plena eficacia.

2. El art. 72 de la Constitución uruguaya – como otras – incluye a todos los derechos inherentes a la personalidad humana y derivados de la forma democrático republicana de gobierno, aunque no estén expresamente consagrados en su texto. Se forma así un *bloque de constitucionalidad* sobre derechos fundamentales, compuesto por las propias disposiciones de la Constitución y las de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos.

3. Los derechos humanos son indisponibles o intangibles para el legislador infraconstitucional y demás operadores jurídicos, por estarles supraordenados por las normas de jerarquía superior. Quedan fuera de la esfera de disponibilidad de los poderes públicos, que no pueden restringirlos, sino garantizarlos y promoverlos.

4. Por su esencialidad para la persona humana y por la jerarquía de las fuentes de Derecho que los recogen, los derechos humanos constituyen el pilar fundamental del ordenamiento jurídico.

5. Los operadores jurídicos y los actores sociales comparten responsabilidades en la materia, especialmente en lo referido a la asunción de la esencialidad de los derechos humanos y consecuentemente, de la necesidad de su aplicación, eficacia, promoción y protección. Demás está decir que en este marco resalta el papel de la jurisprudencia, que puede y debe proceder a una verdadera reconstrucción constitucional e internacional del Derecho del trabajo, a través de la aplicación directa de las normas constitucionales e internacionales de derechos humanos y de la interpretación amplia de tales derechos y restrictiva de sus excepciones y límites.

6. También el sistema educativo tiene una función a cumplir. Es obvia la responsabilidad de la educación superior, especialmente en Derecho, encargada de la formación de los principales operadores jurídicos (jueces, abogados, cuadros técnicos de la Administración). Pero también hay un responsabilidad de la educación básica, que debería educar en derechos, promoviendo el desarrollo de una cultura de los derechos y entre ellos los laborales, que son parte fundamental, a su vez, de la cultura del trabajo.

Referencias Bibliográficas

BARBAGELATA, Héctor-Hugo, Derecho del trabajo, 3ª. ed., Montevideo 2002, t. I vol. 1, págs. 134-135, El bloque de constitucionalidad de los derechos humanos laborales, en rev. Der. Lab., Montevideo 2004, t. XLVII núm. 214, págs. 213 y sigs. y La renovación del nuevo Derecho, en “**XVII Jornadas uruguayas de Derecho del trabajo y de la Seguridad social**”, Montevideo 2006, vol. 2, págs. 11 y sigs.

BARRETTO GHIONE, Hugo, **Investigación sobre la aplicación de los principios y derechos fundamentales en el trabajo en el Uruguay**, OIT, Lima 2006.

CASSINELLI MUÑOZ, Horacio, Protección en el goce de los bienes humanos fundamentales y acción de amparo, en **Revista del**

Colegio de Abogados del Uruguay, Montevideo 1993, t. XXVI, p. 5-14.

GAMONAL CONTRERAS, Sergio, **Ciudadanía en la empresa o los derechos fundamentales inespecíficos**, Montevideo 2004.

ROMAGNOLI, Umberto, BAYLOS, Antonio y APARICIO, Joaquín, Ciudadanía, empleo y trabajo, Mesa redonda pub. en **X Encuentro del Grupo Bologna / Castilla** – La Mancha, Montevideo 2002.

VALDÉS DAL-RÉ, Fernando, **Los derechos fundamentales de la persona del trabajador**, en rev. Der. Lab., Montevideo 2003, t. XLVI núm. 212, p. 650-662.

O MUNDO DO TRABALHO DIANTE DA GLOBALIZAÇÃO

LEANDRO DO AMARAL D. DE DORNELES*

1. O FENÔMENO DA GLOBALIZAÇÃO: ASPECTOS GERAIS

A globalização apresenta-se como um fenômeno complexo, muitas vezes contraditório, passível de diversas leituras. Em uma leitura otimista, poder-se-ia ressaltar, por exemplo, a aplicação de novas tecnologias redutoras dos esforços humanos na produção, bem como a mundialização dos grupos e anseios sociais, o que, através de seus movimentos e organizações, partidos políticos e correntes de opinião, poderia lançar os atores sociais subalternos ao padrão global, tal como já vem ocorrendo com os setores sociais privilegiados. No entanto, em uma outra leitura, pode-se dizer que o grande processo de acumulação do capital e as perdas de quantidade e de qualidade dos empregos só fazem reforçar a desarticulação do trabalhador e o benefício das relações de poder em favor do capital.

Claro está que a interconexão global entre os diversos Estados-nação não é um elemento novo em nossa realidade. No entanto, há diferenças fundamentais entre a forma com que vinha acontecendo até um passado não muito distante e a ordem internacional que caracteriza a globalização atualmente:

a) pela emergência de um sistema econômico global – cujos atores mais representativos constituem-se nas grandes empresas globais ou transnacionais - que escapa ao controle de qualquer Estado individual;

b) pela expansão de vastas redes de relações transnacionais e de comunicação sobre as quais os Estados individuais têm influência limitada;

c) pelo enorme crescimento de organizações e regimes internacionais, bem como pela intensificação da diplomacia multilateral e pela interação transgovernamental, que pode opor contrapesos e limitar a ação dos Estados mais poderosos;

* Doutor em Direito, Professor Adjunto da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS).

d) pelo desenvolvimento de uma ordem militar global, onde se sobressai os Estados Unidos da América (EUA) como a grande potência mundial talvez jamais vista na história da humanidade ¹.

DE MASI menciona, ainda, as seguintes características da atual globalização²:

a) é voltada para o conhecimento e exploração progressivos do planeta;

b) é voltada para a instituição de novos mercados;

c) é voltada para a colonização (militar, econômica, política ou ainda culturalmente) de outros povos;

d) apresenta uma progressiva facilitação de intercâmbio de bens, idéias e mercadorias;

e) torna padronizados gostos, hábitos e padrões culturais (o que, poderia se acrescentar, em contrapartida, gera em muitas regiões e/ou grupos, o xenofobismo, o repúdio à diferença, ao outro);

f) torna mundiais os desejos, os medos e os perigos à humanidade e ao planeta.

A globalização, entendida no seu aspecto econômico, pode ser caracterizada como um processo de aceleração capitalista em um ritmo de intensidade como talvez nunca se tenha presenciado na sua história. Nesse contexto, está associada a uma revolução nos métodos de produção e a uma modificação na divisão internacional do trabalho, tornando o capital móbil e desregulamentado. Associa-se, também, a um processo de hiper-intensificação da concorrência capitalista que, com a aproximação cada vez mais intensa entre a racionalidade econômica e a racionalidade técnico-científica, eleva o capital a uma posição cada vez mais hegemônica³.

No seu aspecto político, o fenômeno da globalização vem afetando significativamente a instrumentalidade das ações governamentais centradas na idéia de soberania. Na concepção clássica de soberania nacional, o Estado tinha controle sobre o seu

¹ Vide HELD, David. Democracia, o Estado-Nação e o sistema global. **Lua Nova**, São Paulo, n. 23, mar. 1991, p. 156.

² DE MASI, Domenico. **O Futuro do trabalho**: fadiga e ócio na sociedade pós-industrial. Brasília: Unb, 1999, p. 186-191.

³ Vide SANTOS, Laymert Garcia dos. Tecnologia, perda do humano e a crise do sujeito do direito. In OLIVEIRA, Francisco de, PAOLI, Maria Célia (org.) **Os sentidos da democracia**: políticas do dissenso e hegemonia global. Petrópolis, RJ: Vozes; Brasília: NEDIC, 1999, p. 291-294.

próprio destino, sobre suas estratégias políticas, econômicas e jurídicas. No entanto, essa idéia de um país soberano, com uma comunidade que se autogoverna e se autodetermina é hoje questionada pelas crescentes interconexões globais, que forçam o acirramento da competitividade internacional na mais pura lógica de otimização do lucro e, assim, o retrocesso (“nivelamento por baixo”) das conquistas sociais (*dumping* social)⁴. CASTELLS, por exemplo, aponta como característica da globalização uma interdependência mundial no setor produtivo, em que países “emergentes” atuam como produtores subcontratados ao produzirem serviços altamente especializados, com excelente padrão de qualidade, mas recebendo salários bastante inferiores aos pagos nos mercados dos países desenvolvidos⁵.

No que diz respeito ao Direito, para ROTH, a globalização está conduzindo para uma fragmentação das instâncias legitimadas a promulgar regras. O Estado, enquanto instância central da regulação, estaria superado por instâncias e pretensões legitimadoras de nível superior (organismos internacionais como o FMI) e de nível inferior de caráter não necessariamente público (tal como empresas transnacionais)⁶.

Ainda, a interdependência econômica e financeira crescente dos países, bem como a complexidade de problemas com implicações transnacionais (como o meio ambiente, o tráfico de drogas etc.) levaram à impossibilidade da produção e aplicação central das regras jurídicas e, conseqüentemente, a uma crise do direito estatal. O Estado estaria perdendo a pretensão na detenção do monopólio de promulgar regras. A internacionalização e a maior mobilidade empresarial e produtiva permitiriam às empresas “jogar” de forma fácil e eficiente com as diferentes legislações nacionais. Assim, cada Estado teria que levar em conta a situação internacional para promulgar leis nacionais, sob pena de perder a competitividade no cenário global.

⁴ Vide HELD, David. Democracia, o Estado-Nação e o sistema global. **Lua Nova**, São Paulo, n. 23, mar. 1991, p. 150-154.

⁵ Vide CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**. 6. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2002, p. 297-304.

⁶ ROTH, André-Noel. O direito em crise: fim do estado Moderno? In FARIA, J. E. (org.). **Direito e globalização econômica**: implicações e perspectivas. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 16-19.

Dessa forma, verifica-se uma tendência de maior flexibilidade do direito estatal, tendendo este a perder seu caráter de monopólio regulador centralizado e a se dispersar em vários níveis de formulação. A legislação nacional, seguindo o modelo da legislação internacional, perderia seu caráter detalhista para limitar-se a uma regulação mais geral e flexível complementada por mecanismos privados de regulação jurídica⁷. Para RÜDIGER, o direito na era da globalização encaminha-se para obedecer estritamente às metas da competitividade e da operacionalidade, em detrimento de juízos de valores éticos. Em especial, o direito do trabalho sente este fenômeno, passando de uma regulação voltada a compensar desigualdades substanciais para outra flexível às oscilações da conjuntura econômica⁸.

Ainda segundo ROTH, esta evolução do direito estaria levando a um debilitamento das especificidades que diferenciam o Estado moderno da organização feudal, quais sejam:

a) a dissociação entre funções político-administrativas e a sociedade civil, em decorrência da complexificação e da internacionalização dos problemas sociais;

b) a dissociação entre poder político e poder econômico, que estaria sendo abalada em função da impossibilidade dos Estados nacionais concorrerem com as esferas de poder econômico de nível global;

c) e a dissociação entre público e privado, uma vez que no presente assiste-se a fenômenos de privatização da esfera pública e de publicização da esfera privada⁹.

Para o autor, essa situação poderia estar anunciando uma espécie de retorno à regulação social feudal, ou “neofeudalismo”,

⁷ Vide ROTH, André-Noel. O direito em crise: fim do Estado moderno? In FARIA, J. E. (org.). **Direito e globalização econômica**: implicações e perspectivas. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 19-21.

⁸ Cf. RÜDIGER, Dorothee Susanne. Globalização econômica, descentralização produtiva e direitos fundamentais dos trabalhadores. In RÜDIGER, Dorothee Susanne. **Tendências do direito do trabalho para o século XXI**. São Paulo: LTr, 1999, p.19.

⁹ Vide ROTH, André-Noel. O direito em crise: fim do Estado moderno? In FARIA, J. E. (org.). **Direito e globalização econômica**: implicações e perspectivas. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 25.

caracterizado pela multiplicação das instâncias de regulação social de caráter mais ou menos particularista¹⁰.

Embora uma leitura otimista dessa situação pudesse conduzir a uma emancipação social através da maior participação dos diversos segmentos sociais na auto-regulação, uma leitura mais pessimista levaria a uma dominação das diversas instâncias regulamentadoras por elites políticas e econômicas. Uma vez que os diversos segmentos interessados em um eventual processo de negociação auto-regulador não estariam colocados em igualdade de condições de participação, alguns grupos imporiam suas necessidades sobre os demais.

Por fim, no aspecto social, a globalização vem impondo às diversas comunidades mundiais a prática do dumping social. Em uma economia globalizada, o dumping social é utilizado como argumento em prol da competitividade dos países, sejam centrais ou periféricos. Trata-se de um argumento bastante controverso: para uns, a liberalização do comércio internacional traria uma competição desleal com países em que a proteção aos direitos sociais é pequena e, portanto, distorcendo as regras de mercado; para outros, o incremento dos níveis de proteção social elevaria custos ao ponto da perda da competitividade. No geral, o que se vem observando é um abalo aos direitos sociais (em especial, os trabalhistas) historicamente consagrados ao longo do século XX.

GARCIA RICO contesta os argumentos que estimulam a prática do dumping social. Para a autora, o custo final de um produto é mensurado por uma infinidade de fatores, dentre os quais o custo do trabalho não é o mais significativo. Índices de produtividade, padrão tecnológico, infra-estrutura existente, carga tributária e qualificação de mão-de-obra são outros tantos fatores que exercem uma grande pressão sobre o custo da produção. Além disso, segundo aponta, os mais diversos estudos internacionais sobre o tema apontam que o reconhecimento e o respeito dos direitos trabalhistas geram um efeito contrário à perda da competitividade. A abolição do trabalho infantil, por exemplo, gera maior absorção de mão-de-obra adulta (reduzindo o desemprego e aumentando a produtividade) e propiciaria tempo para que os jovens

¹⁰ Vide ROTH, André-Noel. O direito em crise: fim do Estado moderno? In FARIA, J. E. (org.). **Direito e globalização econômica**: implicações e perspectivas. São Paulo: Malheiros, 1996, p.24-27.

freqüentassem o sistema educacional e, assim, incorporassem novos conhecimentos. Isso traria maiores condições de desenvolvimento de pesquisas e maior qualificação da mão-de-obra, com reflexos, pelo menos no médio prazo, na produtividade de um país. A proteção a outros direitos sociais, por exemplo, a liberdade sindical e de negociação coletiva, estimularia uma maior estabilidade econômica decorrente da diminuição de conflitos laborais. Em suma, segundo a autora, o investimento nos direitos sociais, no médio e longo prazo, retornaria através do incremento da produtividade e na redução dos custos em seguridade social¹¹.

2. GLOBALIZAÇÃO E O MUNDO DO TRABALHO

Como um dos atores mais significativos do mundo que se globaliza, destacam-se os oligopólios econômicos globais, grandes empresas e corporações espalhadas por todo o planeta. Segundo ENOQUE SANTOS, mais da metade das cem maiores economias mundiais é representada por empresas, não por países; as vendas da General Motors, no mundo, ultrapassam, em valores, o PIB da Dinamarca; o mesmo ocorre com a Ford em relação à África do Sul e com a Toyota em relação à Noruega¹². Tais atores compõem a chamada economia global que, longe de se traduzir no conjunto das economias nacionais, escapa à compreensão destas e representa um conjunto bem definido de empresas e entidades financeiras com seus bens e mercados¹³. Caracteriza-se “[...] como um meio abstrato, delimitado por relações de dependência mútua de mercado, interligando um pequeno número de grandes companhias que, em uma determinada produção, chegam a adquirir e conservar

¹¹ Vide GARCIA RICO, Elena Del Mar. El *dumping* social y ambiental y la protección de los derechos sociales y económicos. ANNOMI, Danielle (org.). **Direitos Humanos & poder econômico**: conflitos e alianças. Curitiba: Juruá, 2005, p. 132-133.

¹² Cf. SANTOS, Enoque Ribeiro dos. Do Estado-nação ao Estado global: impactos econômicos, políticos e sociais. In RÜDIGER, Dorothee Susanne (org.). **Tendências do direito do trabalho para o século XXI**. São Paulo: LTr, 1999, p. 47.

¹³ Com esse mesmo raciocínio, BERNARDO defende a terminologia “empresas transnacionais” em detrimento de “multinacionais”; para o autor, os novos oligopólios globais não aglutinam fronteiras, mas formam novas, atuando “por cima” das fronteiras dos Estados. Vide BERNARDO, João. **Transnacionalização do capital e fragmentação dos trabalhadores**: ainda há lugar para os sindicatos? São Paulo: Boitempo editorial, 2000, p. 35-45.

a posição de concorrentes efetivos no plano mundial, dominando e maximizando seus lucros privados”¹⁴.

A empresa global atua em uma lógica operacional mundial, preferindo investimentos em marcas, patentes e *marketing* sobre a construção de fábricas, estas de difícil mobilidade. Na esteira dos novos meios de organização da produção em moldes flexíveis, busca-se a estruturação horizontal enxuta e a terceirização da produção em escala global. Sua grande mobilidade, dessa forma, escapa aos controles políticos nacionais, permitindo que se instalem onde houver condições mais favoráveis (incentivos fiscais, lugares estratégicos, infra-estrutura apropriada, baixo custo e qualificação da mão-de-obra etc.), descomprometendo-se completamente com a questão social dos Estados. Escapam, igualmente, ao poder de barganha dos movimentos sindicais, ainda organizados em bases nacionais, o que parece consolidar um processo gradativo de exclusão global¹⁵.

O mundo do trabalho, portanto, sofre com essas configurações. Para BERNARDO, o capitalismo globalizado (ou transnacionalização do capital) caracteriza-se fundamentalmente pelo fortalecimento dos agentes econômicos (capital transnacional), “quebrando” o equilíbrio de forças sociais que configurou a política e a economia – e sustentou o conhecido desenvolvimento das conquistas sociais – em grande parte do século XX. E, para o autor, o fortalecimento do capital implica, necessariamente, no enfraquecimento dos demais atores sociais até então relevantes (Estado e trabalho). Segundo a sua visão, “uma classe fortalece-se quanto mais coesa está” e isso é tanto mais possível quanto maior a fragmentação das demais classes que deveriam figurar neste equilíbrio de forças. Essa ótica explicaria o motivo pelo qual ao longo do século XX a lógica econômica pôde incorporar variáveis da

¹⁴ SILVA, César A. S. **Reformas econômicas no ordenamento jurídico no contexto da globalização e do neoliberalismo**. 1998. 141 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Curso de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, p. 16.

¹⁵ Sobre o tema, vide KAPSTEIN, Ethan B. *apud* BEYNOM, Huw. Globalização, neoliberalismo e direitos dos trabalhadores no Reino Unido. In OLIVEIRA, Francisco de, PAOLI, Maria Célia (org.) **Os Sentidos da Democracia: políticas do dissenso e hegemonia global**. Petrópolis, RJ: Vozes; Brasília: NEDIC, 1999, p. 265; BENAKOUCHE, Rabah. Globalização ou pax americana? In ARRUDA JUNIOR, E. L. e RAMOS, A. (orgs.). **Globalização, neoliberalismo e o mundo do trabalho**. Curitiba: IBEJ, 1998, p.10.

lógica social (pacto fordista firmado durante o capitalismo organizado¹⁶) em um período em que o capital encontrava-se debilitado em virtude das graves crises de acumulação (duas guerras mundiais, crise de 1929, Revolução Russa de 1917) e o trabalho encontrava-se em um grande grau de coesão, tendo em vista a difusão do sindicalismo e a consolidação das grandes ideologias de esquerda. Também auxiliaria na explicação do motivo pelo qual os trabalhadores ainda encontram obstáculos em termos de organização transnacional e coesão de ação nos tempos atuais. Resumidamente, o autor visualiza pelo menos dois grandes problemas que o sindicalismo atual não consegue ultrapassar para alcançar a sua “transnacionalização de reivindicações e ações”:

a) a insistência em pensar e discutir as questões sociais, políticas e econômicas com base em soluções “nacionalistas”, o que para o autor não é mais possível diante da transnacionalização do capital e da economia; e

b) a dificuldade em incorporar o combate ao racismo como também uma questão de classe, em muito originado pela concorrência de mão-de-obra externa (de outros países ou mesmo de outras regiões de um mesmo país) que tem como um dos panos de fundo o aumento do desemprego e das assimetrias de colocação no mercado de trabalho provocadas pela atual estruturação da organização produtiva¹⁷.

As organizações de trabalhadores, ainda em bases nacionais, não apresentam a mesma mobilidade caracterizadora do capital global. São, portanto, “alvos fáceis” dos seus efeitos, bem como da ampliação e da desregulação da concorrência. Conforme aponta CASTELLS, “o novo modelo de produção e administração global equivale à integração simultânea do processo de trabalho e à

¹⁶ Vide DORNELES, Leandro do Amaral d. de Dorneles. **A transformação do direito do trabalho**: da lógica da preservação à lógica da flexibilidade. São Paulo: LTr, 2002.

¹⁷ Para o autor, não é por outro motivo que, por exemplo, a livre circulação de mão-de-obra não avança na mesma proporção da livre circulação de bens e de capitais propiciada pela globalização, pois enfrenta barreiras várias: os trabalhadores vêm na migração de mão-de-obra aumento de concorrência e desemprego; o Estado vê no mesmo fenômeno a multiplicação e a incorporação de novas demandas sociais; e o capital visualiza a livre circulação de idéias e ações que poderiam fortalecer a ação sindical. Vide BERNARDO, João. **Transnacionalização do capital e fragmentação dos trabalhadores**: ainda há lugar para os sindicatos? São Paulo: Boitempo editorial, 2000, p. 47-59.

desintegração da força de trabalho”¹⁸. Segundo MATTOSO, este processo acaba por consolidar um conjunto de inseguranças – no trabalho, no emprego, na renda, na contratação e na representação do trabalho – que se traduzem em uma verdadeira desordem do trabalho¹⁹.

Além disso, a hegemonia da empresa transnacional e a competitividade predatória característica do capitalismo globalizado impõem, a todos os países, os padrões de gerenciamento produtivo flexível, mas adequados às oscilações econômicas e à necessidade de redução constante de custos. Ocorre que tais métodos de gerenciamento são, em alguns aspectos, conflitantes com os direitos sociais consagrados ao longo da sociedade industrial, disseminando a desconstrução de muitas das garantias trabalhistas preteritamente reconhecidas pelo direito do trabalho²⁰. Eis alguns exemplos:

a) a lógica tipicamente fordista (*just in case*) aos poucos cede espaço à lógica da acumulação flexível (*just in time*), e a perspectiva de produção estável e previamente planejada (rigidez produtiva) torna-se cada vez mais uma técnica ultrapassada. Na acumulação flexível, a produção bem sucedida deve lidar com o mais próximo possível do “estoque zero”, adequando-se pontualmente às flutuações inerentes a qualquer mercado de consumo. Assim, diante da flexibilidade produtiva, cresce o universo de trabalhadores com inserção precária na produção – trabalhos temporários, jornadas flexíveis e tempo parcial;

b) a fábrica fordista – rigidamente hierarquizada, com o cume exercendo controle último sobre todas as etapas da cadeia produtiva – aos poucos vai sendo substituída pela fábrica mínima ou enxuta.

¹⁸ CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**. 6. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2002, p.304.

¹⁹ MATTOSO, J. E. L. Globalização, neoliberalismo e flexibilização. In ARRUDA JUNIOR, E. L. e RAMOS, A. (orgs.). **Globalização, neoliberalismo e o mundo do trabalho**. Curitiba: IBEJ, 1998, p. 40-43.

²⁰ RÜDIGER, Dorothee Susanne. Globalização econômica, descentralização produtiva e direitos fundamentais dos trabalhadores. In RÜDIGER, Dorothee Susanne. **Tendências do direito do trabalho para o século XXI**. São Paulo: LTr, 1999, p. 21. É o que APPELBAUM chama de “declínio da relação padrão de emprego” (*decline of the standard employment relationship*). Vide. APPELBAUM, Eileen. Transformation of work and employment and new insecurities. In AUER, Peter, GAZIER, Bernard (eds.). **The future of work, employment and social protection: the dynamics of change and the protection of workers**. Geneva: International institute for labour studies, ILO, 2002, v. II, p. 21-24.

Esta busca concentrar seus esforços e estrutura naquelas etapas da cadeia produtiva tidas como realmente indispensáveis para a consecução do fim empresarial (em especial, manipulação da informação). Nesta estrutura básica, eliminam-se cadeias de comando e se delega mais autonomia aos seus trabalhadores, fenômeno que tem nos Círculos de Controle de Qualidade um bom exemplo. As demais atividades são delegadas a terceiros, fomentando outras facetas do processo de precarização das relações de trabalho: a informalização e a subcontratação.

Diante desta nova estrutura produtiva, o que se percebe é um processo de polarização do mundo do trabalho, com o surgimento de Infra ou subclasses sociais. A noção de classe social remonta a um agrupamento de pessoas que se identificam a partir da posição e papel que têm em torno da produção (capital e trabalho). As subclasses sociais ainda têm sua estruturação estabelecida a partir de sua inserção no espaço da produção, mas seu papel é secundário, sua mobilidade é descendente e suas condições de trabalho são extremamente precárias²¹.

Observe-se que o processo de precarização não se restringe aos trabalhadores menos qualificados. DEAKIN, ao abordar as conseqüências no mundo do trabalho advindas após o conjunto de transformações sócio-político-econômicas desde a década de 70, aponta que atualmente institucionaliza-se entre a tradicional “divisão binária” (trabalho autônomo – não é subordinado e assume os riscos de sua atividade – e subordinado – subordina-se em troca de proteção jurídica) uma “zona cinzenta” composta de trabalhadores nem tanto subordinados, nem tanto autônomos (aderem às regras e exigências da organização empresarial, ao mesmo tempo em que assumem riscos de seu próprio negócio). A maioria desses trabalhadores que formam a “zona cinzenta” encontra-se nos setores de produção de alta tecnologia e, usualmente, são

²¹ FÉLIX TEZANOS, José. Transformaciones en la estructura de clases en la sociedad tecnologica avanzada. **El Socialismo del Futuro: el futuro del trabajo** – Revista de Debate Politico, Madrid, n. 6, dic. 1992, p. 67; SANTOS, B. de Souza. Reinventar a democracia: entre o pré-contratualismo e o pós-contratualismo. In OLIVEIRA, Francisco de, PAOLI, Maria Célia (org.) **Os Sentidos da Democracia: políticas do dissenso e hegemonia global**. Petrópolis, RJ: Vozes; Brasília: NEDIC, 1999, p. 95-96.

chamados de “para-subordinados” (ou “autônomos dependentes”)²². Não é demais lembrar que a para-subordinação ainda é um elemento não tipificado por grande parte das legislações trabalhistas, dificultando a incidência da proteção típica do Direito do Trabalho. Além disso, para estes trabalhadores qualificados, a grande velocidade das mudanças tecnológicas trás à tona a necessidade da “empregabilidade” como imperativo de permanência estável na dinâmica produtiva.

3. A GLOBALIZAÇÃO SOB A PERSPECTIVA DA OIT

Para a OIT, a globalização é um fenômeno complexo, cujos efeitos são potencialmente de grande alcance. Objeto de grandes polêmicas, a globalização para alguns é vista como um grande potencial emancipatório e, para outros, como a fonte das principais mazelas do mundo contemporâneo²³.

De forma mais específica, ainda segundo a OIT, a globalização pode ser identificada pela liberalização do comércio internacional, pela expansão dos investimentos estrangeiros diretos e pelo aparecimento de fluxos financeiros massivos transfronteiriços. Somando-se a estes fatores, estão as decisões das economias nacionais em reduzir barreiras para produtos externos, e o grande desenvolvimento das tecnologias, especialmente de informação e de comunicação.

Essa última característica é apontada como um dos grandes diferenciais do atual processo de globalização, uma vez que permitiu reduzir as fronteiras, os espaços e os tempos de forma sem precedentes na história da humanidade²⁴. Para a OIT,

²² Vide DEAKIN, Simon. The evolution of the employment relationship. In AUER, Peter, GAZIER, Bernard (eds.). **The future of work, employment and social protection: the dynamics of change and the protection of workers**. Geneva: International institute for labour studies, ILO, 2002, p. 195-199.

²³ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Comisión Mundial para la Dimensión Social de la Globalización. **Por una globalización justa: crear oportunidades para todos**. Disponível em: <<http://www.oit.org>>. Acesso em: 15 jan. 2004, p. 27.

²⁴ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Comisión Mundial para la Dimensión Social de la Globalización. **Por una globalización justa: crear oportunidades para todos**. Disponível em: <<http://www.oit.org>>. Acesso em: 15 jan. 2004, p. 27.

Na economia global e na sociedade da informação dos dias atuais, o conhecimento e a informação são as chaves da inclusão social e da produtividade [...].

[...]

A capacidade tecnológica é crucial. Os países necessitam de uma infra-estrutura de meios de comunicação e um sistema de produção que possam processar e utilizar a informação para o desenvolvimento, e as pessoas devem ter acesso ao conhecimento e à capacidade para utilizá-lo com o fim de participarem, aproveitarem e serem criativas no novo contexto tecnológico. Isso faz com que a educação e as qualificações sejam o aspecto central de uma globalização justa e integradora²⁵.

As novas tecnologias têm sua origem, na maior parte, dos países industrializados do norte e, assim, desequilibra, ainda mais, as relações de poder em escala global, tornando os países em desenvolvimento e subdesenvolvidos (especialmente do sul) verdadeiros reféns das empresas e países detentores do conhecimento²⁶.

A difusão das novas tecnologias e sua aplicação no sistema produtivo também tem repercutido profundamente na competitividade das empresas, na demanda por mão-de-obra, na organização do trabalho e na natureza do contrato de trabalho. Segundo a OIT, “[...] a forma mais direta pela qual a globalização afeta a vida das pessoas é através do trabalho e do emprego”²⁷.

²⁵ In: ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Comisión Mundial para la Dimensión Social de la Globalización. **Por una globalización justa:** crear oportunidades para todos. Disponível em: <<http://www.oit.org>>. Acesso em: 15 jan. 2004, p. 120.

²⁶ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Comisión Mundial para la Dimensión Social de la Globalización. **Por una globalización justa:** crear oportunidades para todos. Disponível em: <<http://www.oit.org>>. Acesso em: 15 jan. 2004, p. 33.

²⁷ No original: “La forma más directa en que la globalización afecta a la gente es a través del trabajo y el empleo”. Cf. ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Comisión Mundial para la Dimensión Social de la Globalización. **Por una globalización justa:** crear oportunidades para todos. Disponível em: <<http://www.oit.org>>. Acesso em: 15 jan. 2004, p. 69.

Surtem sistemas globais de produção, especialmente nos setores de alta tecnologia e de bens de consumo que requerem mão-de-obra intensiva. Tratam-se de sistemas produtivos que operam por intermédio de uma cadeia de empresas espalhadas em todo o mundo e que, muitas vezes, têm em sua base um conjunto de trabalhadores que operam fora do mercado formal de trabalho, subcontratados e trabalhadores a domicílio. No “topo” da cadeia, estão as empresas “mentoras” do produto, cuja função essencial é o seu desenho e controle de qualidade. Para a fabricação, subcontratam empresas locais em países em desenvolvimento, onde (em regra) os custos com força de trabalho, com infra-estrutura ou mesmo com tributos (estes decorrentes de isenções para atrair investimentos estrangeiros) são menores. Essa cadeia produtiva global tem como força motriz a flexibilidade produtiva para se adaptar às flutuações do mercado²⁸.

Se for verdade que tais empresas auxiliam a promover certo estímulo para a indústria local – através das subcontratadas – ao mesmo tempo, impedem o fortalecimento autônomo e um maior crescimento de indústrias locais, ao monopolizarem o mercado global. Além disso, os países em desenvolvimento, para atrair as empresas multinacionais, muitas vezes flexibilizam suas legislações tributária, trabalhista e ambiental, o que pode auxiliar no agravamento das questões sociais e ambientais²⁹. Para a OIT, este papel que até então vem sendo desempenhado pelas empresas multinacionais vai de encontro a sua função e responsabilidade social.

Assim, em suas análises da situação do mundo do trabalho contemporâneo, a OIT não tem visualizado perspectiva de melhoras. Segundo suas pesquisas, a taxa de desemprego mundial, de 1993 a 2003, vem anualmente crescendo, chegando a 185,9 milhões de pessoas, em contraposição aos 140,5 milhões de 1993. Conjuntamente ao aumento do desemprego, as economias mundiais

²⁸ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Comisión Mundial para la Dimensión Social de la Globalización. **Por una globalización justa:** crear oportunidades para todos. Disponível em: <<http://www.oit.org>>. Acesso em: 15 jan. 2004, p. 35-37.

²⁹ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Comisión Mundial para la Dimensión Social de la Globalización. **Por una globalización justa:** crear oportunidades para todos. Disponível em: <<http://www.oit.org>>. Acesso em: 15 jan. 2004, p. 95.

– em especial a dos países em desenvolvimento – vêm apresentando um crescimento do mercado informal e de trabalhadores miseráveis (grupo que inclui os subempregados). Segundo estimativa da OIT sobre o trabalho miserável, em 2003, 550 milhões de trabalhadores recebiam valor equivalente ou inferior a \$1,00 dólar por dia de trabalho.

Esse dado revela que o objetivo traçado pelas Nações Unidas está cada vez mais distante. Nos dias 6 e 8 de setembro de 2000, representantes de 191 países aprovaram a Declaração do Milênio, que traça objetivos sociais, econômicos e ambientais a serem alcançadas através de um esforço de toda a comunidade internacional para este milênio. Dentre os objetivos, estão:

- a) a erradicação da miséria e da fome;
- b) a universalização do ensino básico;
- c) a promoção da igualdade entre os sexos;
- d) a redução da mortalidade infantil;
- e) a melhoria da saúde materna;
- f) o combate à malária, à AIDS e a outras doenças;
- g) a garantia da sustentabilidade ambiental;
- h) o estabelecimento de uma aliança mundial para o desenvolvimento.

No que diz respeito à erradicação da pobreza e da fome, foram estabelecidas as seguintes metas para 2015: a redução pela metade do número de pessoas que têm renda de até um dólar ao dia e que passa fome³⁰.

As regiões mais pobres, como se poderia esperar, são as que mais sentem o problema do desemprego: enquanto a taxa de desemprego mundial média foi, em 2003, de 6,2% da população economicamente ativa, a América Latina e Caribe apresentaram uma taxa ao redor de 8%; o Norte da África e o Oriente Médio, 12,2%; e a África Sub-sahariana, 10,9%³¹.

Em contraposição a estes dados, a economia mundial apresentou sinais de melhora, ao menos desde a última grande crise de 2001. Em 2003, por exemplo, a taxa média de crescimento

³⁰ Vide NAÇÕES UNIDAS. **Declaração do Milênio**. Disponível em: <http://www.pnud.org.br/odm/odm_vermelho.php#>. Acesso em: 21 set. 2004.

³¹ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. **Tendencias mundiales del empleo**. Ginebra: Oficina Internacional del trabajo, 2004. Disponível em: <<http://www.oit.org>>. Acesso em: 15 jan. 2004, p. 1.

econômico mundial foi de 3,2 %, superior à taxa de 2002 (3%) e 2001 (2,3%)³². Essa melhora econômica não tem sido, no entanto, suficiente para minimizar o problema do desemprego, como visto. O que se percebe, a partir destes dados, é a utilização de um modelo econômico incapaz de gerar empregos. Segundo a OIT, “A persistência de um crescimento que não crie empregos constituirá uma ameaça para o crescimento futuro. Nenhum país pode suportar por muito tempo um desemprego crescente, pois a contração da demanda acaba limitando o crescimento econômico”³³. Ainda, outro problema do atual modelo de desenvolvimento é a exclusão dos jovens³⁴, apontado como um grande problema, pois “quando não se aproveita o grande potencial dos jovens, não apenas se incorre em desperdício, mas também se põe em perigo a própria prosperidade futura. [...] Se não for resolvido este problema, as conseqüências no longo prazo para o desenvolvimento serão desastrosas”³⁵. Para a OIT, apenas quando o trabalho decente constituir o centro da política econômica e social dos diversos países, será dado o primeiro passo para a reversão do quadro apresentado³⁶.

As perspectivas para o mundo do trabalho nos próximos anos, portanto, não são as mais otimistas para a OIT. Na região que abrange a América Latina e o Caribe³⁷, por exemplo, segundo

³² ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. **Tendencias mundiales del empleo**. Ginebra: Oficina Internacional del trabajo, 2004. Disponível em: <<http://www.oit.org>>. Acesso em: 15 jan. 2004, p. 3.

³³ In ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. **Tendencias mundiales del empleo**. Ginebra: Oficina Internacional del trabajo, 2004. Disponível em: <<http://www.oit.org>>. Acesso em: 15 jan. 2004, p. 5.

³⁴ Em 2003, por exemplo, na região da América Latina e do Caribe, enquanto a taxa de desemprego média foi de 8%, a taxa de desemprego entre os jovens chegou a 16,6%. In ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. **Tendencias mundiales del empleo**. Ginebra: Oficina Internacional del trabajo, 2004. Disponível em: <<http://www.oit.org>>. Acesso em: 15 jan. 2004, p. 5.

³⁵ In ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. **Tendencias mundiales del empleo**. Ginebra: Oficina Internacional del trabajo, 2004. Disponível em: <<http://www.oit.org>>. Acesso em: 15 jan. 2004, p. 5.

³⁶ In ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. **Tendencias mundiales del empleo**. Ginebra: Oficina Internacional del trabajo, 2004. Disponível em: <<http://www.oit.org>>. Acesso em: 15 jan. 2004, p. 5.

³⁷ Anguilla; Antígua e Barbuda; Aruba; Bahamas; Barbados; Bermudas; Ilhas Virgens Britânicas; Ilhas Caiman; Cuba; Dominica; República Dominicana; Granada; Guadalupe; Guiana; Haiti; Jamaica; Martinica; Monte Serrat; Antilhas Holandesas; Porto Rico; São Cristóvão Névis; Santa Lucía; São Vicente e Granadinas; Suriname; Trinidad e Tobago; Turks e Caicos; Ilhas Virgens Norteamericanas; Belize; Costa

estimativas, até 2015, a população economicamente ativa crescerá 1,7% ao ano; neste ritmo, seria necessário um crescimento econômico médio de 7% ao ano, apenas para a absorção desta nova mão-de-obra (ou seja, desconsiderando o desemprego atual), bem acima da média de crescimento médio dos últimos dez anos (1993-2003), que ficou ao redor de 2% ao ano³⁸.

4. A PROPOSTA DA OIT PARA UMA GLOBALIZAÇÃO DO TRABALHO DECENTE

Segundo a OIT, o atual processo de globalização não pode continuar. Tal como vem se desenvolvendo atualmente, poucas são as pessoas que têm acesso aos seus benefícios³⁹; ou mesmo, poucos são aqueles que participam e influenciam esse processo:

Buscamos um processo que seja justo e que brinde a todos os homens e mulheres os direitos, as oportunidades e a capacidade que necessitam para tomar as suas próprias decisões e viver uma vida digna.

Rica; El Salvador; Guatemala; Honduras; México; Nicaragua; Panamá; Argentina; Bolívia; Brasil; Chile; Colômbia; Equador; Ilhas Malvinas (Falkland); Guiana Francesa; Paraguai; Perú; Uruguai; Venezuela. In ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. **Tendencias mundiales del empleo**. Ginebra: Oficina Internacional del trabajo, 2004. Disponível em: <<http://www.oit.org>>. Acesso em: 15 jan. 2004.

³⁸ In ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. **Tendencias mundiales del empleo**. Ginebra: Oficina Internacional del trabajo, 2004. Disponível em: <<http://www.oit.org>>. Acesso em: 15 jan. 2004, p. 8.

³⁹ Conforme os dados coletados e divulgados pela OIT, de 1990 para cá houve uma redução do número de pessoas que vivem abaixo da linha da pobreza no mundo. No entanto, conforme a sua análise, estes dados devem ser vistos com cuidado: na sua maior parte, a redução da pobreza ocorreu na China e na Índia, os países que possuem 38% da população mundial e, segundo a OIT, que têm conseguido aproveitar as potencialidades da globalização. Nas demais regiões, no mesmo período, o que se observou foi o aumento do desemprego e do setor informal e, conseqüentemente, uma diminuição da renda média dos trabalhadores. Conclui a OIT, com base nestes dados, que, se é verdade que a redução da pobreza deve ser celebrada, não se pode esquecer que a grande maioria dos países não está compartilhando destes resultados e, assim, a riqueza e os benefícios trazidos pela globalização acabam sendo concentrados em poucos países, aumentando a desigualdade internacional. Vide ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Comisión Mundial para la Dimensión Social de la Globalización. **Por una globalización justa**: crear oportunidades para todos. Disponível em: <<http://www.oit.org>>. Acesso em: 15 jan. 2004, p. 44-50.

Reafirmamos a vigência de certos valores e a importância dos direitos humanos na hora de orientar a governança da globalização e de definir as responsabilidades de seus atores⁴⁰.

Conforme a OIT, embora o desemprego, a pobreza e a carência do trabalho decente sejam fenômenos anteriores ao processo de globalização, este acabou por acelerá-los e estabelecer novas mazelas. Nessa perspectiva, a globalização vem ameaçando os modos de vida tradicionais e as comunidades locais, a sustentabilidade ambiental, a diversidade cultural e a igualdade entre os povos. É bem verdade que a globalização trouxe a abertura de mercados, facilitou o intercâmbio de bens e idéias, propiciou uma revolução tecnológica (especialmente no setor de comunicações) sem precedentes e, com isso, permitiu o florescimento de uma consciência global acerca da proteção dos direitos humanos. No entanto, estes benefícios, pelo menos até o presente momento, são estendidos a poucos, sendo o atual processo de globalização ainda excludente⁴¹.

“A globalização implica transformações na estrutura econômica, nos preços relativos e nas possibilidades e tendências de consumo que, por sua vez, afetam o trabalho, o meio de vida e os ingressos das pessoas”⁴². No mundo do trabalho, segundo a OIT, observam-se prejuízos significativos a alguns grupos de trabalhadores, que vêm sendo prejudicados com a piora das condições de trabalho e de renda. Esse fenômeno não se restringe apenas aos trabalhadores desqualificados, como se pode observar a partir da subcontratação de profissionais altamente especializados. E, neste contexto, observa-se o fortalecimento de grupos

⁴⁰ In ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Comisión Mundial para la Dimensión Social de la Globalización. **Por una globalización justa:** crear oportunidades para todos. Disponível em: <<http://www.oit.org>>. Acesso em: 15 jan. 2004, p.2.

⁴¹ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Comisión Mundial para la Dimensión Social de la Globalización. **Por una globalización justa:** crear oportunidades para todos. Disponível em: <<http://www.oit.org>>. Acesso em: 15 jan. 2004, p. 3.

⁴² In ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Comisión Mundial para la Dimensión Social de la Globalización. **Por una globalización justa:** crear oportunidades para todos. Disponível em:<<http://www.oit.org>>. Acesso em: 15 jan. 2004, p. 50.

multinacionais e de empresas privadas em detrimento do poder do movimento sindical, diminuindo os focos de resistência ao processo de degradação das condições de trabalho. Ainda, a posição submissa dos países mais pobres em relação às exigências para atrair o investimento estrangeiro está debilitando as políticas sociais em áreas como educação, saúde e previdência, agravando ainda mais a desigualdade social e o aumento da pobreza. A manutenção e ampliação dos gastos com políticas sociais, no entanto, constitui um dos fatores fundamentais para que os benefícios da globalização sejam mais eqüitativamente distribuídos, o que constitui um dos tantos paradoxos do atual processo de globalização⁴³.

Contrária a este atual processo de globalização, a OIT defende um outro modelo, “[...] um processo de globalização cuja prioridade sejam as pessoas, que respeite a dignidade humana e que considere todos os seres humanos como iguais”⁴⁴. Os aspectos fundamentais dessa dimensão social da globalização seriam:

4. 1. Um compromisso internacional em torno de valores básicos e universalmente compartilhados

Segundo a OIT, o primeiro passo para uma “contra-tendência” ao atual processo de globalização seria o estabelecimento de valores universalmente compartilhados por todos os sujeitos da globalização – Estados, instituições internacionais, indivíduos, comunidades, organizações sociais, mídia e, especialmente, agentes econômicos – de forma que cada um deles assuma responsabilidades individuais extraídas a partir do cumprimento das normas de direito internacional. Esse novo compromisso internacional deve assegurar a todos o acesso aos recursos básicos para uma existência com dignidade, entendendo-se como tal os

⁴³ In ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Comisión Mundial para la Dimensión Social de la Globalización. **Por una globalización justa**: crear oportunidades para todos. Disponível em: <<http://www.oit.org>>. Acesso em: 15 jan. 2004, p. 50-51.

⁴⁴ No original: “un proceso de globalización cuya prioridad sean las personas, que respete la dignidad humana y que considere a todos los seres humanos iguales”. ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Comisión Mundial para la Dimensión Social de la Globalización. **Por una globalización justa**: crear oportunidades para todos. Disponível em: <<http://www.oit.org>>. Acesso em: 15 jan. 2004, p.5.

direitos previstos da Declaração Universal de Direitos Humanos (1948).

Segundo a OIT, para avançar em direção a uma globalização baseada em valores, é preciso que as ações relativas a tais valores sejam coerentes por parte das distintas organizações internacionais, questão diretamente relacionada com a governança global⁴⁵. Sobre este ponto, reclama a OIT que as atuais instituições regulatórias do processo de globalização econômica não têm se detido a fundo sobre a questão das desigualdades entre e intra-países, uma vez que lhes falta um compromisso em estabelecer os “bens públicos globais”, que compreenderiam, por exemplo, o controle de enfermidades transmissíveis, a proteção ao meio ambiente, a seguridade social global e a promoção universal do trabalho decente⁴⁶. Para tanto, há que se exigir uma maior coerência entre os compromissos econômicos, sociais e ambientais.

Em especial, essa nova agenda social deve buscar um desenvolvimento sustentável, de forma a garantir o trabalho decente para todos. Nesse aspecto, frisa novamente a OIT a importância de “dar-se voz” aos excluídos e aos menos favorecidos:

Deveria fazer-se todo o possível para eliminar os obstáculos ao crescimento das organizações representativas dos trabalhadores e dos empregadores, e para garantir um diálogo social proveitoso entre eles; além disso, são necessárias medidas dinâmicas de promoção de organizações representativas dos pobres e dos grupos socialmente marginalizados⁴⁷.
[...] os marcos jurídicos apropriados, a liberdade sindical e de associação e as

⁴⁵ Cf. ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Comisión Mundial para la Dimensión Social de la Globalización. **Por una globalización justa:** crear oportunidades para todos. Disponível em: <<http://www.oit.org>>. Acesso em: 15 jan. 2004, p. 149-150.

⁴⁶ Cf. ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Comisión Mundial para la Dimensión Social de la Globalización. **Por una globalización justa:** crear oportunidades para todos. Disponível em: <<http://www.oit.org>>. Acesso em: 15 jan. 2004, p. 56 e 122.

⁴⁷ Cf. ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Comisión Mundial para la Dimensión Social de la Globalización. **Por una globalización justa:** crear oportunidades para todos. Disponível em: <<http://www.oit.org>>. Acesso em: 15 jan. 2004, p. 59.

instituições para o diálogo e para a negociação também são essenciais para proteger os direitos fundamentais dos trabalhadores, proporcionar proteção social e fomentar relações industriais sólidas⁴⁸.

Em outras palavras, um dos pontos-chave deste compromisso internacional seria o respeito aos direitos humanos e às liberdades públicas. Além dos documentos já consagrados de direitos fundamentais, tomam relevância, no que diz respeito ao mundo do trabalho e à promoção do trabalho decente, os seguintes:

- **CONSTITUIÇÃO DA OIT (1919)** – no seu preâmbulo, trás os seguintes princípios: a paz universal somente pode basear-se na *justiça social*; existem no mundo condições de trabalho que consagram tamanho grau de miséria e de injustiça para um grande número de seres humanos, que o descontentamento por esta situação representa uma ameaça à paz universal; a melhora destas condições de trabalho revela-se urgente, e isso se faz, por exemplo, com a *regulamentação das horas de trabalho*, a fixação de uma jornada máxima de trabalho e a fixação de uma carga horária semanal máxima de trabalho, com a luta contra o *desemprego* e o incentivo à contratação, com a garantia de um *salário vital adequado* à proteção do trabalhador contra as *enfermidades*, sejam ou não profissionais, e contra os *acidentes do trabalho*, com a proteção das *crianças e dos adolescentes*, com a proteção das *mulheres*, com pensões pagas na *velhice e na invalidez*, com a proteção dos interesses dos *trabalhadores no estrangeiro*, com o reconhecimento do princípio de *salário igual para um trabalho de igual valor* e do princípio da *liberdade sindical*, com a organização do *ensino profissional e técnico* e outras medidas análogas; se apenas uma nação não adotar um regime de trabalho realmente humano, esta omissão constituirá um obstáculo aos esforços das outras nações que desejam melhorar a sorte dos trabalhadores em seus próprios países (*dumping social*).

⁴⁸ Cf. ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Comisión Mundial para la Dimensión Social de la Globalización. **Por una globalización justa**: crear oportunidades para todos. Disponível em: <<http://www.oit.org>>. Acesso em: 15 jan. 2004, p. 60.

- **DECLARAÇÃO DE FILADÉLFIA (1944)** – trás os seguintes princípios: *o trabalho não é uma mercadoria; a liberdade de associação e de expressão é fundamental para o progresso constante; a pobreza, em qualquer lugar, constitui um perigo constante ao progresso de todos; a luta contra estas mazelas demanda um esforço conjunto dos países e da comunidade internacional, em que representantes dos trabalhadores e dos empregadores, conjuntamente com os representantes governamentais, em pé de igualdade, participem em discussões livres e em decisões de caráter democrático, com o fim de promover o bem-estar comum (caráter tripartite – concertação social); todos os seres humanos, sem distinção de raça, crença ou sexo, têm direito a perseguir seu bem-estar material e seu desenvolvimento espiritual em condições de liberdade e dignidade, de seguridade econômica e em igualdade de oportunidades; este deve ser o propósito das políticas nacionais e internacionais, inclusive das políticas econômicas, bem como o propósito de atuação da OIT; a OIT tem como obrigação solene fomentar políticas que permitam: (a) o pleno emprego e a elevação do nível de vida; (b) empregar os trabalhadores em ocupações em que os mesmos possam obter a sua satisfação e utilizar da melhor forma possível suas habilidades e conhecimentos e de contribuir ao máximo para o bem estar comum (trabalho útil individual e socialmente); (c) a adotar, em matéria de condições de trabalho, medidas destinadas a garantir a todos uma justa distribuição dos frutos advindos do progresso e um salário mínimo vital para todos os que tenham emprego e necessitem deste tipo de proteção; (d) buscar o reconhecimento efetivo do direito de negociação coletiva, da cooperação entre empregadores e trabalhadores para melhorar continuamente a eficiência na produção, bem como da colaboração entre trabalhadores e empregadores na preparação e aplicação de medidas sociais e econômicas (concertação social); (e) proteger adequadamente a vida e a saúde dos trabalhadores em todas as ocupações; (f) proteger a infância e a maternidade; a OIT ainda se compromete a oferecer colaboração a qualquer país ou organismo internacional no sentido de se: (a) implementar ações voltadas ao aumento da produção e do consumo, à redução das flutuações e crises econômicas, ao desenvolvimento econômico*

e social das *regiões menos desenvolvidas*; (b) assegurar *maior estabilidade nos preços mundiais de matérias-primas* (dumping social) e de produtos alimentícios básicos, bem como fomentar um comércio internacional considerável e de constante volume.

- **DECLARAÇÃO REFERENTE AOS PRINCÍPIOS E DIREITOS FUNDAMENTAIS DOS TRABALHADORES (1998)** - todos os Membros, ainda que não tenham ratificado as Convenções [fundamentais], têm um compromisso que deriva da sua mera condição de membro da Organização, de respeitar, promover e fazer realidade, de boa fé e em conformidade com a Constituição, os princípios relativos aos direitos fundamentais que são objeto destas Convenções, a saber: a) a liberdade de associação e a *liberdade sindical* e o reconhecimento efetivo do direito de negociação coletiva (Convenções 87 e 98); b) a eliminação de todas as formas de *trabalho forçado ou obrigatório* (Convenções 29 e 105); c) a abolição efetiva do *trabalho infantil* (Convenções 138 e 182); e d) a eliminação da *discriminação* em matéria de emprego e ocupação (Convenções 100 e 111).
- **DECLARAÇÃO TRIPARTITE DE PRINCÍPIOS SOBRE AS EMPRESAS MULTINACIONAIS E A POLÍTICA SOCIAL DA OIT (1977, revisada 2000)** – trás os seguintes princípios: as empresas multinacionais devem acatar os objetivos políticos adotados nos países em que operam, harmonizando suas ações com as *prioridades de desenvolvimento dos países*. De forma mais específica, tais objetivos giram em torno: (a) da promoção do emprego, valorizando a *mão-de-obra* e os *fornecedores locais*; (b) do *diálogo social* e, em especial, com as entidades representativas dos trabalhadores, de forma permanente, com o objetivo de promover a liberdade sindical e a negociação coletiva; (c) da difusão e aperfeiçoamento de *novas tecnologias adaptadas* às necessidades e especificidades locais; (d) do *respeito aos direitos trabalhistas*, em especial os retratados na DRPDFT; (e) da perseguição da *estabilidade no emprego*, obtida através da livre negociação; (f) da *divulgação prévia*, para entidades governamentais e representativas de trabalhadores, de ações empresariais que repercutam ou possam repercutir com impacto nos mercados de trabalho locais, tais como fusões,

incorporações, despedidas em massa ou cessação (parcial ou total) das atividades no país; (g) da cooperação com o poder público na implementação de programas de *qualificação profissional*; (h) da oferta de *condições de trabalho* nunca inferiores aos das empresas locais, no que diz à remuneração, duração e segurança do trabalho, bem como a quaisquer outras vantagens, e sempre visando à melhoria da condição social dos trabalhadores locais⁴⁹.

4. 2. Uma Governança Democrática da Globalização

Para a OIT, atual processo de globalização carece de uma governança democrática e capaz de contrapor o grande poder de alguns interesses privados:

Estes pontos débeis da governança global têm contribuído para a desigualdade da repercussão social e econômica da globalização. Isso se tem produzido através de dois canais principais. O primeiro é a criação de um sistema de regras da economia global que tem prejudicado aos interesses da maior parte dos países em desenvolvimento, especialmente, dos mais pobres. O segundo é a ausência de um conjunto coerente de políticas econômicas e sociais internacionais que permita desenhar um modelo de globalização que traga benefícios para todo o mundo⁵⁰.

Sendo assim, para a OIT, a globalização demanda uma governança democrática, que garanta a todos os seus atores voz e

⁴⁹ ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. Declaração Tripartite de Princípios sobre Empresas Multinacionais e Política Social. Disponível em: <<http://www.ilo.org/public/english/employment/multi/download/portuguese.pdf>>. Acesso em: 25 set. 2004.

⁵⁰ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Comisión Mundial para la Dimensión Social de la Globalización. **Por una globalización justa**: crear oportunidades para todos. Disponível em: <<http://www.oit.org>>. Acesso em: 15 jan. 2004, p. 86.

participação nos processos decisórios⁵¹. Para tanto, segundo a OIT, há que dar mais ênfase nas iniciativas das Nações Unidas e organizações conexas⁵². Tais organismos caracterizam-se pelo multilateralismo – fator cada vez mais fundamental diante das novas demandas globais – e por buscar, através de seus documentos e normas, a consagração de valores universais, de forma democrática. No entanto, para a OIT, este modelo de multilateralismo deve se adaptar à nova realidade global, deve fortalecer e priorizar as demandas dos países pobres⁵³, além de implementar mecanismos de acesso direto por parte das pessoas⁵⁴. Segundo dados apresentados, os países desenvolvidos, com aproximadamente 15% da população mundial, detêm 17% dos votos na ONU e 60% dos votos no Banco Mundial e no FMI⁵⁵. Em outras palavras, o sistema de governança global multilateral deve se adaptar a grande complexidade social advinda com a globalização, aprimorando a representação democrática, ampliando a responsabilidade dos seus representantes e implementando uma maior coerência entre as políticas sociais e econômicas⁵⁶.

⁵¹ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Comisión Mundial para la Dimensión Social de la Globalización. **Por una globalización justa**: crear oportunidades para todos. Disponível em: <<http://www.oit.org>>. Acesso em: 15 jan. 2004, p. 5-6.

⁵² ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Comisión Mundial para la Dimensión Social de la Globalización. **Por una globalización justa**: crear oportunidades para todos. Disponível em: <<http://www.oit.org>>. Acesso em: 15 jan. 2004, p. 146.

⁵³ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Comisión Mundial para la Dimensión Social de la Globalización. **Por una globalización justa**: crear oportunidades para todos. Disponível em: <<http://www.oit.org>>. Acesso em: 15 jan. 2004, p. 6-8.

⁵⁴ In ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Comisión Mundial para la Dimensión Social de la Globalización. **Por una globalización justa**: crear oportunidades para todos. Disponível em: <<http://www.oit.org>>. Acesso em: 15 jan. 2004, p. 128.

⁵⁵ In ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Comisión Mundial para la Dimensión Social de la Globalización. **Por una globalización justa**: crear oportunidades para todos. Disponível em: <<http://www.oit.org>>. Acesso em: 15 jan. 2004, p. 129.

⁵⁶ In ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Comisión Mundial para la Dimensión Social de la Globalización. **Por una globalización justa**: crear oportunidades para todos. Disponível em: <<http://www.oit.org>>. Acesso em: 15 jan. 2004, p. 128.

Mas a base democrática não se dá apenas por instituições sólidas no âmbito internacional. As ações e estratégias locais e nacionais também são extremamente importantes para a instituição de uma nova ordem econômica justa e solidária:

Para poder aproveitar as oportunidades da globalização e garantir que estas se distribuam de forma justa e geral entre os diferentes grupos que existem em cada nação, é necessário criar instituições políticas e jurídicas eficazes, capacidades econômicas e tecnológicas sólidas, e políticas que integrem objetivos econômicos e sociais⁵⁷.

Para a OIT, essa reestruturação política pelos Estados, embora não possa seguir uma fórmula universal por conta das diversas especificidades entre os países, deve seguir alguns princípios básicos, tais como a *democracia*, a *igualdade social*, o *respeito aos direitos humanos* e o *Estado de direito*.

Conforme relata a Instituição, não há um sistema de mercado justo sem um Estado atuante; da mesma forma, um Estado atuante pressupõe instituições internas fortes. Dar voz e atuar em conjunto com as comunidades locais, buscar condições de governabilidade e a consolidação de instituições internas sólidas e democráticas, implementar programas de ação visando reduzir as desigualdades e a pobreza, universalizar o acesso à educação⁵⁸, enfim, são estas algumas ações fundamentais que devem ser buscadas pelos Estados, com o propósito de fortalecê-los para atuarem como agentes ativos no processo de governança da globalização e de

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Comisión Mundial para la Dimensión Social de la Globalización. **Por una globalización justa**: crear oportunidades para todos. Disponível em: <<http://www.oit.org>>. Acesso em: 15 jan. 2004, p. 46.

⁵⁸ A educação, juntamente com a liberdade sindical, talvez sejam os dois aspectos mais frisados pela OIT como relevantes para redução da desigualdade. Cf. ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Comisión Mundial para la Dimensión Social de la Globalización. **Por una globalización justa**: crear oportunidades para todos. Disponível em: <<http://www.oit.org>>. Acesso em: 15 jan. 2004, p. 67-69.

busca da igualdade e da solidariedade global⁵⁹. Para tanto, o combate à corrupção é um ponto central para um governo eficaz⁶⁰.

Outra questão que deve estar na pauta de um governo democrático e social é a regulação de mercado. Cabe ao Estado garantir um funcionamento eficaz e equitativo da economia de mercado. Para tanto, deve se valer de instituições voltadas para fortalecer o sistema financeiro nacional, mobilizar a poupança interna e atrair investimentos externos, bem como para regular o mercado de forma a prevenir abusos e corrigir distorções⁶¹.

A responsabilidade social nas relações internacionais também é um ponto relevante apontado pela OIT. “Em um mundo interconectado, as políticas econômicas dos principais atores da economia global têm um efeito substancial no resto dos países”⁶². Os governos nacionais devem ter presente que suas decisões econômicas podem trazer profundas repercussões em outros países, especialmente nos países mais pobres.

Diretamente relacionada à reestruturação dos mecanismos públicos de regulação e controle social e econômico, está a tendência de liberalização econômica implementada a partir das teses neoliberais. Segundo a OIT, a proliferação destas teses em meados dos anos 80 omitiu um ponto de partida básico e que não deve ser nunca esquecido: a diversidade das realidades nacionais. Embora a OIT não critique fundamentalmente tais idéias, ressalta que tais políticas tendem a conduzir para o aumento da pobreza e da desigualdade social quando implementadas sem instituições públicas eficientes que garantam, por exemplo, a transparência nos

⁵⁹ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Comisión Mundial para la Dimensión Social de la Globalización. **Por una globalización justa:** crear oportunidades para todos. Disponível em: <<http://www.oit.org>>. Acesso em: 15 jan. 2004, p. 6-8.

⁶⁰ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Comisión Mundial para la Dimensión Social de la Globalización. **Por una globalización justa:** crear oportunidades para todos. Disponível em <<http://www.oit.org>>. Acesso em: 15 jan. 2004, p. 61.

⁶¹ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Comisión Mundial para la Dimensión Social de la Globalización. **Por una globalización justa:** crear oportunidades para todos. Disponível em: <<http://www.oit.org>>. Acesso em: 15 jan. 2004, p. 60.

⁶² ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Comisión Mundial para la Dimensión Social de la Globalización. **Por una globalización justa:** crear oportunidades para todos. Disponível em: <<http://www.oit.org>>. Acesso em: 15 jan. 2004, p. 60

processos de privatização, a coordenação das políticas econômicas com as políticas sociais, o controle social e democrático dos serviços essenciais, o combate ao favorecimento de setores ou interesses específicos e o cumprimento dos contratos estabelecidos⁶³.

Além da reestruturação nacional e local, para a OIT, são fundamentais para que haja a reversão do atual curso da globalização as ações de integração regional. Ressalta, no entanto, que integrações entre países com níveis de desenvolvimento econômico muito distintos podem potencializar os desequilíbrios trazidos pela globalização⁶⁴.

Para que a integração regional configure um passo em direção a “uma globalização mais justa”, há que se priorizar a sua dimensão social. Para tanto, deve-se atuar nos seguintes níveis:

a) ter como fundamento essencial princípios de participação e de responsabilidade democrática, em que se estabeleçam organismos de representação em constante diálogo com os diversos grupos sociais;

b) incorporar objetivos sociais sólidos, inclusive com avaliações periódicas e publicação de informativos de resultados;

c) instituir mecanismos de mobilização dos recursos regionais, aptos a investir naquelas áreas mais pobres, de forma a se buscar o equilíbrio e o desenvolvimento conjunto dos países integrantes⁶⁵.

Por fim, o rumo em direção a uma globalização justa pressupõe uma reestruturação nas esferas de governança global. Atualmente, as instituições internacionais, em sua grande maioria, caracterizam-se pela desigualdade de poder e de capacidades por parte dos países que as integram:

⁶³ Cf. ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Comisión Mundial para la Dimensión Social de la Globalización. **Por una globalización justa:** crear oportunidades para todos. Disponível em: <<http://www.oit.org>>. Acesso em: 15 jan. 2004, p. 61-63.

⁶⁴ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Comisión Mundial para la Dimensión Social de la Globalización. **Por una globalización justa:** crear oportunidades para todos. Disponível em: <<http://www.oit.org>>. Acesso em: 15 jan. 2004, p. 78-79.

⁶⁵ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Comisión Mundial para la Dimensión Social de la Globalización. **Por una globalización justa:** crear oportunidades para todos. Disponível em: <<http://www.oit.org>>. Acesso em: 15 jan. 2004, p. 79-80.

Em um mundo ideal, haveria um equilíbrio entre os interesses dos poderosos e dos débeis, dos ricos e dos pobres. A governança global se basearia em processos de tomada de decisões democráticos e participativos, que conduziram a resultados justos. No entanto, a realidade está muito longe desta noção. As grandes potências vitoriosas definiram a estrutura de governança mundial no pós-guerra; esta estrutura se centrou nas Nações Unidas e nas instituições de Bretton Woods, um sistema que ainda hoje constitui o eixo da governança mundial.⁶⁶

Até o presente momento, apesar das enormes possibilidades trazidas pelas novas tecnologias de informação e de transportes, a participação de grupos sociais nas cadeias decisórias políticas globais ainda se faz de forma indireta. São problemas que refletem um déficit de democracia nas instituições políticas globais. Algumas instituições relevantes – como o G8 – fogem ao multilateralismo global e consagram uma desigualdade formal, não comportando a participação direta de grande parte dos países, embora suas decisões tenham reflexos mundiais. Já outras instituições que consagram uma igualdade de participação formal – como a OMC – não conseguem contornar os desequilíbrios econômicos subjacentes à tomada de suas decisões⁶⁷.

Atualmente, os agentes políticos internacionais vêm destinando importância apenas limitada aos aspectos sociais, privilegiando as questões de liberalização de mercado. Para a OIT, o sistema multilateral de acordos deve se voltar para questões como (a) a implementação da livre circulação de pessoas e de trabalhadores, (b) a abolição dos paraísos fiscais, (c) a correção das

⁶⁶ Vide ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Comisión Mundial para la Dimensión Social de la Globalización. **Por una globalización justa**: crear oportunidades para todos. Disponível em: <<http://www.oit.org>>. Acesso em: 15 jan. 2004, p. 83.

⁶⁷ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Comisión Mundial para la Dimensión Social de la Globalización. **Por una globalización justa**: crear oportunidades para todos. Disponível em: <<http://www.oit.org>>. Acesso em: 15 jan. 2004, p. 83-86.

falhas no mercado financeiro global e (d) o estabelecimento de novos fundos de auxílio internacional⁶⁸.

Em linhas gerais, uma nova governança global deve se pautar nos seguintes princípios:

a) inspirar-se em uma visão de globalização justa e integradora;

b) promover valores e normas universais ratificados pela comunidade internacional, como o “império da lei, o respeito aos direitos humanos e o fomento à democracia”;

c) contribuir para alcançar os objetivos sociais e econômicos especificados nas principais declarações e demais normas internacionais elaboradas;

d) reforçar a estrutura jurídica e institucional global para promover o crescimento, a igualdade, o desenvolvimento humano e o trabalho decente;

e) ampliar o caráter representativo, participativo, transparente e responsável das instituições globais, assim como conceder a todos, sem distinção, a oportunidade de expressão;

f) mobilizar a energia, o compromisso e o sentido de responsabilidade e de solidariedade dos atores-chave da comunidade global⁶⁹;

g) aproveitar as potencialidades advindas com a globalização e promover a governança em rede, sistema capaz de coordenar ações de diversos atores sociais (públicos e privados) em todos os âmbitos (local, nacional, regional e global), de forma ágil e sem burocracia⁷⁰.

Além disso, ressalta a OIT, as políticas globais resultantes de acordos multilaterais devem estar em estreita consonância com políticas nacionais viáveis. Isso porque o processo de liberalização

⁶⁸ Vide ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Comisión Mundial para la Dimensión Social de la Globalización. **Por una globalización justa**: crear oportunidades para todos. Disponível em: <<http://www.oit.org>>. Acesso em: 15 jan. 2004, p. 86.

⁶⁹ Vide ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Comisión Mundial para la Dimensión Social de la Globalización. **Por una globalización justa**: crear oportunidades para todos. Disponível em: <<http://www.oit.org>>. Acesso em: 15 jan. 2004, p. 87.

⁷⁰ Vide ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Comisión Mundial para la Dimensión Social de la Globalización. **Por una globalización justa**: crear oportunidades para todos. Disponível em: <<http://www.oit.org>>. Acesso em: 15 jan. 2004, p. 142-143.

do comércio internacional, em curso, pode trazer significativas repercussões sociais nos diversos Estados, em especial, a perda de empregos naqueles setores diretamente atingidos pela liberalização, tanto em países em desenvolvimento como em países industrializados. Para amenizar estes custos sociais, há que se ter em mente a proteção dos direitos trabalhistas, especialmente aqueles especificados na Declaração da OIT referente aos princípios e direitos fundamentais no trabalho. Além disso, as regras relativas ao comércio internacional, propostas pela OMC, poderiam conceder maior flexibilidade aos países mais pobres, para que estes tenham maior margem para perseguir políticas de desenvolvimento nacional mais eficazes⁷¹.

Referências Bibliográficas

APPELBAUM, Eileen. Transformation of work and employment and new insecurities. In AUER, Peter, GAZIER, Bernard (eds.). **The future of work, employment and social protection: the dynamics of change and the protection of workers**. Geneva: International institute for labour studies, v. II, ILO, 2002.

BENAKOUCHE, Rabah. Globalização ou pax americana? In ARRUDA JUNIOR, E. L. e RAMOS, A. (orgs.). **Globalização, neoliberalismo e o mundo do trabalho**. Curitiba: IBEJ, 1998.

BERNARDO, João. **Transnacionalização do capital e fragmentação dos trabalhadores: ainda há lugar para os sindicatos?** São Paulo: Boitempo editorial, 2000.

CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**. 6. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2002.

DEAKIN, Simon. The evolution of the employment relationship. In AUER, Peter, GAZIER, Bernard (eds.). **The future of work, employment and social protection: the dynamics of change and the protection of workers**. Geneva: International institute for labour studies, ILO, 2002.

⁷¹ Vide ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Comisión Mundial para la Dimensión Social de la Globalización. **Por una globalización justa: crear oportunidades para todos**. Disponível em: <<http://www.oit.org>>. Acesso em: 15 jan. 2004, p. 91-94.

DE MASI, Domenico. **O Futuro do trabalho**: fadiga e ócio na sociedade pós-industrial. Brasília: Unb, 1999.

DORNELES, Leandro do Amaral d. de Dorneles. **A transformação do direito do trabalho**: da lógica da preservação à lógica da flexibilidade. São Paulo: LTr, 2002.

FÉLIX TEZANOS, José. Transformaciones en la estructura de clases en la sociedad tecnologica avanzada. **El Socialismo del Futuro: el futuro del trabajo** – Revista de Debate Politico, Madrid, n. 6, dic. 1992.

GARCIA RICO, Elena Del Mar. El *dumping* social y ambiental y la protección de los derechos sociales y econômicos. ANNOMI, Danielle (org.). **Direitos Humanos & poder econômico**: conflitos e alianças. Curitiba: Juruá, 2005.

HELD, David. Democracia, o Estado-Nação e o sistema global. **Lua Nova**, São Paulo, n. 23, mar. 1991.

MATTOSO, J. E. L. Globalização, neoliberalismo e flexibilização. In ARRUDA JUNIOR, E. L. e RAMOS, A. (orgs.). **Globalização, neoliberalismo e o mundo do trabalho**. Curitiba: IBEJ, 1998.

NAÇÕES UNIDAS. **Declaração do Milênio**. Disponível em: <http://www.pnud.org.br/odm/odm_vermelho.php#>. Acesso em: 21 set. 2004.

OLIVEIRA, Francisco de, PAOLI, Maria Célia (org.) **Os Sentidos da Democracia**: políticas do dissenso e hegemonia global. Petrópolis, RJ: Vozes; Brasília: NEDIC, 1999.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Comisión Mundial para la Dimensión Social de la Globalización. **Por una globalización justa**: crear oportunidades para todos. Disponível em: <<http://www.oit.org>>. Acesso em: 15 jan. 2004.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. **Tendencias mundiales del empleo**. Ginebra: Oficina Internacional del trabajo, 2004. Disponível em: <<http://www.oit.org>>. Acesso em: 15 jan. 2004

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Declaração Tripartite de Princípios sobre Empresas Multinacionais e Política Social**. Disponível em: <<http://www.ilo.org/public/english/employment/multi/download/portuguese.pdf>>. Acesso em: 25 set. 2004.

ROTH, André-Noel. O direito em crise: fim do estado Moderno? In FARIA, J. E. (org.). **Direito e globalização econômica**: implicações e perspectivas. São Paulo: Malheiros, 1996.

RÜDIGER, Dorothee Susanne. Globalização econômica, descentralização produtiva e direitos fundamentais dos trabalhadores. In RÜDIGER, Dorothee Susanne. **Tendências do direito do trabalho para o século XXI**. São Paulo: LTr, 1999.

SANTOS, Laymert Garcia dos. Tecnologia, perda do humano e a crise do sujeito do direito. In OLIVEIRA, Francisco de, PAOLI, Maria Célia (org.) **Os sentidos da democracia: políticas do dissenso e hegemonia global**. Petrópolis, RJ: Vozes; Brasília: NEDIC, 1999.

SILVA, César A. S. **Reformas econômicas no ordenamento jurídico no contexto da globalização e do neoliberalismo**. 1998.

EL DILEMA DE LOS FLUJOS MIGRATORIOS: ¿SOBERANÍA O DERECHOS HUMANOS? UN MODELO JURÍDICO-POLÍTICO A CONSTRUIR

SHEILA STOLZ*

Que tire la primera piedra quien nunca haya tenido manchas de emigrantes en su árbol genealógico... así como la fábula del lobo malo que acusa el inocente cordero de enturbiar el agua del arroyo de donde ambos bebían, si tu no emigraste, emigro tu padre, y si tu padre no necesito mudar de sitio fue porque tu abuelo, antes, no tuvo otro remedio que ir, cargando la vida sobre la espalda, en busca de comida que su propia tierra lo negaba...

... Aquel que antes fue explotado y perdió la memoria de haberlo sido, acabará explotando a otro. Aquel que antes fue despreciado y finge haberlo olvidado, refinará su propia capacidad de despreciar. Aquel a quien ayer humillaron, humillará hoy con más rencor. Y helos aquí, todos juntos, tirándole piedras a quien llega hasta esta orilla del Bidasoa, como si ellos nunca hubieran emigrado, o los padres, o los abuelos, como si nunca hubieran sufrido de hambre y desesperación, de angustia y de miedo.

En verdad, en verdad os digo, hay ciertas maneras de ser feliz que son simplemente odiosas.

José Saramago

* Professora da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande – FURG. Doutoranda em Direito pela Universitat Pompeu Fabra–UPF, Barcelona, Espanha. Mestre em Direito. Coordenadora Geral do Núcleo de Pesquisa e Extensão em Direitos Humanos –NUPEDH (FURG). Pesquisadora do Grupo de Pesquisa Processos Participativos na Gestão Pública – PPGP – da Universidade Federal de Pelotas.

1. PONDERACIONES INICIALES¹

He traído a colación lo que nos rememora Saramago porque creo que hay que despertar en cada uno de nosotros no sólo la conciencia de quienes somos o hemos sido, sino también la conciencia de que todos somos seres humanos y que vivimos más o menos sometidos a las contingencias que nos cercan, pero que también somos libres para poder romper con las amarras de la ignorancia, de los prejuicios y de los discursos fáciles y masificados.

Terminada esta breve digresión preliminar, cabe decir que si bien el fenómeno de las migraciones existió a lo largo de la historia de la humanidad y como tal no es algo nuevo, afirmaré en el presente ensayo que desde mi punto de vista los flujos migratorios son, en la actualidad, además de un fenómeno mundial de amplias consecuencias sociales, económicas, culturales y políticas, un auténtico rasgo estructural del orden mundial que impone un modelo dominante de globalización. En otras palabras, cuanto más se incrementa el proceso de globalización económica más se amplía el complejo, global e integral fenómeno denominado por Sami Naïr y De Lucas de “desplazamiento del mundo”². Pues, como bien demuestran las estadísticas internacionales³, las migraciones sólo tienden a aumentar y afectar a todas las regiones del mundo independiente de cuales sean y como tal, en el se incluyen las Américas en donde muchos países⁴ en las últimas décadas se han convertido simultáneamente en países de origen, países de tránsito

¹ Este *paper* tiene como base de análisis las investigaciones jurídicas concretizadas en el ámbito del Proyecto de Investigación: “Direito Internacional dos Direitos Humanos: fundamentação teórica, garantias convencionais e eficácia”, realizado junto al NUPEDH/FADIR/FURG.

² NAÏR, Sami y DE LUCAS, Javier. **El desplazamiento en el mundo: inmigración y temáticas de identidad**. Madrid: Imsero, 1999.

³ Según el Informe “*Las migraciones en un mundo interdependiente: nuevas orientaciones para actuar*” (octubre de 2005) de la Comisión Mundial sobre Migraciones Internacionales el número de migrantes a nivel mundial se estima en 200 millones. Más del doble que la cifra estimada en 1970. Aunque la cifra global de refugiados se mantiene en su nivel más bajo de los últimos 25 años, Latinoamérica y el Caribe es la única región en el mundo en la que se observa un incremento en el número de refugiados y otras personas del interés del ACNUR. El número de personas del interés del ACNUR en América Latina asciende a tres millones de personas, siendo Colombia uno de los países con el mayor número de desplazados internos en el mundo.

⁴ Como ejemplos se pueden citar Brasil y Argentina.

y países de destino, tanto de migrantes (emigrantes e inmigrantes) como de solicitantes de asilo y refugiados⁵.

Sin embargo, hay que añadir, que este flujo migratorio suele ser representado y analizado (creo yo que de una forma bastante equivocada) como si tuviera sólo y exclusivamente una doble cara: la positiva y también llamada de *flujos buenos* y la negativa y también nombrada de *flujos no deseados*. Los *flujos buenos* se refieren, por ejemplo, a la circulación del capital financiero y especulativo, bien como el libre tránsito de empresarios y trabajadores cualificados y capacitados. Ya, los *flujos migratorios no deseados* se caracterizan por el tráfico de trabajadores de baja o ninguna calificación, por los refugiados e migrantes forzosos o por aquellos que no comparten los valores culturales occidentales.

Asimismo, cabe señalar, que éste modelo de globalización que tiene como postulados la expansión del comercio multilateral, la internacionalización de la inversión extranjera y de la libre circulación de los mercados financieros, la masificación de la sociedad de la comunicación/información, el control y flexibilización de las relaciones laborales a nivel mundial es, obligatoria y necesariamente, incompatible con el proyecto de emancipación humana que fundamenta los derechos humanos. Si advierto, desde el principio de este ensayo, acerca de la contradicción existente entre la globalización y el carácter emancipatorio de los derechos humanos es porque creo que la globalización pensada y practicada en los términos mencionados representa una expoliación de éste ideal y, consecuentemente, la marginalización y la exclusión de miles de millones de personas del círculo de la moralidad/eticidad que constituyen los Derechos Humanos.

⁵ No obstante las claras diferencias entre los migrantes y los refugiados, bien como los distintos regímenes jurídicos establecidos para su tratamiento y protección, en la actualidad los solicitantes de asilo y refugiados están inmersos dentro de las mismas corrientes migratorias regionales y mundiales. Incluso es cada vez más usual que los refugiados⁵ se vean compelidos a recurrir, tal cual los migrantes, a las redes ilegales de tráfico de personas tornándose, no raras veces, víctimas de la propia red de tráfico o de abusos y violaciones de sus derecho de todo el tipo promovida tanto por extranjeros legalizados como por nacionales.

2. REPENSANDO ALGUNOS CONCEPTOS CLÁSICOS

2. 1. El Estado-Nación y la noción de soberanía estatal

Como forma de pautar los análisis que serán desarrollados a posteriori, creo que sería oportuno echar mano de la distinción, desarrollada por Stephen Krasner⁶, entre las cuatro interpretaciones usuales (y que necesariamente deben ser superados) del término soberanía. La primera interpretación de dicho término concierne al estatus que posee una entidad política en el sistema internacional, eso es, trata de la soberanía internacional en términos legales y en cuya regla básica se reconoce como soberanos a los Estados que disponen de un territorio y que además ejercen autonomía jurídica formal sobre los mismos. La segunda interpretación de la soberanía viene dada por la Paz de Westfalia y se fundamenta en el principio básico de no intervención – principio que se refiere a la exclusión de la influencia de actores externos sobre las estructuras de autoridad dentro de un determinado Estado. La soberanía puede ser entendida también en términos *domésticos*, eso es, como aquella que configura la organización formal de la autoridad política dentro del Estado y a la capacidad de tal autoridad (o autoridades) para ejercer efectivamente el control dentro de los límites de su propia entidad política. La última forma de comprender la soberanía dice respecto a la *interdependencia* entendida como aquella aptitud pertinente a las autoridades estatales para coordinar y regular el flujo, entre otros, de información, ideas, mercancías, personas y capital, a través de los límites de su territorio.

2. 2. La noción de soberanía como requisito legal para la consecución de la ciudadanía

En la tradición clásica occidental la positivación de los derechos tuvo lugar en el marco de la soberanía estatal – entendida de conformidad a las interpretaciones aludidas en el apartado anterior - y, como tal, tiene sus reflejos en la noción y también en la consecuente diferenciación entre: *individuo* y *ciudadano*.

Según el principio formalista, individualista y liberal clásico de la igualdad, todos los individuos que viven bajo las leyes de un Estado-nación somos reconocidos como iguales. Este rasgo

⁶ KRASNER, Stephen D. **Sovereignty. Organized Hypocrisy**. Princeton/New Jersey: Princeton University Press, 1999, pp. 3-25.

abstracto de equiparación entre todos los individuos advierte, en mi opinión, para las insuficiencias de un modelo que concibe la *ciudadanía* como un conjunto uniforme y no diferenciado de individuos. En efecto, la lógica aparentemente inclusiva del principio de igualdad produce más bien exclusión, puesto que no existe en el ámbito de dicho principio formalista lugar para el trato diferencial ni mucho menos para el reconocimiento de los vínculos de identidad en función de la lengua, raza, sexo y etnia, por ejemplo. Ahora bien, creo que cabe resaltar que no estoy acá negando la prioridad ontológica de los individuos ni mucho menos la importancia histórico-política del principio de igualdad, sino sólo alertando que el exceso del individualismo clásico ha provocado innumerables distorsiones cuando de su aplicabilidad y lo que es todavía más importante: evidencia la insuficiencia de dicha tradición que debe ser necesariamente superada.

De acuerdo con lo susodicho creo que cabe preguntarse ¿en qué consiste la individualidad dentro de la sociedad contemporánea formalmente libre, igual y compleja?

Esta indagación remite no sólo al análisis de la identidad ciudadana, sino también a la forma cómo se la define y que acabará por expresar y delimitar la clase de sociedad y comunidad política que se vive o que se aspira vivir.

En términos generales⁷ la actual noción de ciudadanía empezó a gestarse en el siglo XVIII cuando del surgimiento de la concepción moderna de las libertades adquiriendo, en esta época, una significación nueva y directamente vinculada al ejercicio efectivo de las libertades políticas siendo, además, un factor decisivo en el proceso emancipatorio vinculado a las aspiraciones de la Ilustración. Como categoría política central de la modernidad la ciudadanía ha sido el elemento nuclear de la articulación de las relaciones entre los ciudadanos nacionales – centro de atribución de facultades y de derechos - y el Estado. Y, precisamente por ello, no es en vano recordar que el *status* de ciudadano vino a abolir, definitivamente, la estratificación estamental de las sociedades del antiguo régimen feudal en beneficio del reconocimiento de la igualdad formal y abstracta establecida a través de la Ley. La ciudadanía definida

⁷ Véase más sobre este tema: VECA, S. **Cittadinanza riflessioni filosofiche sull'idea di emancipazione**. Milano: Feltrinelli, 1990.

como igualdad formal y de atribución de derechos políticos fue una conquista histórica innegable, sin embargo y tal como afirmado anteriormente, no se puede suprimir de la memoria que en este período histórico ella era restringida a los varones blancos de las metrópolis y negada, entre otros, a las mujeres, niños, negros y a los nacidos en las colonias.

Más allá de su plasmación en el Derecho positivo de las democracias contemporáneas la ciudadanía hace referencia, como se verá más adelante, a un conjunto de prácticas y usos que otorga a los individuos una serie de referenciales políticos, civiles, sociales, entre otros. Cabe añadir, además, que el orden político de los Estados de Derecho democráticos es legitimado por las decisiones colectivas de sus ciudadanos libres, iguales y racionales. Mencionar que los ciudadanos son libres es decir, entre otras cosas, que ninguna perspectiva moral o religiosa provee la condición definitoria de miembro de una determinada comunidad política, ni mucho menos, es el fundamento de la autorización para ejercer el poder político. En términos políticos los ciudadanos son libres cuando están en libertad de aceptar o rechazar, por ejemplo, determinadas cuestiones morales, religiosas o de consciencia y pensamiento, bien como son libres para participar en la vida política y asociarse sin perjuicio de su condición social. Afirmar que los ciudadanos son iguales, en términos políticos, es decir que cada cual dispone de la capacidad requerida para participar en una discusión que apunta a autorizar el ejercicio del poder. La democracia parece ser la forma de elección colectiva impuesta por la idea política fundamental de que los ciudadanos deben ser tratados como iguales en esencia. Y como el ideal de tratar a los ciudadanos como iguales es fundamental para la perspectiva política y se halla además íntimamente enlazado a los procedimientos democráticos de toma de decisiones colectivas vinculantes, la democracia es natural y usualmente identificada no sólo como un valor político para ser combinado con otros, sino como la manera como debemos establecer el ordenamiento de otros valores políticos como modo de asegurar una posición equilibrada en la instauración de un ambiente social común. Decir que un ciudadano es responsable equivale a afirmar que es un ciudadano racional en el sentido de que se propone defender y criticar instituciones y programas en función de consideraciones que otros, como ciudadanos libres, iguales y racionales, tienen razones para aceptar dado el supuesto de que

esos otros se hallan, ellos mismos, preocupados en ofrecer justificaciones adecuadas y plausibles para una convivencia equilibrada entre los miembros de la comunidad política.

Con base en lo susodicho, se puede argüir que tanto el concepto de democracia como las características añadidas al concepto de ciudadanía son, en sí mismos, temas de profundo interés teórico y de dilatados debates.

No obstante, creo que el interés actual en las temáticas referentes a la ciudadanía han sido también alimentados por una serie de eventos políticos y tendencias socio-culturales – y por que no decir económicas recientes - que se registran a lo largo y ancho del mundo y, entre ellas, destaco: a) las tensiones creadas por una población crecientemente multicultural y multiracial dentro de los límites de los Estados; b) el resurgimiento de los movimientos nacionalistas; c) el desmantelamiento del Estado de bienestar; d) el difícil o casi inexistente acceso por parte de parcelas cada vez más amplias de la población humana a los recursos básicos para el ejercicio de sus derechos y deberes. Creo pertinente enfatizar que dichos recursos básicos nada más son que una condición fundamental y necesaria para el ejercicio pleno de la ciudadanía, pues, caso contrario, si los individuos permanecen en una situación tal de precariedad y de infrasubsistencia se puede concluir que ellos, en efecto, no ejercen su ciudadanía ni mucho menos poseen el derecho humano esencial y universal a una vida digna.

A las circunstancias anteriormente referidas se puede agregar, conforme mencionado en la introducción, los profundos cambios provocados por la globalización del mundo contemporáneo y que acaban por provocar innumerables consecuencias para la ordenación jurídico-política, colocando para los teóricos y profesionales del Derecho, un amplio espectro de cuestiones hasta ahora desconocidas y/o ignoradas y que hacen que muchos conceptos dados como verdaderos, pierdan su solidez y rigor. Si el tiempo de las estructuras de poder unitarias y de los sistemas jurídicos “plenos”, “completos” y “acabados” ya no pertenece al modelo actual, tampoco impera el formalismo jurídico sobre el que descansó el dominio del Estado en su época de apogeo y, por tanto, no restan dudas de que hay que replantearse cuál es, o mejor, cuáles son las propiedades esenciales del concepto de ciudadanía, puesto que dicho concepto también se tambalea a la par que el modelo Estatal se redefine en las coordenadas de una economía

globalizada y de un Estado en donde la soberanía ya no es limitada por las fronteras político-geográficas, sino más bien surcada por fenómenos como el de supeditación del Estado a organizaciones internacionales (supraestatalidad) y/o de asunción de competencias jurídico-políticas por entes menores que el Estado (infraestatalidad)⁸. Temas que necesariamente deben invitar no sólo al teórico del Derecho, sino también a todos aquellos que se interesan por los Derechos Humanos a admitir una idea más extendida de ciudadanía.

La ciudadanía, según Leka⁹, puede ser concebida como un constructo formado por distintos elementos. Un primer elemento, o rasgo histórico, configura la ciudadanía como un estatus jurídico que confiere derechos y obligaciones dentro de la colectividad política; un segundo elemento entiende la ciudadanía como una clase especial de identidad política cuyas calidades específicas son distintas de las calidades que afectan a las identidades de carácter privado, profesional o económico. Un último elemento hace corresponder la noción de ciudadanía con una serie de caracteres morales necesarios para la consecución de lo que se suele llamar el *buen ciudadano*. En lo que sigue centraré mis razonamientos – precisamente porque poseen vinculaciones lógico-metodológicas con la temática de las migraciones - en la perspectiva de la ciudadanía como “identidad”, esto es, en la concepción de la ciudadanía como una clase especial de identidad política que recoge el sentido de *pertenencia* a una comunidad política determinada.

La identidad es el elemento que tradicionalmente se considera como el principio básico de la ciudadanía y, por ello, la identidad ciudadana suele ser deducida (creo yo que equivocadamente) del concepto de nacionalidad – que se construye sobre la base de la pertenencia a una cierta comunidad definida política e ideológicamente¹⁰. Y es precisamente el término *pertenencia* que demarcará las conexiones y disconformidades entre

⁸ Los términos supraestatalidad y infraestatalidad son sugeridos por PÉREZ LUNO y tomados prestados del autor por considerarlos muy pertinentes. Véase PÉREZ LUNO, Antonio Enrique. **El Desbordamiento de las fuentes del derecho discurso**. Sevilla: Real Academia Sevillana de Legislación y Jurisprudencia, 1993.

⁹ LEKA, Jean. Questions of Citizenship. In: MOUFFE, C. **Dimensions of radical democracy**. Londres: Verso, 1992.

¹⁰ TURNER, B. *Citizenship and Capitalism: The debate above reformism*. Londres: Allen & Unwin, 1986.

las nociones de individuo/ciudadanía, unidad/pluralismo e inclusión/exclusión.

Empezaré en el próximo apartado trazando algunas observaciones sobre este último aspecto: inclusión/exclusión.

2. 3. Las distintas facetas de la exclusión en las sociedades contemporáneas

Ya he dicho que el principio de la igualdad formal subestima el carácter diferencial entre los individuos sometiendo a todos a un modelo homogéneo y unitario y, en se tratando de nuestras sociedades contemporáneas que son desde su propia base complejas, heterogéneas y porque no decir también parciales, dicho principio acaba en algunos aspectos reforzando las desigualdades sociales-económicas y/o reduciendo la importancia de los grupos y/o comunidades nacionales y/o extranjeras cuando no vaticinando la inferioridad de lo que se suele considerar como minorías grupales o culturales despreciables. El Estado, desde sus orígenes históricos, institucionalizó y todavía sigue institucionalizando lo que se puede llamar de *exclusión interna*, eso es, la exclusión de todo el individuo considerado *diferente* sea éste nacional o no del Estado. Asimismo, el creciente flujo migratorio multinacional y la consiguiente multiplicación de códigos culturales dentro de los territorios nacionales –que se consideran a sí mismos homogéneos aunque no lo sean– sólo ha hecho con que se desequilibrara aún más los planteamientos clásicos en los cuales se fundamentaba la ciudadanía liberal. Y, sumándose a la ya también clásica dicotomía extranjero/ciudadano, surgen ahora nuevas categorías intermedias de ciudadanía, o mejor, de no-ciudadanía: los inmigrantes, los residentes no-ciudadanos plenos, los ciudadanos de segunda clase, en fin, toda una serie de categorías estereotipadas que no sólo acaba ampliando la exclusión gradual interna, sino también la simetría entre población y *demos*.

Una forma de enfrentarse a esta problemática, si bien no sea la única, es aquella sugerida por el liberalismo igualitario democrático donde las minorías son identificadas objetivamente atribuyéndoselas un valor intrínseco. Esta toma de posición no sólo exige el reconocimiento, sino también la aceptación de los derechos de grupo ofreciendo formas de acciones correctoras y promotoras de medidas positivas a favor, por ejemplo, de las minorías sexuales, religiosas, lingüísticas y/o étnicas. En este sentido, la fuerza de los

derechos de ciudadanía reside en la heterogeneidad, en el reto de combinar identidad y diferencia dentro de los Estados que han dejado de ser conjuntos de iguales para convertirse en construcciones artificiales caracterizadas por el pluralismo cultural. Sin embargo, hay que observar que el ideal del reconocimiento y de la política de inclusión de las diferencias no se encuentra exento de dificultades que pueden provocar, ellos mismos, nuevas exclusiones. Y, precisamente por ello, señalaré las que considero más trascendentes para el debate en cuestión.

Primero, no hay que olvidarse que los derechos e intereses de grupos – en cuanto titulares de derechos- pueden entrar en conflicto con la autonomía individual¹¹ y con la cláusula de libre elección (*free choice*) — ambos valores sustantivos de los que son titulares todas las personas independientemente del grupo o comunidad particular a que pertenezcan-. Y, como es consabido, la autonomía de los ciudadanos que gozan de derechos iguales corre el riesgo de no quedar asegurada en un contexto de preferencia de derechos de grupo/comunidad frente a derechos individuales. Según Kymlicka, notorio defensor del multiculturalismo, es posible, distinguir dos tipos de derechos de grupos/comunidades: a) el derecho del colectivo limitar la libertad de sus propios miembros con el objetivo de fomentar la solidaridad de grupo o preservar la pureza cultural; y, b) el derecho de grupo contra el resto de la ciudadanía con el fin de asegurar el espacio de las minorías. Con base en ello, entiende él autor, que mientras los primeros tipos de derechos (a) protegen el impacto de la disidencia interna, el segundo tipo de derechos (b) actúa contra las presiones externas. Estos últimos (b) deben defenderse a la vez que se disminuyen y eliminan las restricciones internas, pues los derechos de las minorías no pueden servir para producir nuevos modelos de exclusión, de opresión y de falta de liberalismo en el interior de las colectividades sean ella étnicas, nacionales, o extranjeras.

El segundo punto a subrayar dice respeto a la homogeneidad interna a la que se recurre para mantener la identidad de una cierta comunidad o grupo que pronto también

¹¹ Véase entre otros: 1) RAZ, Joseph. *Multiculturalism: A Liberal Perspective*. In: **Ethics in the Public Domain. Essays in the Morality of Law and Politics**. Oxford: Oxford University Press, 1994; y, 2) KYMLICKA, Will. **Multicultural Citizenship. A Liberal Theory of Minority Rights**. Oxford: Oxford Clarendon Press, 1995.

puede convertirse en *diferencia*, eso es, el la diferenciación entre los miembros del grupo/comunidad y los no-miembros del grupo/comunidad. La existencia de fronteras interiores mantenedoras de la fidelidad y la pureza identitaria del grupo/comunidad suele provocar, frente al disenso interno, restricciones destinadas a la protección de la identidad de grupo imponiendo límites importantes al ejercicio de los derechos del individuo¹². Luego, configuradas estas circunstancias, creo yo, que también aquí se provocan exclusiones – ahora externas - que operan, *verbi gracia*, con criterios selectivos en función de la lengua, etnia, religión, orientación sexual.

De acuerdo con lo antedicho todo apunta a pensar que la centralidad de la ciudadanía como identidad política que domina el ámbito de la esfera pública necesita desmarcarse tanto de su pretendido carácter uniforme planteado históricamente, como de su presupuesta “pureza identitaria”. En las páginas que siguen, trataré de reivindicar una forma dinámica, plural e inclusiva de entender el yo-ciudadano que se ajuste a una realidad marcada por el pluralismo cultural típico de nuestras sociedades contemporáneas.

2. 4. La tolerancia en las sociedades multiculturales y multirraciales

Si bien renombrados iusfilósofos como, por ejemplo, Javier De Lucas, consideren el alegato de la tolerancia un subterfugio retórico y paternalista utilizado por muchos teóricos como forma de eximirse de una profunda reformulación del concepto de ciudadanía –categoría que pienso yo necesariamente debe ser repensada para hacer frente a las exigencias que derivan de lo que he llamado anteriormente, siguiendo el propio De Lucas, de desplazamiento del mundo- en este apartado no abriré mano de centrar mi foco de atención en algunos tipos de tolerancia, más específicamente en la tolerancia con respeto a las diferencias culturales y religiosas,

¹² Véase entre otros: 1) WALZER, Michael. **Spheres of justice a defense of pluralism and equality**. Oxford: Basil Blackwell, 1989; y del mismo autor: El Concepto de ciudadanía en una sociedad que cambia. In: Grasa, Rafael (ed.), Guerra, política y moral. Barcelona: Paidós, 2001; 2) TAYLOR, Charles. **Multiculturalism and "The politics of recognition" an essay by Charles Taylor with commentary by Amy Gutmann**. In: Gutmann, Amy, et alli, (ed.). Princeton (N.J.): Princeton University Press, 1992.

diferencias éstas que afectan al modo de vida y a la forma de coexistir de los grupos sociales diferenciados en un mismo Estado.

Justificase esta elección porque solamente algunos tipos de tolerancia tienen relación y relevancia en lo que concierne a la temática central que me he propuesto analizar: los flujos migratorios. Por lo tanto, la tolerancia política —aquella que trata de la aceptación de movimientos o partidos políticos antagónicos—, bien como aquella que ejercida respecto a los individuos excéntrico o disidentes, no serán aquí abordadas.

Ahora bien, ¿qué significa tolerar la existencia de grupos/comunidades diferenciados?

En lo que atañe a la tolerancia se puede citar toda una serie de nociones algunas opuestas y otras afines que tratan de explicarla y fundamentarla. No obstante, por cuestiones metodológicas, trataré en lo que sigue de las nociones de tolerancia que poseen un carácter sustantivo y que forman lo que se puede llamar de un *continuum* acerca de dicha noción¹³.

Un primer entendimiento acerca de la noción de tolerancia es aquel manifestado por la aceptación resignada de las diferencias. Un ejemplo histórico de ello puede ser encontrado en lo que respeta a la tolerancia religiosa fruto de las incontables guerras habidas en Europa entre los siglos XVI y XVII y de los respectivos acuerdos que fueran formados resignadamente con el objetivo de aceptar, en nombre de la paz, la convivencia de las diferentes creencias religiosas.

Otro tipo de tolerancia es hallada en aquellas actitudes (individuales y también colectivas) que resultan ser pasivas, relajadas y/o benignamente indiferentes hacia el *diferente*. Siguiendo este *continuum* se puede hablar de tolerancia cuando se expresa una cierta apertura hacia los demás. Aptitud que puede estar relacionada con la curiosidad, el respeto y/o el deseo de escuchar y de aprender sobre el *otro*. En el extremo más alejado de este *continuum*, se ubicaría el apoyo vehemente e entusiasta a la diferencia: un apoyo que en primer lugar puede ser de carácter estético y que entiende que la diferencia personifica culturalmente la diversidad y la inmensidad de la naturaleza o de la creación divina;

¹³ Sobre la tolerancia véase la obra: WALZER, M. **On toleration**. New Haven: Yale University Press, 1997, en particular los capítulos *Five Regimes of Toleration*, pp. 14-36 y *Postmodernity*, pp. 87-92.

o, en segundo lugar, un apoyo de tipo funcional, eso es, un apoyo que concibe la diferencia como una condición esencial para el desarrollo humano, puesto que suministra a los individuos la posibilidad de efectuar el tipo de elecciones que dan sentido a su autonomía personal.

Ahora bien, con base en la exposición anterior creo que cabe hacerse la siguiente indagación: ¿cómo, a nivel individual, se puede distinguir la tolerancia del apoyo? Al desear que los otros – es decir, los diferentes, los indios, los aborígenes, los extranjeros - se encuentren en la sociedad, en el país, entre los amigos y los familiares de uno mismo, uno no estará sólo tolerando la diferencia, sino más bien promoviéndola. Sin embargo, el hecho de que se promueva la diferencia no implica necesariamente que se conceda apoyo expreso y amplio a todas las diferencias, pues puede que en realidad se esté apoyando a todas las diferencias, pero también solamente a algunas versiones de lo diferente. Y ello porque es posible que existan preferencias sobre algunas culturas y o creencias particulares sea porque son completamente exóticas, distintas o alejadas de las de uno mismo, sea porque son más cercanas a las prácticas o creencias personales¹⁴ o más bien porque no suponen amenaza competitiva alguna a la supremacía de mi cultura. Por lo tanto, parece posible afirmar que, incluso cuando se promueve el ideal de la convivencia con la *diferencia* puede se tolerar de hecho sólo y exclusivamente algunas diferencias concretas.

Hasta hora he tratado de la tolerancia entendida desde una perspectiva individual, sin embargo, quiero ocuparme, si bien brevemente, de los acuerdos sociales a través de los cuales las sociedades actuales¹⁵ incorporan lo diferente, coexisten con ello, y/o le conceden un espacio social propio.

¹⁴ Sea en la Constitución brasileña, sea en la legislación ordinaria la “preferencia nacional” se decanta por la cultura e idioma portugueses como forma de nacionalizar al extranjero. Me parece que esta aptitud normativa nos mantiene (como históricamente ha sido) errónea y desafortunadamente de espaldas a los latinos de habla castellana.

¹⁵ Aunque no abordaré minuciosamente este aspecto ceo que cabe la mención de que históricamente se han construido cuatro modelos de sociedades tolerantes. Uno de los modelos posibles de tolerancia sería el de la sociedad conformada por inmigrantes. En estas sociedades los miembros de los diferentes grupos han dejado atrás su base territorial, su patria, y llegan individualmente o en grupos familiares, a una nueva tierra. En algunos casos suelen se dispersar, en otros se agrupan en

Con carácter general, creo que se puede decir que la tolerancia – en lo que respecta al marco interno de un Estado- entra en crisis cuando las minorías parecen, o cuando los demagogos nacionalistas son capaces de hacerlas parecer, aberrantes y/o peligrosas. Fenómeno ignominioso que ya nos ha legado a la humanidad muchas cicatrices históricas y que actualmente, muy a menudo, suele estar asociado a la llegada masiva de migrantes a nuestras proclamadas sociedades estables y prosperas. Evidentemente, no quiero con lo antedicho cerrar la idea de intolerancia hacía al otro o de cara al diferente en el marco interno de los Estados, pues también puede darse el caso de que la intolerancia se manifieste contra la cultura y/o costumbres de un Estado hacía un Estado-vecino o también hacía las culturas minoritarias que comparten geográficamente los espacios en un mismo Estado.

Lo que si parece contradictorio, si bien perfectamente comprensible (aunque desde mi punto de vista repulsivo), es lo que se puede llamar de “tolerancia amplísima” – aquella que de costumbre se puede averiguar en los líderes políticos, diplomáticos y agentes internacionales que suelen mostrarse resignados, indiferentes y/o poco inclinados a intervenir en todo aquello que ocurre más allá de sus propias fronteras estatales, independientemente de que se estén o no infringiendo, violando y/o abusando masivamente de los Derechos Humanos de muchos o millares de personas.

2. 5. El Estado de Derecho: de la visibilidad de los inmigrantes para la defensa de la ciudadanía cosmopolita

Creo que las ideas de Elías Díaz que trasladaré a seguir resumen con precisión la noción de Estado de Derecho que pienso haber defendido a lo largo de mi exposición si bien no me haya referido expresamente a ella: la de que un Estado de Derecho exige

busca de consuelo, formando grupos pequeños y/o mezclándose con otros grupos similares existentes. El modelo de la tolerancia característico de las sociedad de inmigrantes es un modelo emergente que aún no se puede considerar cerrado pero, como somos todos partícipes de una sociedad de inmigrantes (menciono eso pensando en nosotros latino americanos reunidos en este Evento), creí importante hacer mención, aún en nota de pie y de forma somera, a este modelo.

más que la mera legalidad, eso es, exige que tal Estado sea identificado por sus dimensiones sustanciales configuradas, entre otras, por la garantía y efectividad de los Derechos Humanos y fundamentales. Según Elías Díaz “no todo Estado es Estado de Derecho. Por supuesto es cierto que todo Estado crea y utiliza un Derecho, que todo Estado funciona con un sistema normativo jurídico. Difícilmente cabría pensar hoy en un Estado sin Derecho, un Estado sin un sistema de legalidad. Y, sin embargo, decimos, no todo Estado es Estado de Derecho; la existencia de un orden jurídico, de un sistema de legalidad, no autoriza hablar sin más de un Estado de Derecho. Designar como tal a todo Estado por el simple hecho de que se sirve de un sistema normativo jurídico constituye una imprecisión conceptual y real que sólo lleva –a veces intencionalmente- al confusionismo”¹⁶.

En efecto y tal como vengo afirmando desde el principio, la suerte de la universalización - en el sentido de ensanchamiento interno y externo a los Estados de Derecho - de los Derechos Humanos depende de la suerte que corran las nociones de soberanía y de ciudadanía. La internacionalización de los Derechos Humanos implica deshacer el concepto todavía vigente de ciudadanía y que suele aludir a las relaciones entre los individuos y un determinado Estado. Y ello porque, desde el momento en que ésta organización política - Estado - ya no es más el único escenario en el que se deben desarrollar los Derechos Humanos, el viejo concepto de ciudadanía no sirve como marco de dichos derechos. Por eso, además, la universalidad de los Derechos Humanos (y las exigencias de emancipación humana que le son consustanciales) implica la supresión de la ciudadanía o la definitiva denacionalización de los Derechos Humanos y la correlativa de-estatalización de las nacionalidades¹⁷. Al respecto ha afirmado Massimo La Torre “en la medida en que el concepto moderno de ciudadanía corta sus raíces organicistas conectadas con un destino alegadamente objetivo y se basa en el hecho elemental, simultáneamente individual y universal, de la humanidad del ciudadano como sujeto, contiene la fuerza necesaria para superar

¹⁶ DÍAZ, E. **Estado de Derecho y sociedad democrática**. Madrid: Cuadernos para el Diálogo, 1973, p. 13.

¹⁷ FERRAJOLI, Luigi. Diritti fondamentali. In: **Teoría política**, 1998/2, p. 20.

los límites de la contingente comunidad política y convertirse en una posición jurídica universal”¹⁸.

La universalización de los derechos requiere, por tanto, la democratización de la sociedad internacional, la instauración de ese orden social internacional al que alude el artículo 28 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948. En el plano interno, la vinculación derechos fundamentales-democracia es insuprimible: sin derechos fundamentales garantidos jurídicamente y efectivos en el plano individual-social no hay democracia y, por tanto, cabe decir que la democracia es el único escenario en el que son posibles los derechos. Eso también tiene que ocurrir en el ámbito internacional. Por eso es tan importante el protagonismo del individuo en la esfera internacional, lo cual va unido a la ampliación del concepto de ciudadanía¹⁹. También en este ámbito se debe proceder a esa descontextualización a la que ya se ha aludido. Originariamente la noción de ciudadanía, ha sido un factor de inclusión y de igualdad y un criterio para estructurar la relación Estado-individuo, sin embargo, esta noción también ha sido y sigue siendo capaz de generar la exclusión de determinados individuos respecto a determinados derechos y, en este sentido, “representa el último privilegio de status, el último factor de exclusión y discriminación, el último resto premoderno de las desigualdades personales en contraste con la proclamada universalidad e igualdad de los derechos fundamentales”²⁰.

La ciudadanía, por tanto, debe ser entendida como una empresa ético-política, donde la igualdad no implique necesariamente uniformidad, sino más bien pluralismo y justicia social. La dimensión cosmopolita de la ciudadanía hay que plantearla, vivificarla y desarrollarla desde el reconocimiento del otro, del diferente y de la distribución equitativa. Se trataría en este

¹⁸ LA TORRE, Massimo. La ciudadanía, una propuesta europea. In: Prieto Sanchos, Luis (ed.), **Tolerancia y minorías: problemas jurídicos y políticos**. Castilla-La Mancha: Universidad de Castilla-La Mancha, Servicio de Publicaciones, 1996, pp. 99-118, p. 108.

¹⁹ He trabajado en otra oportunidad la idea de que se amplíe y fundamente un nuevo concepto de ciudadanía. Véase: STOLZ, Sheila. Ciudadanía: conceptos y concepciones. Por el reconocimiento de la diferencia y del cosmopolitismo. Curitiba: Revista Jurídica do Curso de Mestrado da Unicuritiba, 2008.

²⁰ FERRAJOLI, Luigi. Dai diritti del cittadino ai diritti della persona. In: ZOLO, Danilo (ed.), **La cittadinanza: Appartenenza, identità, diritti**. Roma-Bari: Laterza, 1994, pp. 263-92, p. 288.

sentido de replantearse las estructuras políticas internas y externas para que incorporen ese *ethos* cosmopolita. Ese objetivo empieza, por que no decir, con la revisión de las condiciones de admisión a la comunidad política de los Estados que olvidan o ignoran a los seres humanos migrantes, sujetos de unos Derechos Humanos que, en la práctica, se encuentran desposeídos del principal derecho para poder hablar de ciudadanía: “el derecho a tener derechos”. Los otros, los diferentes, los extranjeros, los no-ciudadanos, que comprenden el espacio de negatividad de la pertenencia política, y que están sometidos a criterios de orden público, ideología cultural o nacional y/o coyuntura económica, en definitiva, a toda una serie de estrategias políticas excluyentes, necesitan de nuevos valores, exigencias éticas y también de nuevas normas jurídicas que minimicen, en la medida de lo posible, el régimen de la exclusión desbloqueando la integración social y corresponsabilizando a las comunidades políticas Estatales e internacionales de su condición cada día más interdependiente también en los que dice respecto a la justicia global.

3. ÚLTIMAS PALABRAS

Julie Kristeva, en la obra “*Extranjeros para nosotros mismos*”²¹, se hace una pregunta fundamental: ¿será posible la convivencia multirracial en la Europa del siglo XXI? Siguiendo la autora pregunto yo: ¿será posible la convivencia multirracial en nuestras sociedades contemporáneas? La autora sustenta en su obra la posibilidad de una comprensión ética del conflicto: la lección del extranjero es que todos lo somos, no sólo ante los foráneos, sino ante los más próximos y sobre todo ante nosotros mismos. Frente a los defensores de la pureza identitaria y de los nacionalismo excluyentes que quieren a toda costa recuperar, reivindicar y defender la pulcritud de su identidad ante el otro, el extraño, el diferente, se trata, argumenta Kristeva, de comprender que nunca somos idénticos ni a los otros de nuestro grupo ni al estereotipo amañado colectiva o individualmente que nos proponemos encarnar. De acuerdo con Kristeva, el derecho del otro a su extranjería, a su diferencia, nos devuelve la libertad de la nuestra diferencia y, con ella, la posibilidad de disentir tanto de la desazón provocada por la

²¹ KRISTEVA, Julie. **Extranjeros para nosotros mismos**. Traducción de Javier Gispert. Barcelona : Plaza y Janés, 1991.

masificación corriente como capaces para innovarnos o apropiarnos de otros gestos, otros hábitos, otras creencias y posturas. Es preciso decir, según Kristeva, una vez más e insistentemente que el otro y su diferencia, lejos de ponernos en peligro, nos puede llevar a un mundo de mayor riqueza, de más matices y de nuevas formas de ser.

Espero que las indagaciones y abstracciones anteriores nos hayan servido a todos para tomar conciencia de la singularidad y, porque no decir, de la gravedad del momento que nos ha tocado vivir. Por ello, creo que debemos plantearnos sobre qué actitudes y posturas tomar frente a este mundo, nuestro mundo, nuestro presente y futuro como seres humanos. En definitiva, espero que cada uno de nosotros procure buscar salidas solidarias, inclusivas y ecológicamente sostenibles para esta encrucijada.

Referencias Bibliográficas

DÍAZ, Elías. **Estado de Derecho y sociedad democrática**. Madrid: Cuadernos para el Diálogo, 1973.

FERRAJOLI, Luigi. Dai diritti del cittadino ai diritti della persona. In: ZOLO, Danilo (ed.), **La cittadinanza: Appartenenza, identità, diritti**. Roma-Bari: Laterza, 1994, pp. 263-92, p. 288.

_____. Diritti fondamentali. In: **Teoria política**, 1998/2.

ISIN, Engin F. y WOOD, Patricia K. **Citizenship and Identity**. Londres: Sage Publications, 1999.

KRASNER, Stephen D. **Sovereignty. Organized Hypocrisy**. Princeton/New Jersey: Princeton University Press, 1999.

KRISTEVA, Julie. **Extranjeros para nosotros mismos**. Traducción de Javier Gispert. Barcelona : Plaza y Janés, 1991.

KYMLICKA, Will. **Multicultural Citizenship. A Liberal Theory of Minority Rights**. Oxford: Oxford Clarendon Press, 1995.

LA TORRE, Massimo. La ciudadanía, una propuesta europea. In: Prieto Sanchos, Luis (ed.), **Tolerancia y minorías: problemas jurídicos y políticos**. Castilla-La Mancha: Universidad de Castilla-La Mancha , Servicio de Publicaciones, 1996, pp. 99-118.

LEKA, Jean. Questions of Citizenship. In: MOUFFE, C. **Dimensions of radical democracy**. Londres: Verso, 1992.

- PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **El Desbordamiento de las fuentes del derecho discurso**. Sevilla: Real Academia Sevillana de Legislación y Jurisprudencia, 1993.
- NAÏR, Sami y DE LUCAS, Javier. **El desplazamiento en el mundo: inmigración y temáticas de identidad**. Madrid: Imserso, 1999.
- RAZ, Joseph. Multiculturalism: A Liberal Perspective. In: **Ethics in the Public Domain. Essays in the Morality of Law and Politics**. Oxford: Oxford University Press, 1994.
- SARAMAGO, José. Prólogo. In: Téllez. J. J. **Moros en la costa**. Madrid: Editorial Debate, 2001.
- STOLZ, Sheila. Ciudadanía: conceptos y concepciones. Por el reconocimiento de la diferencia y del cosmopolitismo. Curitiba: **Revista Jurídica do Curso de Mestrado da Unicuritiba**, 2008.
- TAYLOR, Charles. **Multiculturalism and "The politics of recognition" an essay by Charles Taylor with commentary by Amy Gutmann**. In: Gutmann, Amy, et alli, (ed.). Princeton (N.J.): Princeton University Press, 1992.
- TURNER, Bryan S. **Citizenship and Capitalism: The debate above reformism**. Londres: Allen & Unwin, 1986.
- VECA, Salvatore. **Cittadinanza riflessioni filosofiche sull'idea di emancipazione**. Milano: Feltrinelli, 1990.
- WALZER, Michael. **Spheres of justice a defense of pluralism and equality**. Oxford: Basil Blackwell, 1989.
- _____. La política de la diferencia: estatalidad y tolerancia en el mundo multicultural. **Isegoría**, nº 14, 1996, pp. 37-53.
- _____. **On toleration**. New Haven: Yale University Press, 1997.
- _____. El Concepto de ciudadanía en una sociedad que cambia. In: Grasa, Rafael (ed.), **Guerra, política y moral**. Barcelona: Paidós, 2001.

O AMBIENTE COMO UMA TEMÁTICA ESSENCIAL

FRANCISCO QUINTANILHA VÉRAS NETO*

1. DESENVOLVIMENTO HISTÓRICO DO MOVIMENTO AMBIENTALISTA

A emergência da temática ambiental é decorrência da maturação de novas formas de pensamento que buscaram reposicionar o próprio ser humano no planeta. As concepções antropocêntricas que colocavam o homem como centro da natureza e do universo foram sendo criticadas. Como centro o homem distanciava-se dos demais seres vivos, pois a razão é um atributo único dos homens. O paradigma científico mecanicista de Newton e Descartes, que destronou o paradigma científico geocêntrico cristão, desvalorizava a visão da supremacia da terra no universo e foi decisivo para o afastamento do homem da natureza. O novo ponto de vista antropocêntrico científico passou também a ser questionado pelo ambientalismo (MILARÉ: 2005), pois transformava a natureza em objeto apropriado pela técnica humana e que deveria ser dominado, domesticado pela ação humana ocasionando um processo de rápida destruição do entorno ambiental planetário.

Na crítica dos caminhos de separação e destruição do homem da natureza está situada a história do movimento ambientalista vinculada que esta as lutas pela sustentabilidade¹ dentro do palco das demandas ambientais, emergentes,

* Doutor em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Professor de História do Direito da Universidade Federal do Rio Grande – FURG.

¹ Ou seja, este conceito remete a discussão inicial do desenvolvimento sustentável, um padrão de crescimento econômico não degradador do meio ambiente. O termo remetia também a busca de uma estratégia de desenvolvimento capaz de conciliar o crescimento econômico, conjugado com a preservação do meio ambiente e a busca da qualidade de vida. Este novo modelo de desenvolvimento exigiria também um novo planejamento democrático-participativo não tecnocrático e a valorização dos saberes locais, ou seja, dos saberes populares reinventados ao lado do conhecimento científico que em geral desconsiderava estes saberes, pois não eram validados pelo método científico, hoje ao menos se presume um diálogo entre ciência e os saberes tradicionais. No debate da sustentabilidade, os critérios de desenvolvimento e progresso são rediscutidos, pois o mero crescimento econômico, concentrador de riquezas e destruidor do meio ambiente exige a sua substituição por uma sociedade sustentável com outros padrões de consumo e modos de vida e de socialização não predatórios, sem o qual será provavelmente impossível resguardar o futuro do planeta e da espécie humana, os dois ameaçados pela ação humana.

principalmente nas Crises Globais nos anos 60 e 70 do século XX². O termo desenvolvimento sustentável³ foi cunhado por Maurice

² Estas “crises” podem ser exemplificadas, por situações históricas específicas dos anos 60, como a guerra fria e a guerra do Vietnã. Estes eventos estiveram interligados as transformações culturais como a rediscussão da condição feminina pelo movimento feminista, as lutas por direitos civis das minorias como a dos afrodescentes nos EUA, com o questionamento dos valores sociais dominantes, por exemplo, sexualidade, racismo. Naquele período foram questionados também o autoritarismo das instituições universitárias, o caráter repressivo do Estado, o risco do holocausto nuclear com a dizimação da humanidade, etc. Este conjunto complexo e dinâmico de transformações levam a um movimento contra-cultural que tem grande expressividade em vários setores, incluindo a música com o Rock and Roll, o movimento hippie personifica esta contestação, o movimento pacifista e estudantil torna-se expressivo neste momento. No final dos anos 60, especialmente depois do maio de 68 (conduzida pelo movimento estudantil contra as universidades no período de governo francês de Charles de Gaulle) se manifesta o auge da contestação estudantil. Ao lado desta grande rebelião estudantil francesa, soma-se a luta contra a guerra do Vietnã nos EUA, a entrada em cena do movimento. No caso brasileiro na luta armada contra a ditadura militar. A melhora dos padrões de consumo nas sociedades de massa fordistas avançadas (especialmente EUA e Europa) causa profundas repercussões sociais e levam ao surgimento de novos movimentos sociais com o início do movimento ecológico contemporâneo. Neste cenário surge um profundo questionamento e problematização de outras questões trazidas pelas sociedades industriais, como a poluição e a destruição massiva do meio-ambiente devido a conscientização trazida pela própria comunidade científica, que encontra eco na nova esquerda do final dos anos 60, setor que representa a origem do movimento ambientalista. Este processo se intensifica na década de 70, com a crise do petróleo (1973) que interrompe o boom do desenvolvimento do pós-guerra devido a reconstrução das sociedades destruídas na segunda grande guerra mundial revendo o conceito de progresso e de desenvolvimento trazendo também a problematização das questões culturais e sociais fora dos conceitos dominantes de capitalismo e socialismo dando origem a novas correntes de pensamento designadas de “pós-modernas” com expressão de autores como François Lyotard, Jacques Derrida, etc. Na América Latina as ditaduras militares sustentadas por Washington no quadro de contenção do comunismo da guerra-fria levam a disseminação de grupos guerrilheiros foquistas, especialmente inspirados nas estratégias de guerrilha do argentino, herói da revolução Cubana, conjuntamente com Fidel Castro, Ernesto Che Guevara. O foquismo consistia em núcleos de guerrilha camponesa e mesmo urbana encarregados de sustentar a sublevação visando a destruição do capitalismo, o slogan de Che consistia em atear mais fogo, do que os lanques pudessem apagar. Na Argentina, no Brasil, no Uruguai, estes movimentos foram dizimados pelas ditaduras militares através de tortura, desaparecimento, própria da violência dos Estados Totalitários civis-militares implantados segundo os seus ideólogos para preservar o capitalismo, em nome: “da liberdade e da democracia”, mas que consistiram na verdade, na violação sistemática de todos os direitos humanos, crítica que era dirigida majoritariamente na guerra-fria, somente contra o totalitarismo do socialismo real da URSS e dos seus satélites.

Strong em 1972 e os conceitos formulados pelo economista Ignacy Sachs⁴.

É necessária uma compreensão histórica da crise ambiental e do crescimento do movimento ambientalista. As origens menos distantes deste movimento são encontradas no debate entre preservacionistas e conservacionistas⁵, principalmente John Muir e Gifford Pinchot (LEIS: 1999, p. 65-66). Porém, os antecedentes históricos mais recentes de uma preocupação melhor definida sobre o meio ambiente podem ser encontrados após a Segunda Grande Guerra Mundial, quando um grupo de cientistas vinculado as nações unidas criou, em 1948, a fundação da União Internacional para a Proteção da Natureza (IUPN)⁶. “Estes cientistas tinham uma concepção ampla e holística dos problemas ambientais favorecendo

³ Sobre a vinculação da temática do desenvolvimento sustentável e a questão do desenvolvimento de uma cidadania ecológica consultar: BIRNFELD, C. A. S. . Cidadania Ecológica - Fundamentos para a compreensão da emergência e do significado do Estado de bem-estar ambiental e do Direito Ambiental. 1. ed. Pelotas: Delfos, 2006.

⁴ Foi o Secretário-Geral de Estocolmo-72, Maurice Strong, quem usou pela primeira, em 1973, a palavra ecodesenvolvimento para definir uma proposta de desenvolvimento ecologicamente orientado, capaz de impulsionar os trabalhos do recém-criado Programa das Nações Unidas para o meio ambiente (PNUMA). Mas os princípios básicos do conceito foram formulados por Ignacy Sachs, pouco tempo depois, num artigo considerado clássico. Inicialmente, o conceito foi pensado para as zonas rurais dos países pobres, a partir de uma estratégia antitecnocrática que valoriza os conhecimentos das comunidades locais para produzir uma gestão mais ecológica dos recursos. (LEYS: 1999, p. 146).

⁵ Os primeiros, os preservacionistas, representados especialmente por John Muir representavam as posições mais radicais (não reconhecendo aos seres humanos nenhuma direito especial sobre o resto das espécies). John Muir conseguiu fundar o parque de Yosemite em 1890 nos EUA bem como o Sierra Club, uma organização não governamental norte-americana pioneira na luta preservacionista e que continua a existir ainda hoje (LEIS: 1999, p. 65). Os conservacionistas, por sua vez buscavam um ambientalismo que definiu-se os interesses e valores dominantes da civilização atual. O seu principal expoente foi Gifford Pinchot, o primeiro chefe do Serviço Florestal americano e colaborador estreito do presidente Theodore Roosevelt. Gifford Pinchot defendeu três princípios básicos: “... o uso dos recursos naturais pela geração presente, a prevenção do desperdício e o desenvolvimento dos recursos naturais para a maioria e não para a minoria dos cidadãos” (LEIS: 1999, p. 65-66).

⁶ A fundação da IUPN demonstra a importância inicial que os cientistas tiveram para a criação de preocupações ambientalistas atuais. Além destes, muitos economistas, ecólogos e ambientalistas, em geral começam a perceber que o mau uso dos recursos naturais, junto ao crescimento populacional, eram obstáculos para a superação da crise de alimentos (LEIS: 1999, p. 72).

o trabalho interdisciplinar e lhes permitia produzir conhecimentos científicos inovadores” (LEIS: 1999, p.76).

Nos anos 60 começam a surgir ONGs ambientalistas. A primeira ONG ambientalista de espectro internacional foi a World Wildlife Fund (WWF), O Fundo Mundial da Vida Selvagem. O ambientalismo no cenário dos anos 60 se beneficia da contra-cultura que ia desde a cultura dos Híppies do primeiro mundo até a guerrilha do Terceiro Mundo⁷. “Porém o movimento ambientalista era considerado elitista e ligado a classe média” (LEIS: 1999, p. 103). Nos anos 70, a questão ambiental amadurece. Em 1971 surge o Greenpeace lutando contra a poluição atmosférica causada por testes nucleares, na luta contra a caça às baleias e na luta contra a destruição dos ecossistemas em geral. “O Greenpeace cria um estilo próprio de ação direta, não violenta, que atraiu a imprensa internacional e a opinião pública” (LEIS: 1999, p. 106). No caso brasileiro, o país acompanhou as tendências de surgimento do movimento ecológico, “como no caso do Greenpeace, a primeira organização voltada para a militância ecológica foi a Associação Gaúcha de Proteção Ambiental” (SOLER: 1996, p. 69.)

Nos anos 70, o confronto entre as correntes ambientalistas era mais evidente, se expressando inicialmente através do pensamento neomalthusiano, que visava conter a superpopulação. A principal expressão desta corrente se dá com a obra intitulada de a Bomba Populacional, de Paul Erlich que visava alardear o combate do crescimento populacional. Esta obra introduz o alarmismo no debate ambiental, ou seja, a consciência dos enormes riscos gerados para a espécie humana pela degradação da natureza. Com base nestes argumentos expressos nos estudos científicos deste período sintetizado por Erlich, a comunidade científica construiu sua principal tese, a do crescimento zero, ou seja, a idéia de que o crescimento econômico e populacional deveria ser contido. Esta tese foi aceita na época tanto por setores do ambientalismo radical como por setores ambientalistas reformistas que concordavam com os novos argumentos trazidos pelos cientistas. Estes argumentos deram origem a um artigo na revista *Ecologist* assinado por dois prêmios nobéis ingleses. Este artigo disseminava o modelo radical de crise ambiental irreversível gerada

⁷ Este tema está tratado na nota de rodapé número 2 referente a crise dos anos 60 e 70.

pelo crescimento populacional que levava a degradação ambiental crescente, tese que foi defendida e divulgada pela famosa revista inglesa⁸. Neste cenário surge a idéia de sustentabilidade econômica para o desenvolvimento, o desenvolvimento sustentável, que deve conciliar a preservação da natureza, respeito aos saberes locais, planejamento antitecnocrático e combate à pobreza⁹.

“Os partidos verdes, especialmente na Alemanha, nos anos 80, assim como outras vertentes e organizações com os mais variados espectros de ação” (CAPRA: 1996, p. 25-27) também são resultantes deste processo mais amplo de constituição das lutas ambientais no século XX. Além dos partidos verdes surgem outras correntes ambientalistas emergentes do que se convencionou chamar de nova esquerda, a partir dos anos 70, as correntes ecofeministas, por exemplo, que interligam a questão ambiental e o pacifismo ao movimento feminista. Outro grupo é o dos ecopacifistas, que alertam para a chance de uma hecatombe nuclear na guerra-fria e “os ecocentristas, que deslocam a questão ambiental do antropocentrismo, para a própria natureza, ou seja, retirando a centralizado do homem e inserindo-o na condição de parte das relações ecológicas” (PEPPER: 1992, p. 90) e poderíamos adicionar os vermelhos-verdes, grupos que emergem da fusão de

⁸ Neste contexto alarmista situa-se o conjunto de debates encaminhados pelo Clube de Roma fundado em 1968 como uma associação, com ramificações na maioria dos países industriais, formada por cientistas, políticos, empresários preocupados com a governabilidade dos problemas ambientais globais. O Clube de Roma encomendou um ambicioso plano de trabalho ao Massachusetts Institute of Technology (MIT) baseado no método da dinâmica de sistemas de Jay Forrester com seu método permitia o processamento de grande número de informações por simulações computacionais, o mais famoso dos relatórios produzido por esta associação era chamado de: “Os limites do Crescimento (The limits of Growth e que foi publicado antes da conferência de Estocolmo em 1972)” (LEIS:1999, p. 80-81).Este debate introduzido pelo estudo encomendado pelo Clube de Roma alcançou a importante Conferência de Estocolmo em 1972, se inscrevendo: “nas complexas relações entre o Norte e o Sul, estes últimos acreditavam que a questão ambiental era um artifício para impedir seu desenvolvimento” (LEIS: 1999, p. 84).

⁹ A sustentabilidade econômica do desenvolvimento é a mais óbvia e está colocada como crescimento econômico contínuo sobre bases não predatórias, tanto para garantir a riqueza como para eliminar a pobreza (causa importante da degradação ambiental) e fazer os investimentos que permitam uma mudança do modelo produtivo para tecnologias mais sofisticadas e apropriadas (LEIS: 1999, p. 155).

comunistas, socialistas com os partidos e movimentos ambientalistas (PEPPER, 1992).

Nos anos 80 e 90, surgem movimentos que caminham para a ação institucional e até para o “*terrorismo ecológico*”, inspirado em certa leitura radical de combate à sociedade industrial, e mesmo na luta contra o uso de cobaias em experimentos científicos baseados em premissas do utilitarismo ético¹⁰ de autores como Peter Singer (2004), essas posições se embasavam também em experiência calcadas no neo-anarquismo ecológico¹¹. No cenário social de globalização dos movimentos sociais surgem também discursos ecossocialistas. Essa corrente - presente nos partidos verdes, nos movimentos vermelho-verde, assim como na extrema esquerda e até mesmo no seio da esquerda clássica- está longe de ser politicamente homogênea, mas a maioria de seus representantes compartilha o interesse em alguns temas. Em ruptura com a ideologia produtivista do progresso - em sua forma capitalista e/ ou burocrática (dita socialista real) - que apostou na expansão até o infinito de um modo de produção e de consumo destruidor do meio ambiente, e contrário aos interesses dos trabalhadores e dos povos do Sul, ou seja, este movimento compreendeu a impossibilidade de um desenvolvimento sustentado nos quadros da economia capitalista de mercado (LOWY: 2000, p. 35), assentada na exclusão e destruição da natureza.

¹⁰ O utilitarismo ético consiste em uma corrente filosófica, com destaque para o filósofo inglês Jeremy Bentham (1738-1832) que preconiza a utilização de meios adequados para alcançar o maior prazer e felicidade possíveis, dentro de escolhas racionais. A escolha de meios e fins éticos consiste na busca ideal da minimização dos sofrimentos e nos uso dos meios mais adequados para alcançar determinada finalidade. Peter Singer assinala tal filosofia para a causa da “libertação animal” adotando um conjunto de procedimentos destinados a abolir ou reduzir o sofrimento animal banalizado pela ciência, através, por exemplo, de testes científicos para aferir a segurança humana de medicamentos, alimentos, cosméticos, com o recurso a cobaias animais, pela indústria de carne animal, seja no abate, no transporte, criação, destas criaturas.

¹¹ O neo-anarquismo da ecologia social compreende hoje movimentos que também pleiteiam inclusive o biorregionalismo, com um retorno ao bucolismo paisagístico, à fuga da burocracia e da impessoalidade do mercado, com um caráter variável do liberalismo ao libertarismo caracterizando grupos desta matriz, especialmente nos EUA. O quarto mundo se separaria do Estado (cisão dentro do próprio Estado), assim como ocorreu com o terceiro mundo. O anarquismo comunal também seria outra realidade emergente (PEPPER, 1992: 278-279).

Assim, no bojo desta direção crítica surgem pensadores ecossocialistas amparados em um eco-realismo afirmam a necessidade de reversão da crise ambiental sob o paradigma socialista¹². Para estes autores surge a necessidade básica da construção de um novo Estado Ecossocialista, menos tecnocrático que o do socialismo real, e capaz de superar o desafio social, ao lado do desafio ambiental, não sendo possível à superação nos marcos capitalistas do discurso do desenvolvimento sustentável, propagandeado em conferências como Estocolmo (1972), Relatório Brundtland (1987), Eco Rio 92, Protocolo de Kyoto, Rio + 5, Rio + 10 (2002)¹³, e nos recentes painéis intergovernamentais sobre mudanças climáticas nos marcos do cenário de aquecimento global, sendo que o mesmo pode estar ainda contaminado no cenário da globalização neoliberal pela visão insustentável do progresso como idéia de dominação da natureza no mundo moderno colonial (PORTO-GONÇALVES: 2006, p. 61).

A radicalização do ideário ambiental por estas correntes surge no bojo do quadro histórico das últimas décadas, com a intensificação da crise ambiental¹⁴, através da redução da camada de ozônio, ampliação das megaextinções e destruição da biodiversidade provocada pela ação antrópica através da expansão de atividades extrativas (minérios, combustíveis fósseis, madeira de florestas tropicais), agrícolas e urbanas. Lowy e Bensaid (2000) sintetizam e demonstram a importância da ecologia para a percepção e conscientização acerca deste quadro desolador¹⁵ que ameaça a sobrevivência futura da humanidade¹⁶.

¹² Porém a nova dimensão ecossocialista precisa romper alguns mitos que foram partilhados com as doutrina liberais, especialmente o do progresso ilimitado, que resultou em uma liberdade conquistada pelo trabalho e pela técnica à custa da degradação das condições sócio-ambientais (LEIS:1999, p. 206).

¹³ “Estes documentos muitas vezes refletem uma postura tecnocrática acreditando na resolução dos problemas sociais sem grandes reformas sociais, bastando uma gestão adequada da economia e do ambiente” (PEPPER: 1992, p. 63).

¹⁴ A partir de uma perspectiva futura desenha-se no século XXI, um possível cenário de hecatombe ecológica promovida pela sociedade industrial capitalista, e que foi implementado até mesmo pelo socialista real. O debate ambiental assume protagonismo devido à crise sócio ambiental sem precedentes que atinge o planeta. “A crise ambiental da modernidade surge como questão fundamental a ser enfrentada pelo conjunto da humanidade” (WALDMAN: 2003, p. 543).

¹⁵ Como outros exemplos que levaram ao reconhecimento das bandeiras ambientais estão a luta contra a poluição, em suas mais variadas formas. Este processo dependeu da comprovação do problema ambiental através de grandes desastres

Esta lógica ecossocialista precisa se inteirar também da internacionalização da questão ambiental formalmente expressa em conferências como a Eco-Rio 92¹⁷, o protocolo de Kyoto, que estabelece metas para emissão de dióxido de carbono devido ao efeito estufa provocado por esses gases e a Rio+10¹⁸, pois os mesmos representam esforços de cooperação internacional na problemática ambiental¹⁹, ainda que impregnados de aspectos da

ambientais, como no caso de Minamata no Japão caracterizado pelo derramamento de mercúrio por empresas locais, na baía japonesa de mesmo nome, culminando na morte de várias pessoas. Outros fenômenos como a chuva ácida provocada por emissões de gases em diversos países, a destruição da camada de ozônio, o efeito estufa também fazem parte desta problemática (BARBIERI: 2003, p. 17).

¹⁶ A grande contribuição da ecologia foi- e continua sendo- levar-nos a tomar consciência dos perigos que ameaçam o planeta em consequência do atual modo de produção e de consumo: o crescimento exponencial da desertificação das terras férteis, a acumulação de dejetos nucleares incontroláveis, a ameaça constante de novas Tchernobys¹⁶, a destruição em um ritmo acelerado de Florestas, o efeito estufa e o perigo de ruptura da camada de ozônio (que tornaria impossível toda vida orgânica no planeta) configuram um cenário de catástrofe que coloca em questão a própria sobrevivência da humanidade. Estamos enfrentando uma crise de civilização que exige mudanças radicais. (LOWY e BENSARD: 2000, p. 233).

¹⁷ A Eco-Rio 92 traz o importante conceito da Agenda 21 voltada para o desenvolvimento sócio-econômico em harmonia com a natureza: A Agenda 21 da Eco-92 do Rio de Janeiro, assumida hoje por praticamente todos os países do planeta, tem o compromisso de estabelecer estratégias de desenvolvimento que assegurem o futuro das próximas gerações, de modo a garantir as necessidades básicas, gerando e distribuindo riqueza em harmonia com a natureza. A idéia de desenvolvimento sustentável, oficializada no mencionado evento, menciona também a importância de atender as necessidades das atuais gerações, porém não define quais são tais necessidades. Em qualquer caso, deve pressupor um compromisso com a distribuição da riqueza gerada, para que assim se possa construir uma sociedade sustentável, menos injusta e dispar que verificada atualmente, tanto na relação entre países como no interior destes. (MARTINS: 2001, p. 159).

¹⁸ A Rio +10, ou Conferência das Nações Unidas sobre Ambiente e Desenvolvimento Sustentável, é o segundo encontro do ONU (Organização das Nações Unidas) a discutir o uso dos recursos naturais sem ferir o ambiente. A mesma visava também discutir meios de implementação da Agenda 21. Ao fim da Rio +10 realizada em Johannesburgo entre 24 de agosto e 4 de setembro, espera-se que três documentos sejam produzidos: uma declaração política, que expresse novos compromissos e os rumos para a implementação do desenvolvimento sustentável; um programa de ação, negociado para orientar a implementação dos compromissos assumidos pelos governos; uma compilação, não negociada, de novos compromissos e iniciativas em parceria para ações específicas em nível regional ou nacional. (FOLHA on-line, 2008). http://www1.folha.uol.com.br/folha/especial/2002/riomais10/o_que_e.shtml.

¹⁹ Esta tendência foi iniciada de fato e com maior propriedade pela Eco-Rio 92 que também expressa um paradoxo na sua implementação: A realização da Cúpula da

ideologia da globalização neoliberal capitalista. Outro item é o da construção de uma nova consciência ecológica planetária.

2. UMA NOVA ECOLOGIA POLÍTICA RUMO A PRODUÇÃO DE UMA NOVA MENTALIDADE AMBIENTAL PLANETÁRIA

A crise ecológica coloca uma exigência inevitável, a de colocar a ecologia, como componente fundamental da política, ou seja, introduzir uma dimensão ecológica no pensamento, impondo modelos que contrariem os imperativos de reprodução do capital, o que deve garantir a busca de uma apreensão clara das causas dessa crise, dentro dos imperativos que se dirigem-sim, a reprodução capital através da subordinação da natureza e da sociedade (BIHR: 1999, p. 126). Uma contextualização adequada da crise ecológica exigiria a sua inserção dentro dos cenários mais amplos das relações capitalistas, de produção, bem como da percepção idealista do ecologismo que limita seriamente seu potencial crítico, especialmente no plano teórico, e até mesmo a sua importância prática, política, no plano da ação coletiva dos movimentos ecológicos, que entram numa série de impasses, na medida em que os mesmo não conseguem apontar caminhos, para a superação da crise ecológica situada dentro do modelo capitalista dominante²⁰ (BIHR: 1999).

Terra (Earth Summit) da Rio-92 aconteceu dentro das novas condições surgidas no fim daquele período. Nunca antes outro encontro internacional (por qualquer motivo que fosse) tinha sido legitimado pela presença de tantos chefes de Estado, nem por tantas organizações não-governamentais de todo tipo. Observando então a Rio-92 poderia concluir-se que, finalmente, as soluções para os problemas globais começavam a receber uma atenção política concreta. Mais depois de vários longos anos da Rio-92 pouco ou nada saiu do papel, e os problemas ambientais e sociais globais continuam deteriorando-se gradativamente. O paradoxo que esses fatos colocam poderia ser expresso da seguinte forma: como é possível que o ambientalismo tenha chegado a penetrar, consensualmente e de forma tão expressiva, em todos os setores da sociedade mundial e, nem por isso, tenha melhorado a governabilidade dos problemas ambientais globais agendados? (LEIS: 1999, p. 169-170)¹⁹.

²⁰ Outro problema do movimento ecológico atual é a falta de estrutura e conexão entre as organizações ambientais de acordo com Waldman: Isto posto, qualquer estratégia política do ecologismo passa, primeiramente, pela recusa da inconseqüência de entender como sinal de avanço a precária situação vivida pela maioria das entidades ecológicas, normalmente formadas por pequenos grupos isolados, sem articulação política entre si. Atuando de forma difusa, sem um plano comum de lutas e sequer dispondo de fóruns regionais realmente representativos, as pequenas entidades, próximas ou então formadas por membros das classes

O problema da crise ecológica não significa defender a restituição da ordem natural ao seu estado original, dentro de um modelo de intocabilidade da natureza modificada por milênios de trabalho humano. A lição a ser apreendida e transformada em um novo plano de planificação consciente libertando a humanidade das relações capitalistas de produção e da tecnociência (BIHR: 1999, p. 133). Outro problema de grande parte do movimento ecológico contemporâneo para Bihir está em que: “Os limites da crítica ecológica idealista não permitem considerar no cálculo as relações capitalistas de produção” (BIHR: 1999, p. 131), o que inibe o seu caráter crítico e transformador²¹.

Quando apoiado, na visão que ignora a suplantação do capitalismo para eliminar a crise ecológica e social. Pois acredita em uma utopia em que o capitalismo pode se tornar sustentável, verde e resolver os conflitos institucionalizando-os através de parcerias. Esta visão de acordo com Wallerstein desconsideraria a lógica reinante do capitalismo de transformar tudo em mercadoria e em sua tendência de externalizar os custos ambientais, ou seja, poluir em outras regiões mais pobres ou com menos eficiência na legislação ambiental, para conseguir mais lucros, exportando a poluição ou terceirizando-a em outras regiões do planeta (WALLERSTEIN: 2002, p. 111).

A preocupação, com o entorno artificial, que envolve o mundo do trabalho com o meio ambiente do trabalho, deveria assim, ser incorporada ao campo das novas discussões acerca do mundo do trabalho, reorientando os critérios de produção em função de

populares, não conseguem se contrapor as grandes entidades. Estas possuem acesso facilitado à mídia, poderosa infra-estrutura financeira e material. Terminam por capacitarem-se institucionalmente como interlocutores da questão ambiental. Controlando forte aparato logístico (informação eletrônica, rede de contatos), as grandes entidades conseguem atuar junto à opinião pública de forma externamente eficaz. Às expensas da militância, impõem ao público, convencendo-o de que suas propostas são representativas do movimento ecológico como um todo (caso recente da conversão da Dívida por proteção Ambiental; repudiada pelos ecologistas, era trabalhada em sentido contrário pelos órgãos de imprensa.” (WALDMAN: 1992, p. 36).

²¹ Mas, ao mesmo tempo, pelo fato de sua crítica ao capitalismo não ir até a raiz dos problemas ecológicos, esses movimentos ecológicos se condenam a procurar e propor uma solução para esses últimos no seio do capitalismo e, contraditoriamente, a perenizar e até mesmo agravar alguns processos que denunciam (BIHR: 1999, p. 133).

critérios ecológicos, buscando uma sociabilidade alternativa, sustentando um novo modelo de democracia social (associativa e de autogestão), recebendo uma importante herança política e ideológica dos novos movimentos sociais da década de 70, além de criar uma solidariedade com os países do terceiro mundo, ou seja, estas são metas em direção a uma futura nova civilização ecológica (BIHR: 1999). Além disso, uma política embasada na idéia de uma sociedade sustentável permitiria a geração de empregos em inúmeros setores; a busca de novos meios de produção e matrizes energéticas alternativas, ainda que no longo prazo, poderia abrir espaço para o uso de meios menos predatórios do que a agroindústria monoculturista e as indústrias automobilísticas que aumentam o desemprego e interferem sobre os modos de transporte, do planejamento territorial. Desta forma seriam permitidas novas soluções possíveis, dentro da busca de um modo de produção menos predatório em relação à redução dos espaços, redução drástica das paisagens e da biodiversidade, alternativas ao modelo configurado atualmente (ROUSSET: 2001). Neste contexto, emerge também no Brasil um novo modelo de sociedade sustentável que transcende a retórica banalizada do desenvolvimento sustentável²² construída em Estocolmo, na Eco-Rio 92, etc. A nova agenda deve implicar na redistribuição das riquezas, na limitação da exploração da natureza e do homem, em um novo equacionamento das forças produtivas e das relações

²² O quadro de desenvolvimento do ambientalismo esta relacionado também as conferências realizadas sobre este tema devido ao crescimento da consciência ambiental. Nestas conferências criaram-se princípios como o do desenvolvimento. Nesta perspectiva insere-se o Relatório Brundtland: O caminho para o desenvolvimento sustentável estava aberto. Em 1983, a Assembléia Geral da ONU criou uma comissão independente para encontrar propostas inovadoras e realistas para harmonizar as questões do meio ambiente e desenvolvimento. O desafio ambiental chegava agora ao centro do dispositivo do sistema internacional. A economia mundial não podia isentar-se de levar em conta o meio ambiente. A Comissão Mundial sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento, organizada a partir da decisão da ONU, foi presidida por Gro Brundtland e estava composta por personalidades representativas de países com diferentes culturas, sistemas políticos e graus de desenvolvimento (a comissão tinha 23 membros, dos quais 12 vinham de países subdesenvolvidos, 7 países desenvolvidos e 4 de países de regime comunista). Os trabalhos de comissão levaram aproximadamente quatro anos, e seu relatório final ficou mundialmente conhecido como Relatório Brundtland, embora fosse publicado com o título de Nosso Futuro Comum (Our Common Future), (LEIS: 1999, p. 149).

sociais de produção. No plano existencial cotidiano, deve implicar na mudança de estilos de vida e de possíveis padrões alternativos de sociabilidade centrados na cooperação social e econômica como nos remete o caminho de solidariedade e da autogestão democrático-participativa da economia solidária desde que não colonizada ainda que periféricamente pela lógica neoliberal do mercado. O discurso da responsabilidade ambiental das empresas e dos marcos escritos da Agenda 21, direcionadas ao poder local, não conseguem ser minimamente efetivados por implicar na decisão ainda que mínima da internalização, das externalidades ambientais, ou seja, da absorção dos custos de prevenção e preservação do meio ambiente, adotando medidas realmente eficazes para restringir a destruição ambiental visando a restauração da saúde planetária: local, regional, nacional e global, mesmo que comprometendo as margens de lucro existentes no processo de acumulação capitalista.

Porém pode-se dizer que o ambientalismo e sua ecologia política, propõem uma pauta de princípios básicos que o diferenciam: ecologia, responsabilidade ou justiça social, democracia direta ou participativa e não violência (Leis: 1999, p. 119). Estes princípios são núcleos do ambientalismo e da sua ecologia política. A consciência ecológica e a compreensão pontual da crise ecológica, a consciência da responsabilidade humana e social na reversão desta crise. A ligação da destruição da natureza, a questão mais ampla da desigualdade social e a sua reversão por medidas de justiça social. Esta problemática envolve a busca de métodos democráticos para governar a sociedade, com o máximo de participação deliberativa nos assuntos públicos e a busca de soluções não violentas que afirmam propositivamente a nova mentalidade ecológica emergente.

Assim a ecologia política se posiciona como um marco reflexivo vital da sociedade contemporânea, pois destas escolhas brotará o futuro do planeta para as futuras e até para a nossa geração (tal a rapidez das mudanças que vem ocorrendo devido a interferência antrópica do homem sobre o planeta), o que exige mudanças no nível local e global.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A emergência da consciência ecológica constitui-se em uma trama histórica plural, os seus reflexos na mentalidade contemporânea são cada vez mais significativos e a sua necessidade para a sobrevivência da humanidade é imperativa.

A temática ambiental orienta a humanidade para uma encruzilhada civilizatória que remete para uma nova postura pautada por mudanças globais, locais e cotidianas que devem ser orientadas por uma nova ecologia política, que se consubstancie em uma nova práxis civilizatória rumo a um novo paradigma de relação homem-natureza.

Referências Bibliográficas

- BIHR, Alain. **Da Grande noite à alternativa**. Tradução de Wanda Caldeira Brant. 2. ed. São Paulo: Boitempo Editorial, 1999.
- BIRNFELD, Carlos André Sousa. **Cidadania Ecológica - Fundamentos para a compreensão da emergência e do significado do Estado de bem-estar ambiental e do Direito Ambiental**. 1. ed. Pelotas: Delfos, 2006.
- CAPRA, Fritjof. **A teia da vida. Uma nova compreensão científica dos sistemas vivos**. Tradução Newton Roberval Eichenberg. São Paulo: Editora Cultrix, 1996.
- GONÇALVES, Carlos Walter Porto. **Os (dês)caminhos do meio ambiente**. 14. ed. São Paulo: Editora Contexto, 2006, p. 25-27.
- LOWY, Michael. **De Marx ao Ecossocialismo**, p. 233, in: Michel Lowy e Daniel Bensaïd; organização e apresentação de José Corrêa Leite; [tradução Alessandra Ceregatti, Elisabete Burigo e João Machado]. São Paulo: Xamã, 2000.
- LOVELOCK, James. **A Vingança de Gaia**. São Paulo: Editora Intrínseca, 2006.
- MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. 15 ed. Revista, Atualizada e Ampliada. São Paulo: Malheiros, 2007.
- MARTINS, SOLER E SOARES. **O desafio da sustentabilidade. Um debate socioambiental no Brasil**, in: Gilney Viana, Marina Silva, Nilo Diniz (organizadores). O desafio da sustentabilidade: um debate socioambiental no Brasil. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2001.

MILARÉ, Edis e José de Ávila Aguiar Coimbra. **Antropocentrismo x Ecocentrismo na Ciência Jurídica**, in: Revista de Direito Ambiental-n. 37. Janeiro-Março. 2005.

PEPPER, David. **Socialismo ecológico**. Lisboa: Instituto Piaget, 1992.

ROUSSET, Pierre. O ecológico e o social: combates, problemas, marxismos, p. 227. In: CATTANI, Antonio David. **Fórum Social Mundial: a construção de um mundo melhor**. Porto Alegre/Petrópolis: Editora da Universidade – UFRGS, Vozes, Unitrabalho, Corag, Veraz Comunicação, 2001.

SINGER, Peter. **Libertação Animal**. Porto Alegre: Lugano, 1990.

SOLER, Antonio C. P. **O Direito Ambiental. Como instrumento de Cidadania e a Legislação Existente em Pelotas**, p. 63-83, in: Sociedade em Debate. Pelotas Universidade Católica de Pelotas; EDUCAT, V. 2, N. 2, p. 1-136, jun/96.

VÉRAS NETO, Francisco Quintanilha. **Análise crítica da globalização neoliberal**. Curitiba: Juruá, 2007.

WALDMAN, Maurício. **Ecologia e lutas sociais no Brasil**. 4ed. São Paulo: Contexto, 1998.

_____. **Natureza e sociedade como espaço de cidadania**, p. 543, in: Jaime Pinsky & Carla Bassanezi Pinsky (Orgs). História da Cidadania. São Paulo: Contexto, 2003.

WALLERSTEIN, Immanuel. **O fim do mundo como o concebemos: Ciência Social para o século XXI**. Tradução de Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

**LO QUE SE GLOBALIZA Y LO QUE NO SE GLOBALIZA:
ALGUNAS ACOTACIONES SOBRE LA GLOBALIZACIÓN Y LOS
DERECHOS HUMANOS**

SHEILA STOLZ*

1. LA GLOBALIZACIÓN: APUNTES INICIALES¹

Dada la configuración que presenta el fenómeno de la globalización, pienso que, desde la perspectiva teórica, estamos delante de un concepto poliédrico que hace referencia a distintas dimensiones políticas, económicas, sociales y culturales relativas al ámbito internacional, a las fronteras de los Estados e, incluso, a la vida individual de las personas. Se puede añadir a lo antedicho que desde el punto de vista práctico y real los efectos negativos y positivos que advienen o pueden producirse como frutos de la globalización son perceptibles a ojos vistos, lo que nos induce a concluir que ningún grupo social, comunidad política y/o Estado es plenamente autónomo, autosuficiente y/o autosostenible, sino más bien todo lo contrario, ya que todos se relacionan y/o dependen unos de los otros.

Una excelente aportación sobre las consecuencias político-económicas de la globalización las hace Jan Aart Scholte² en el libro *“The Globalization of World Politics. An Introduction of International Relations”*, enumerando de forma sistemática las implicaciones que el proceso de globalización ha tenido sobre la política mundial y las

* Professora da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande – FURG. Doutoranda em Direito pela Universitat Pompeu Fabra – UPF, Barcelona, Espanha. Mestre em Direito. Coordenadora Geral do Núcleo de Pesquisa e Extensão em Direitos Humanos – NUPEDH (FURG). Pesquisadora do Grupo de Pesquisa Processos Participativos na Gestão Pública – PPGP – da Universidade Federal de Pelotas.

¹ Notas de esclarecimento de la autora:

a) Este paper es fruto de las investigaciones jurídicas concretizadas en el Núcleo de Pesquisa e Extensão em Direitos Humanos – NUPEDH - FURG.

b) Una versión preliminar de este paper fue presentada en el ámbito del *Ciclo de Estudos sobre Direito e Cidadania*.

c) Las citas mencionadas en el decurso de ese *paper*, originalmente escritas en inglés, fueran traducidas por la autora y son de su entera responsabilidad.

² Jan Aart Scholte es profesor en la *University of Warwick*/Inglaterra y Co-Director del *Centre for the Study of Globalisation and Regionalisation*.

relaciones de poder en el sistema de relaciones entre los Estados. Además, de acuerdo con el profesor Jan³, la proliferación de diversas redes socio-políticas de carácter subestatal y supraestatal⁴ hace imposible la identificación reduccionista de la sociedad internacional como una mera sociedad de Estados soberanos y autónomos, hecho que obliga a los politólogos, sociólogos, economistas y también a los teóricos y operadores jurídicos a considerar la realidad global de un modo más complejo, puesto que en ella participan una pluralidad de actores con una visión de mundo también plural y heterogénea. Características (pluralidad, complejidad, heterogeneidad) que también son encontradas en el ámbito interno de los Estados-nación.

Entre los factores, ideologías y modelos que se globalizan se encuentran, por ejemplo, lo que se puede llamar de difusión-diseminación de la idea de *democracia*. Dicho aspecto de la globalización suele fijar el ideal de la democracia como un modelo político a ser implementado por todos los Estados independientemente de las contingencias históricas, políticas, sociales o económicas que puedan existir en cada realidad concreta. No obstante, y como muy a menudo sucede, con sólo la culminación de algunos componentes democráticos que se refieren a la democracia representativa formal – tales como la obligatoriedad de elecciones regulares y la institucionalización de más de un partido político - ya se entiende atendidos los reclamos democráticos y, por consiguiente, el incremento de los aspectos sociales y económicos de la democracia acaban relegados a un segundo plano. Por ello, además, la propagación de un modelo de Estado mínimo, privatizado y que acaba por arrinconar otras formas de Estado como, por ejemplo, el Estado Social de Bienestar.

A parte de las consecuencias políticas, el proceso de globalización se caracteriza por una organización mundial de la producción llevada a cabo por las grandes corporaciones y

³ Véase más en: AART, Jan. Global Trade and Finance. En John Baylis y Steven Smith (eds.), *The Globalization of World Politics. An Introduction of International Relations*. Oxford: Oxford University Press, 1997, 599-620.

⁴ He tratado de las consecuencias jurídicas para la configuración de la ciudadanía advenidas de las relaciones de carácter subestatal y supraestatal más minuciosamente en el artículo *forthcoming* de mi autoría titulado “*Ciudadanía: conceptos y concepciones. Por el reconocimiento de la diferencia y del cosmopolitismo*”.

empresas privadas multi y transnacionales⁵, bien como, por una completa interdependencia – que va mucho más allá de las tradicionales fronteras estatales- financiera y económica. Se puede añadir a estas características la importancia creciente de los acuerdos comerciales entre los Estados que permiten e institucionalizan la formación de grandes bloques económicos regionales que terminan imponiéndose a los intereses, derechos y “localismos” que cada vez más se fragmentan y marginan.

Entre otras características fundamentales de la globalización se puede mencionar el profundo cambio originado en los modelos tradicionales de producción que contribuyen al surgimiento de una nueva división internacional del trabajo. Se ha globalizado un determinado modelo de organización del trabajo y en el cual se flexibilizan las garantías laborales que acaban por precarizar las relaciones laborales⁶. El lema “menos derechos laborales y menos presión fiscal” es presentado como una gran solución para los problemas del desempleo y de la productividad. Aliado a las cuestiones laborales y productivas se propugnó por el modelo – ya implementado - de privatización masiva de las industrias y servicios nacionales (hecho que ocurrió en Europa y en muchos países latinoamericanos, por ejemplo). Entre los países pobres se institucionaliza, además, un modelo de rapiña como política de supervivencia, un modelo que alimenta la corrupción de los dirigentes políticos y sindicales, provocando que “muchos países llamados semiperiféricos se vean obligados a modificar sus legislaciones laborales y tributarias, haciéndolas menos

⁵ La participación de dichas empresas en el comercio mundial es del 70% del total. Además, más del 40% de las transacciones internacionales de mercancías y servicios se realiza entre tales empresas o entre las casas matrices de estas y sus filiales. En definitiva ellas controlan el 75% de las inversiones mundiales. Entre las empresas privadas transnacionales se da además un extraordinario grado de concentración, puesto que los cien (100) mayores grupos industriales del mundo (no están acá computadas las empresas destinadas a la implementación de servicios ni las financieras) ocupan aproximadamente unos 14 millones de personas, una cifra equivalente al 32% del empleo industrial de la Unión Europea.

⁶ Hago un debate más amplio sobre estas cuestiones en la conferencia “*O Direito ao/da Trabalho: origens, atualidade e perspectivas futuras*” presentada en la Semana Acadêmica do Curso de Direito da Faculdade Atlântico Sul.

el artículo forthcoming de mi autoría titulado “Algunas propuestas de reforma legal laboral en marcha en Brasil. Un análisis desde los principios fundamentales de la libertad y la autonomía sindicales preconizados por la OIT”.

proteccionistas hasta el punto de competir entre ellos, para conseguir el mejor tipo de inversión extranjera en sus territorios”⁷. Situación que en el caso de Brasil se reproduce entre los Estados miembros de la Federación.

Este paradigma imputado desde afuera y desde arriba acaba, en definitiva, por concentrar el capital y las riquezas en pocas manos aumentando de forma extrema y desmesurada las diferencias existentes entre los polos mundiales de riqueza y pobreza, bien como, la diferencia existente entre los más ricos y los más pobres en el ámbito interno de los Estados. De ahí que se pueda decir que el valor de la eficiencia acaba imponiéndose sobre los valores de la igualdad y la justicia, hecho que restringe y también arruina las garantías de la vida y el bienestar de la mayoría de la humanidad. Además, desde la perspectiva económica, la globalización torna exigua la ya escasa solidaridad entre los países más ricos y los más pobres del mundo, bien como, la solidaridad entre los ciudadanos pertenecientes a una misma comunidad política.

Desde la perspectiva cultural, la globalización también es vista por muchos como un nuevo intento de homogeneizar la pluralidad, neutralizando y controlando las diferencias que amenazan a la imposición del modelo civilizatorio occidental. Amartya Sen⁸, por ejemplo, advierte sobre el abrumador poder de la cultura y del estilo de vida occidentales para socavar los modos de vida y las costumbres sociales tradicionales, y de cómo occidente sigue dominando tanto como antes y en algunos aspectos más que antes, especialmente en los temas culturales.

Así, el paradigma de globalización – basado en criterios de eficiencia económico-financiera - que se nos presenta como incuestionable es además de un modelo civilizatorio-cultural que acaba anulando y/o suprimiendo las diferencias culturales homogeneizando identidades, historias, culturas, sociedades, un instrumento amplificador de exclusión y dominación social.

⁷ FARIÑAS DULCE, M. J. Globalización, ciudadanía y Derechos Humanos. Madrid: Dykinson, 2000, p. 23.

⁸ SEN. A. K. *Development as freedom*. New York: New York Anchor Books 2000, pp. 227-248.

2. ¿QUÉ PAPEL JUEGAN O DEBERÍAN JUGAR LOS DERECHOS HUMANOS EN UN MUNDO GLOBALIZADO?

2. 1. Los Derechos Humanos desde la perspectiva internacional

Ahora bien, si lo susodicho en el apartado anterior es correcto, creo que todos estaríamos de acuerdo en afirmar que la globalización genera muchas amenazas, pero también pienso que puede suscitar algunas oportunidades. Una de tales ventajas es la de proporcionar un nuevo contexto en el cual examinar el respeto a los derechos humanos y las libertades fundamentales y, ello porque, no resta dudas que la globalización ha ayudado a expandir universalmente el valor de los derechos humanos y a construir un cierto consenso al rededor de un núcleo de derechos y libertades. Y, en que pese a las graves violaciones a los derechos humanos que tuvieron lugar en el siglo XX, opino que también se puede argüir que en ese período ha tenido lugar la formación progresiva de una cultura de los derechos humanos y su transformación en normas jurídicas vinculantes, que trascienden cuestiones relativas a la nacionalidad, la religión, las creencias, la sexualidad, las razas, las etnias, las culturas.

Además y según bien señala Falk⁹, la globalización ha creado nuevas oportunidades de desafiar al Estado “desde arriba y desde abajo”, sea por motivos de discernimiento de lo que son y de lo que representan los derechos humanos, sea porque es un signo de los nuevos tiempos la imposibilidad práctica de mantener en secreto, como en otras épocas históricas, los casos de prácticas restrictivas y/o violadoras – principalmente en lo que dice respeto a las violaciones masivas- de los derechos humanos por parte de los Estados y/o de terceros. Pues, nadie dudaría en alegar que el uso de las nuevas tecnologías aliado a la Internet ayuda a capturar y revelar, casi al instante en que ocurren los hechos, la realidad de tales violaciones. Sumado a ello, hay que mencionar el papel desempeñado por una red de activas organizaciones no gubernamentales y de la propia sociedad civil que se encuentran en la primera línea de defensa y promoción de los derechos humanos a escala local y mundial.

⁹ FALK, Richard. Interpreting the Interaction of Global Markets and Human Rights. En Alison Brysk (ed.), *Globalization and Human Rights*, Los Angeles: University of California Press, 2002, p. 61-76, p. 61.

Como bien subraya el Secretario General de Naciones Unidas Kofi Annan¹⁰ “la soberanía estatal debe ser redefinida”, puesto que “los Estados son instrumentos que deben estar al servicio de las personas y no viceversa” además, la tensión entre los cada vez más influyentes principios globales, por una parte, y la dificultad práctica de implementarlos por parte de Estados renuentes a acatar los principios de derechos humanos o a comprometer los recursos requeridos para dar a esos principios un efecto imparcial y general cuando ellos son violados, por otra, es algo que no tiene más cabida en el proceso civilizatorio.

Sin embargo, tal cual mencionado precedentemente, la globalización representa amenazas y, en se tratando del ámbito interno de los Estados, ellas pueden ser averiguadas con el incremento de los niveles de desigualdad que son, en efecto, un fruto más de sus premisas que lanzan constantes ultimátums a los derechos humanos y, en particular a los llamados derechos sociales de los ciudadanos¹¹. Ahora bien, ¿será que los Derechos Humanos están sólo y exclusivamente condenados a ser una justificación del modelo de globalización? o ¿será que ellos pueden configurar una estrategia emancipadora en el actual contexto globalizado?

Durante la Conferencia Mundial de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, que tuvo lugar en Viena en 1993, se dispuso claramente que ningún argumento, ni siquiera el relacionado con el desarrollo podía justificar restricciones a las libertades. Además, todo parece indicar, según la Conferencia, que los instrumentos económicos son más eficientes cuanto más se respetan los derechos humanos, ya se trate de los derechos civiles y políticos o de los derechos económicos, sociales y culturales¹².

¹⁰ Con base en un discurso de Kofi Annan cuando se refiere a la intervención internacional en Kosovo y Timor Leste. Acá se cita dicho discurso con base en la siguiente referencia bibliográfica: DOYLE, Michael y GARDNER, Anne-Marie. Introduction: Human Rights and International Order. En Jean-Marc Coicaud, Michael W. Doyle y Anne-Marie Gardner (ed.), *The Globalization of Human Rights*, Tokyo: United Nations University Press, 2003, pp. 1-22, p. 1.

¹¹ BRYSK, Alison. Introduction: Transnational Threats and Opportunities. En Alison Brysk (ed.), *Globalization and Human Rights*, Los Angeles: University of California Press, 2002, pp. 1-18, p. 5.

¹² Para un defensa de los Derechos Humanos como un *continuum* véase el artículo de mi autoría titulado “Algunas propuestas de reforma legal laboral en marcha en Brasil. Un análisis desde los principios fundamentales de la libertad y la autonomía sindicales preconizados por la OIT”, publicado en los *Anales del I Encontro Anual de*

En la medida en que la globalización constituye un proceso caracterizado por la desmultiplicación de los centros de decisiones y de las instancias de regulación, es preciso recordar a todos los actores implicados en ella sus responsabilidades, ya sean Estados, empresas, corporaciones o instituciones financieras y comerciales internacionales (entre otras, OMC, Banco Mundial, FMI) para que el libre comercio no sea un fin en si mismo, sino que sirva más bien como instrumento para otros fines, como el desarrollo humano y ecológico sostenible y sin fronteras tal y como fueron definidos en la Declaración Universal de 1948 y en los demás instrumentos internacionales que surgieron posteriormente a ella.

2. 2. Los Derechos Humanos y el sistema de derechos estatal

Desde la perspectiva interna de los Estados, cabe preguntarse qué función ejercen o pueden ejercer los Derechos Humanos. Pienso que si entendemos a los Derechos Humanos meramente como derechos subjetivos que cumplen, como las otras ramas del Derecho, las mismas funciones del sistema de derechos en general, le privamos de lo que llamo su función distintiva y que se justifica en la medida en que los Derechos Humanos aportan garantías a los seres humanos, primero frente al poder del Estado, luego en reclamo al Estado, y ahora también, en protección y reclamo frente a particulares y otros poderes, lo que implica garantías superiores o, por lo menos, distintas a las del derecho ordinario. Desde mi punto de vista, compartido por muchos teóricos¹³, los Derechos Humanos son concebidos como exigencias o demandas éticas que sirven de base para plantear, establecer, implementar demandas políticas, económicas, sociales, culturales y, como exigencias éticas, cabe decir que los Derechos Humanos no deben ser confundidos con los derechos legales legislados, aunque algunas veces sean identificados con ellos (en el caso brasileño con los derechos fundamentales previstos en la Constitución de 1988).

Todo lo dicho precedentemente es muy importante y pensado, por supuesto, desde un sistema democrático razonable y en donde hay respeto por la ciudadanía y el ejercicio y garantía juiciosa de los derechos y deberes que les corresponde a los

Grupos de Pesquisa em Direito da Região Sul do Estado do RS. ISBN: 978-85-7566-102-4.

¹³ SEN. A. K. *Development as freedom.* New York: New York Anchor Books 2000.

ciudadanos. Sin embargo, creo que no podemos olvidar que para muchos pueblos y personas les es imposible pensar cívicamente y luchar, en consecuencias, por sus derechos, dado que literalmente están más preocupados por su supervivencia y por llenar sus estómagos vacíos y hambrientos¹⁴. Por todo ello, creo que debemos (en particular nosotros como brasileños y operadores jurídicos) empezar haciéndonos una de las preguntas centrales de la filosofía moral y política, ¿qué es lo primero que hay que hacer?: erradicar el sufrimiento y la pobreza o garantizar las libertades políticas y los Derechos Humanos que de poco les sirven de todos modos a los pobres y hambrientos.

La respuesta posible o si se quiere, a que definiendo, y tal cual ya indicado por la Conferencia Mundial de Derechos Humanos/1993, apunta que las conexiones que existen entre las libertades políticas y la comprensión y la satisfacción de las necesidades económicas, son conexiones instrumentales y constructivas. En otros términos es indispensable que se articulen igualmente los principios de la libertad, la igualdad y la eficiencia – entendida como la capacidad de producir los medios materiales que constituyen el sustrato de la libertad real de todos-, como una respuesta coherente y apta a enfrentar a los neoliberalismos actuales y, principalmente, capaz de incrementar las bases de una sociedad justa¹⁵. Para lograr los antedicho Van Parijs crea lo que llama *principio de libertad real máximo para todos* que ofrece, según el autor, “una alternativa sólida al neoliberalismo, con la doble ventaja de atacarlo en su propio terreno -la libertad- en su componente fundamental, y de invocar un criterio normativo preciso - el ‘maximin de libertad real’ - frente a un componente instrumental”¹⁶.

¹⁴ Véase, entre otros, algunos datos estadísticos mundiales sobre la pobreza en: Informe sobre el Desarrollo Humano 2000-2001; Lucha contra la Pobreza del Banco Mundial; Informe de Desarrollo Humano 2000 del Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo; Informe de la Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación de 1999 (FAO); Informe anual de Unicef 2000 y el Informe Unicef-Hechos y Cifras 2000.

¹⁵ Entre otros autores defienden esta idea Rawls, Sen y Van Parijs.

¹⁶ PARIJS, Philippe Van. ¿Qué es una Sociedad Justa? Introducción a la práctica de la filosofía política. Barcelona: Ariel, 1993, p. 191.

Pero, además de la alternativa que nos ofrece Van Parijs creo, siguiendo a Fernández García¹⁷, que para más allá de las fronteras los Derechos Humanos deben ser concebidos como una ética de mínimos, eso es, como un modelo ético de convivencia que actúe sin pretensión de globalizarse –en el sentido de un intento de sustitución de las éticas personales e individuales, porque de hacerlo, conllevaría el riesgo de destruir la libertad humana-.

3. COMENTARIOS FINALES

Autores como Martha Nussbaum, Fariña y Boaventura Sousa Santos se orientan hacia la posibilidad de concebir a los Derechos Humanos desde el cosmopolitismo, como una globalización desde abajo, centrándose especialmente en los aspectos culturales; ya que para poder operar como una forma cosmopolita y contrahegemónica de globalización, los Derechos Humanos deben ser reconceptualizados como multiculturales.

Los Derechos Humanos se encuentran, entonces, en una encrucijada vital: o se mantienen como parámetro legitimador de la globalización actual, alejados por completo de la faz emancipadora y sin reclamar para sí funciones especiales a ser desarrolladas jurídicamente o bien al contrario, adoptan un aspecto emancipador y libertador y se reconstruyen como instrumento de crítica, de análisis, de lucha, de reivindicación, de reconstrucción.

En este mismo sentido, también la globalización puede ser diferente. Es cierto que la globalización es susceptible de lo peor y de lo mejor y que o bien podemos ver y sentir sólo su peor cara y consecuencias, podemos también pensar una globalización contrahegemónica y en la cual se globalicen el entendimiento de que todos somos personas iguales en derechos pero diferentes en nuestra identidad como seres culturales y, como tal, merecemos, en escala planetaria, acceder a justicia social y vivir bajo condiciones razonables de bienestar.

Por todo ello, y desde el actual escenario de la globalización económica, cultural y política, considero que el gran objetivo que tienen a cumplir los Derechos Humanos en el siglo XXI consiste en la posibilidad de que se conviertan en estrategia de emancipación humana. El cosmopolitismo, puede o mejor, pretende ser una

¹⁷ FERNÁNDEZ GARCÍA, E. Dignidad humana y ciudadanía cosmopolita. Madrid: Dykinson, 2001, p. 86.

estrategia de enfrentamiento a la globalización con los mismos instrumentos que ésta utiliza, pero con objetivos emancipadores y no impositivos o de dominación o explotación.

Referencias Bibliográficas

AART, Jan. Global Trade and Finance. En John Baylis y Steven Smith (eds.), *The Globalization of World Politics. An Introduction of International Relations*. Oxford: Oxford University Press, 1997, 599-620.

BRYSK, Alison. Introduction: Transnational Threats and Opportunities. En Alison Brysk (ed.), **Globalization and Human Rights**, Los Angeles: University of California Press, 2002.

DE LUCAS, Javier. Globalización y Derechos Humanos. **Jueces para la Democracia**, nº 32, julio, 1998, pp. 3-9.

DOYLE, Michael y GARDNER, Anne-Marie. Introduction: Human Rights and International Order. En Jean-Marc Coicaud, Michael W. Doyle y Anne-Marie Gardner (ed.), **The Globalization of Human Rights**, Tokyo: United Nations University Press, 2003.

DWORKIN, Ronald. **Taking Rights Seriously**. London: Duckworth, 1977.

FARIÑAS DULCE, M. J. **Los Derechos Humanos: desde la perspectiva sociológico jurídica a la 'actitud postmoderna'**. Madrid: Dykinson, 1997.

_____. **Globalización, ciudadanía y Derechos Humanos**. Madrid: Dykinson, 2000.

FALK, Richard. Interpreting the Interaction of Global Markets and Human Rights. En Alison Brysk (ed.), **Globalization and Human Rights**, Los Angeles: University of California Press, 2002, p. 61-76.

FERNÁNDEZ GARCÍA, E. **Dignidad humana y ciudadanía cosmopolita**. Madrid: Dykinson, 2001.

NUSSBAUM, M. **Los Límites del patriotismo identidad, pertenencia y ciudadanía mundial**. Joshua Cohen (ed.). Traducción de Carme Castells. Barcelona: Paidós, 1999.

PARIJS, Philippe Van. **¿Qué es una Sociedad Justa? Introducción a la práctica de la filosofía política**. Traducción de J.

Bignozzi, Edición Española a cargo de Eduard Gonzalo. Barcelona: Ariel, 1993.

_____. **Real Freedom for All: What (if anything) can justify capitalism?**. Oxford: Oxford Clarendon Press, 1995.

SANTOS, B. de Sousa. Hacia una concepción multicultural de los Derechos Humanos. **Revista Análisis Político**, nº 31, mayo-agosto, pp. 3-16.

SEN, Amartya Kumar. **Development as freedom**. New York: New York Anchor Books 2000.

STOLZ, Sheila. "Algunas propuestas de reforma legal laboral en marcha en Brasil. Un análisis desde los principios fundamentales de la libertad y la autonomía sindicales preconizados por la OIT". **Anales del I Encontro Anual de Grupos de Pesquisa em Direito da Região Sul do Estado do RS**. ISBN: 978-85-7566-102-4.

_____. "Ciudadanía: conceptos y concepciones. Por el reconocimiento de la diferencia y del cosmopolitismo". **Revista Jurídica do Curso de Mestrado da UNICURITIBA**, Curitiba, 2008.

WELLMAN, Carl. **Real Rights**. Oxford: Oxford University Press, 1995.

_____. **An Approach to Rights. Studies in the Philosophy of Law and Morals**. Dordrech: Kluwer, 1997.

FEMINISMO E DISCURSO PUNITIVO: CRÍTICA E RECORRÊNCIA À MODERNIDADE

ELISA GIROTTI CELMER*

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Nos últimos vinte anos, o reconhecimento da violência contra a mulher como sendo um problema público vem ocorrendo na sociedade brasileira. Durante este período, aconteceu uma politização do discurso relativo às práticas de violência contra a mulher, resultando em correntes de opinião que tendem a recorrer à criminalização e à punição dessas formas de violência. Simultaneamente, esse discurso punitivo dos movimentos de mulheres, em um cenário mais amplo, tem se confrontado com dois aspectos importantes da contemporaneidade: a crise do sistema de justiça criminal brasileiro (morosidade e impunidade) e a falência do sistema punitivo. Contudo, quando um movimento social conhece um certo sucesso e perdura durante algumas décadas mudanças, obviamente, acontecem. O entusiasmo inicial diminui, o “sucesso” do movimento não é estável: determinados temas levantados podem, às vezes, ser retomados e incorporados pela sociedade, esvaziando o caráter de tabu de tais assuntos fazendo com que o discurso deixe de ser marginal e se torne dominante.

Nos anos 80, incentivado pelo processo de democratização política que engatinhava na sociedade brasileira, o movimento de mulheres iniciou um diálogo com o Estado, no sentido de reivindicar políticas que dessem respostas institucionais de prevenção e punição da violência praticada contra a mulher¹.

O chamado “Lobby do batom” instituído pelo movimento de mulheres brasileiras, incluindo 26 deputadas federais constituintes, obtém significativo avanço, garantindo que na Constituição Federal fosse prevista a igualdade entre homens e mulheres em direitos e obrigações.

Por sua vez, o Estado, no intuito de se mostrar politicamente correto, encampou a defesa dos Direitos das Mulheres,

* Advogada criminalista. Professora Substituta da Universidade Federal do Rio Grande (FURG). Mestre em Ciências Criminais pela PUCRS. Pesquisadora do CNPq.
¹ LARRAURI, Elena. *La herencia de la criminología crítica*. Madrid: Siglo Veintiuno, 2000.

institucionalizando alguns espaços de discussão dos movimentos feministas e de mulheres. Em decorrência desta aproximação do movimento social com os órgãos estatais está ocorrendo uma maior tendência do Estado a incorporar na legislação reivindicações feministas, mormente no que se refere à violência doméstica e familiar contra a mulher.

Dentro desse contexto, têm-se, em especial, duas leis: a Lei 10.886/2004, a qual inseriu no Código Penal o delito de violência doméstica, e a recente Lei 11.340/2006, chamada de Lei Maria da Penha, que instituiu os Juizados da Violência Doméstica e familiar contra a mulher e, entre outras modificações, aumentou a pena do delito de violência doméstica, bem como vedou a utilização do rito da Lei 9.0099/95 para a apuração do referido delito. O objetivo específico deste artigo é explicitar contribuições dos feminismos para a crítica à modernidade, bem como a recorrência deste movimento social a preceitos modernos como forma de enfrentar a violência contra a mulher.

2. CRÍTICA À MODERNIDADE

As identidades, na contemporaneidade, estão sendo muito questionadas, haja vista o surgimento da fragmentação do indivíduo. As concepções da existência de identidades estáveis e permanentes entram em crise, dando espaço às idéias de um indivíduo constituído de várias identidades, algumas inclusive contraditórias. Essa desarticulação das identidades possui aspecto positivo, uma vez que possibilita a construção de novas identidades.

Segundo Stuart Hall, alguns avanços teóricos tiveram impacto sobre a concepção das identidades, dentre eles está o feminismo. Um dos objetivos deste trabalho é expor o papel relevante do movimento feminista na crítica à modernidade, mormente, para o deslocamento das antigas identidades estáveis².

O feminismo compõe o conjunto dos ditos “novos movimentos sociais” que tomou corpo a partir dos anos sessenta. De modo geral, esses movimentos sociais se destacaram pela oposição simultânea ao socialismo aplicado na URSS e ao capitalismo ocidental, constituindo, assim, via alternativa de contestação aos sistemas políticos dominantes. Dentro dessa lógica de contestação os novos

² HALL, Stuart, 2001. p.15. Nesse sentido, também BHABHA, Homi.

movimentos sociais ressaltavam o aspecto objetivo e subjetivo da política, ao mesmo tempo em que desacreditavam nos grandes movimentos de “massa” para reforçarem a idéia de diversos pequenos movimentos sociais.

Nesse sentido, cada movimento recorria à identidade social de seus sustentadores; surgia, assim, a chamada política de identidade. Contudo, o feminismo dentre esses novos movimentos sociais teve influência direta no deslocamento conceitual do indivíduo moderno pelos motivos que serão expostos doravante.

Tendo como *slogan* “o privado também é político”, o movimento feminista propôs o questionamento da dicotomia das dimensões “dentro” e “fora”. Trazer à tona a inexistência desta separação entre público e privado teve grande relevância, pois colocou em discussão todas as separações dualistas que até então predominavam.

Especificamente, no que tange o conceito de indivíduo, esse questionamento contribuiu para o gradativo abandono das separações entre corpo e mente; racional e emocional e assim por diante. Com isso, surgiu uma nova perspectiva de se analisar o indivíduo não como algo bipartido, mas como um aglomerado de diversas características, constituindo diferentes identidades.

Conforme explica Bhabha, o afastamento das singularidades de “classe” ou de “gênero” resultou numa consciência das posições do sujeito (de raça, gênero, geração, local institucional, localidade geopolítica, orientação sexual) que habitam qualquer pretensão à identidade no mundo contemporâneo³. Nossa autopresença mais imediata, nossa imagem pública, vem a ser revelada por suas descontinuidades, suas desigualdades, suas minorias. Teoricamente inovador e politicamente crucial é a necessidade de passar além das narrativas de subjetividades originárias e iniciais, para focalizar os momentos ou processos que são produzidos na articulação de diferenças culturais. Esses “entre-lugares” dão início a novos signos de identidade e postos inovadores de colaboração e contestação, no ato de definir a própria sociedade. Os sujeitos se formam nos interstícios, na sobreposição e deslocamento dos domínios da diferença, nos excedentes da soma das “partes” da diferença.

A representação da diferença não deve ser lida apressadamente como o reflexo de traços culturais ou étnicos

³ BHABHA, Homi. *O local da Cultura*. UFMG: Belo Horizonte, 2005.p. 20.

preestabelecidos, inscritos na lápide da tradição. O reconhecimento que a tradição outorga é uma forma apenas parcial de identificação. Ao reencenar o passado, este introduz novas temporalidades culturais, processo que afasta qualquer acesso imediato a uma identidade original. A articulação social da diferença, da perspectiva da minoria, é uma negociação complexa, em andamento, que procura conferir autoridade aos hibridismos culturais que emergem em momentos de transformação histórica.

A arte é trazida, por Bhabha para mostrar o deslocamento da lógica binária através da qual as identidades de diferença são freqüentemente construídas – feminino/masculino, eu/outro. Numa exposição de arte, o prédio de um museu é usado como espaço de referência: o poço da escada como espaço liminar (de passagem), situado no meio das designações de identidade, transforma-se no processo de interação simbólica, o tecido de ligação que constrói a diferença entre superior e inferior, ou entre feminino e masculino⁴. O ir e vir do poço da escada, o movimento temporal e a passagem que ele propicia evitam que as identidades de cada extremidade se estabeleçam como polaridades primordiais. A passagem inestercial entre identificações fixas abre a possibilidade de um hibridismo cultural que aceita a diferença sem uma hierarquia implícita ou explícita.

A partir da leitura de Mary Douglas é possível entender porque o conhecimento tradicional não incorpora as fronteiras, ou os “entrelugares”, pois *“ter estado nas margens é ter estado em contato com o perigo, é ter ido à fonte do poder”*⁵. Com isso, o perigo está nos estados de transição não, simplesmente, porque a transição é um estado indefinível – a pessoa que tem de passar de um a outro, está ela própria em perigo e o emana aos outros – mas porque aquela pessoa que experimentou a fronteira teve contato também com um poder⁶.

Assim, muitas idéias sobre poder baseiam-se numa idéia da sociedade como uma série de formas contrastadas, sem formas circundantes, ou seja, com formas dicotômicas, a fixidez que não dá espaço ao hibridismo. Há poder nas formas, e outro poder na área inarticulada, margens, linhas confusas e além dos limites externos.

⁴ Idem, p. 22.

⁵ DOUGLAS, Mary. Pureza e Perigo. São Paulo: Perspectiva, 1976, p. 120.

⁶ Idem, p. 120.

O feminismo tornou notória essa discussão, debatendo sobre sexualidade, divisão doméstica do trabalho e família. Foi a partir do movimento feminista que tais áreas passaram a integrar as pauta políticas. Ao trazer à baila tais questões, o feminismo auxiliou a colocar em xeque a família patriarcal, estrutura fundamental da modernidade. Com o aumento da conscientização das mulheres e o ingresso dessas, de forma maciça, no mercado de trabalho, fissuras ocorreram no edifício do patriarcalismo, fundado na dominação pelo sustento. Por certo que as descobertas científicas, principalmente, os métodos anticoncepcionais, também contribuíram para que as mulheres pudessem controlar suas gestações e, com isso, dedicarem-se à construção de carreiras profissionais.

A possibilidade de as mulheres terem sua independência financeira acarretou o aumento dos divórcios e, com isso, o crescente número de famílias lideradas pelas mães e não mais pelos pais. Dessa forma, a família patriarcal entra em crise, pois, cada vez mais, os casamentos se desfazem, formando lares monoparentais, em que não há a autoridade patriarcal⁷.

Searas completamente novas começaram a ser contestadas, principalmente, questões relativas à vida, até então, dita privada, à divisão de tarefas domésticas por sexo; a dupla jornada das mulheres; a iniciativa das mulheres na vida sexual do casal, entre outras, foram importantes também para um deslocamento das tradicionais identidades e, portanto, no conceito de indivíduo: a mulher não é apenas mãe, é trabalhadora, dona-de-casa, amante etc. Essas contestações levadas à esfera política auxiliaram a colocar em crise a concepção de indivíduo com identidade estável. Outra contribuição do feminismo foi trazer à tona o processo de construção das identidades. Cada ser humano se torna indivíduo porque vai, no decorrer da vida, adquirindo características.

A substituição do conceito de sexo pelo de gênero, explica serem as identidades de mulheres e homens construídas para além de suas condições biológicas de machos e fêmeas. Aliás, a idéia de gênero, que abarca a discussão sobre homens e mulheres de uma forma relacional, é o deslocamento dentro do próprio feminismo da categoria “mulheres” para a de “gênero”. Relações de gênero incluem outros sujeitos na construção da identidade, é nos estudos

⁷ CASTELLS, Manuel. *O poder da Identidade*. v.2. Lisboa : Fundação Calouste Gulbenkian, 2003. pp. 172.

sobre a homossexualidade que definitivamente a categoria “sexo” deslocou-se para a de “gênero”. Isto porque foi a análise científica da questão da homossexualidade que desmembrou a orientação sexual da condição biológica de fêmea e macho⁸.

O conceito de gênero se baseia na distinção entre a anatomia biológica e os atributos designados como sexuais. Assim, gênero é entendido como a construção social, histórica e cultural das diferenças baseadas no sexo. Trata-se de um conceito relacional, pois a concepção de masculinidade e feminilidade é definida por mútua oposição, inscrevendo-se numa relação de poder.

Como ferramenta teórica, o conceito de gênero tem possibilitado uma ampla crítica cultural da dominação masculina e da subordinação feminina. A utilização da categoria gênero representa a tentativa teórica e política de desnaturalizar as diferenças de comportamento de homens e mulheres, embora sejam a sexualidade e o corpo construções culturais igualmente sujeitas a relações de dominação.

Portanto, o conceito de gênero ratifica que biologia não é destino, ninguém é naturalmente homem ou mulher, pois estes significados são socialmente construídos através do processo educacional e cultural que molda as identidades. Conseqüentemente, a construção e as expressões da masculinidade e da feminilidade são variáveis e plurais no espaço e no tempo, não têm significado fixo: são representações sujeitas a disputas políticas pela atribuição de significados.

À primeira vista, a divisão por gêneros também parece ser universalizante, contudo os significados dos gêneros não são estáveis, existem processos que produzem e reproduzem os gêneros.

Na obra *A Dominação Masculina*, Pierre Bourdieu explica a (re)produção dos gêneros e a persistência das relações de dominação de gênero a partir do conceito de *habitus*, sistema de disposições cognitivas e somáticas, modo de ser, estado habitual, especialmente do corpo, sujeito à inércia. A subjetividade de gênero estruturada internamente e expressa em posturas masculinas ou femininas, é, de forma constante, alimentada e reforçada pela

⁸ BUTLER, Judith. *Problemas de gênero: Feminismo e subversão da identidade*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003. p. 39.

objetividade da realidade social, ou seja, por uma organização social baseada em divisões de gênero⁹.

O *habitus* de gênero é, assim, fruto da educação informal, de um trabalho pedagógico psicossomático de nomeação e incorporação que se inicia no processo de socialização infantil e continua através de variadas e constantes estratégias, no mais das vezes implícitas nas práticas de vários agentes e instituições, tais como a família, a igreja, a escola e os meios de comunicação.

Bourdieu considera a categoria gênero um conceito relacional e uma estrutura de dominação simbólica: os gêneros são um par de opostos que constituem relações, as quais são também relações de poder em que, geralmente, "o princípio masculino é tomado como medida de todas as coisas."¹⁰ O efeito da dominação simbólica se exerce não na lógica pura das consciências, mas através dos esquemas de percepção, de avaliação e de ação que são constitutivos do *habitus* e que fundamentam, aquém das decisões da consciência e dos controles da vontade, uma relação de conhecimento profundamente obscura a ela mesma. Assim, a lógica paradoxal da dominação masculina e da submissão feminina, que se pode dizer ser, ao mesmo tempo e sem contradição, espontânea e extorquida, só pode ser compreendida se nos mantivermos atentos aos efeitos que a ordem social exerce sobre as mulheres e os homens¹¹.

O movimento feminista auxiliou na desconstrução da idéia de que todos pertencem a uma mesma identidade. Ao enfatizar a diferença sexual, o feminismo chamou a atenção para as múltiplas características que compõe os indivíduos, formando identidades maleáveis.

Mesmo para um movimento social que possui um público alvo restrito como o feminismo - que pretende atingir as mulheres - não pode se furtar a outras discussões, pois existe uma transversalidade de identidade. Não há como se tratar da questão feminina sem se falar em *status* social, etnia, idade, orientação sexual e nível de instrução.

⁹ BOURDIEU, Pierre. *A dominação Masculina*. Traduzido por: Maria Helena Kühner. 4 ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2005.

¹⁰ BOURDIEU, Pierre. *A dominação Masculina*. Traduzido por: Maria Helena Kühner. 4 ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2005. p. 23.

¹¹ Idem, p. 49-50.

Impossível é tentar querer encontrar uma essência feminina, a famosa pergunta “o que é ser mulher?” admite inúmeras respostas, conforme a cultura e o modo de vida da mulher que está sendo considerada. Da mesma forma, não se pode buscar uma identidade humana, ou seja, um padrão de comportamento a que todos e todas devem corresponder. Tal idéia, no mundo contemporâneo extremamente fragmentado, percebe-se inconcebível.

Nesse sentido, foi a incorporação do termo “gênero” pelo feminismo que gerou uma descontinuidade na concepção de identidade. Isto porque tal termo abarca intersecções que a designação “sexo” excluía, como as diferenças culturais e políticas.

Assim, percebe-se que o movimento feminista exerceu papel relevante na fragmentação do indivíduo moderno, visto que provou, primeiramente, desse deslocamento internamente com adoção do conceito de gênero em substituição ao de “sexo” e, posteriormente, agregando ao entendimento de gênero uma perspectiva múltipla, a qual afasta a idéia da divisão binária mulher/homem.

Por evidenciarem que o ser é constituído de diversas características, dispostas de forma transversal a produzirem peculiares intersecções, as discussões propiciadas pelo feminismo contribuíram para a desconstrução do conceito moderno de indivíduo como ser uno, estável e permanente. Aqueles diversos cruzamentos de caracteres formarão um conjunto fluido, em constante modificação, ao que muitos chamam de identidade.

3. RECORRÊNCIA À MODERNIDADE

Não se pode questionar a contribuição do feminismo para os avanços tanto teóricos quanto sociais, uma vez que trouxe à tona discussões antes preteridas. Contudo, mesmo tendo um caráter inovador, o movimento feminista possui certos limites no que concerne à identidade de seus integrantes, pois restringindo as mulheres como sujeito do movimento, comprime as possibilidades de representações, indo de encontro aos seus propósitos emancipatórios e de ampliação de reivindicações. Ademais, apesar de o feminismo ser um dos movimentos que impulsionam a crítica à modernidade, considerando ainda o caráter multifacetado de tal movimento, muitas de suas vertentes ainda se utilizam de instituições basilares da modernidade. É o caso da recorrência ao direito penal no intuito de dar visibilidade à luta das mulheres ou,

ainda, como forma de diminuição ou solução da violência contra a mulher.

Assim, o que se percebe, principalmente com o advento da Lei 11.340/06 (Lei Maria da Penha) é uma certa obsessão punitiva mesmo por parte de movimentos sociais, como o feminista, conhecidos pelas reivindicações emancipatórias. A ânsia punitiva pode ser explicada, do ponto de vista filosófico, através da obra de Nietzsche, mormente, em *Genealogia da Moral*. Nietzsche entende que a origem da punição está no desejo do homem em não esquecer e, conforme o autor, “*apenas o que não cessa de causar dor fica na memória.*”¹² Assim, a racionalidade moderna calcada na “consciência” não permite esquecer, para tanto recorre constantemente à dor. Assim sendo, pode-se ter idéia da memória de uma sociedade por meio das leis penais: quanto maior o rigor da legislação penal, maior é a sua capacidade de não esquecer.

A idéia de culpa, segundo Nietzsche, teve seu surgimento a partir do entrelaçamento dos conceitos de dívida e castigo, os quais foram estabelecidos em uma relação de credor e devedor. O castigo foi tomado como forma de reparação e, assim, dano e dor foram associados. O pensamento punitivo está baseado no estabelecimento de preços e equivalências, ou seja, em uma relação entre credor e devedor.

Aqui Nietzsche abre caminho para Foucault¹³, que irá dizer que a punição é uma estratégia de controle, através da inscrição do poder nos corpos. Portanto, ao observar os efeitos da punição, percebe-se que ela é absolutamente inútil para despertar sentimentos de remorso ou culpa, pois o delinqüente circundado pelos procedimentos judiciais não consegue sentir seu ato como repreensível, uma vez que nota o mesmo gênero de condutas serem praticas em nome da justiça e sem “peso na consciência”.

Desde essa perspectiva Nietzscheana, seria possível dizer que o movimento feminista, ao apoiar uma legislação penal mais rigorosa para os casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, demonstra um posicionamento repleto de ressentimento, ou seja, de desejo de não esquecer. Contudo, como já foi exposto é a dor que melhor mantém o fato na memória, então, para o

¹² NIETZSCHE, Friederich, *Genealogia da Moral*. Rio de Janeiro: Ediouro. p. 60.

¹³ FOUCALT, Michel. *Vigiar e Punir*. Petrópolis: Vozes, 1975.

esquecimento não acontecer, legislação penal mais severa, cada vez em doses maiores.

O conflito social que é a violência doméstica não pode ser tratado como os demais delitos. A aplicação do rito ordinário do processo criminal para apuração dos casos de violência doméstica, não leva em consideração a relação íntima existente entre vítima e acusado, não sopesa a pretensão da vítima nem mesmo seus sentimentos e necessidades. Não há uma simples dominação das mulheres pelos homens, estas não são meras vítimas de seus companheiros, não existe, numa relação, um estabelecimento dualista e fixo dos papéis de gênero.

A intenção não é culpar a mulher pelo fato de ser agredida, mas compreender melhor os contextos da violência e os diferentes significados que assumem. Uma abordagem mais adequada da violência conjugal deve levar em conta também a agressão como uma relação de poder, entendendo o poder não como algo absoluto e estático, exercido invariavelmente pelo homem sobre a mulher, mas como algo fluído que perpassa a dinâmica relacional, exercido ora por homens ora por mulheres.

A punição não trará aos agressores o sentimento de culpa, e mesmo que trouxesse, tal sentimento em nada repararia a integridade, já abalada, da mulher. A Lei 11.340/06 avança ao prever medidas protetivas, no âmbito cível, a fim de fazer cessar a agressão contra a mulher em situação de violência, tais como o afastamento do companheiro do lar (art. 22, inc. II) e a possibilidade de remoção, de servidora pública, para distanciar-la do agressor (art. 9º, § 2º). Entretanto, estipular uma legislação penal mais rigorosa para os casos de violência doméstica e familiar, desde a perspectiva da mínima utilização do direito penal, é uma estagnação. Com isso, mais uma vez é contrariado o pensamento de Baratta ao dizer que *“uma criminologia feminista pode desenvolver-se, de modo, cientificamente oportuno, somente na perspectiva epistemológica da criminologia crítica.”*¹⁴

As tentativas de solução ou diminuição desse tipo de conflito deve, cada vez mais, se afastar do Direito Penal, o qual se mostra via inadequada para o despertar de sentimentos ou de reflexão para mudança de comportamento. Experiências como a mediação de

¹⁴ BARATA, Alessandro. *O paradigma de gênero*. p. 39. In: CAMPOS, Carmen Hein de (org.). *Criminologia e feminismo*. Porto Alegre: Sulina, 1999.

conflito, realizada por equipe multidisciplinar e mediadores componentes da própria comunidade,¹⁵ são alternativas que vêm se mostrando eficazes para a solução do conflito sem a intervenção do sistema penal.

Referências Bibliográficas

BARATA, Alessandro. **O paradigma de gênero**. p. 39. In: CAMPOS, Carmen Hein de (org.). *Criminologia e feminismo*. Porto Alegre: Sulina, 1999.

BHABHA, Homi. **O local da Cultura**. UFMG: Belo Horizonte, 2005.

BOURDIEU, Pierre. **A dominação Masculina**. Traduzido por: Maria Helena Kühner. 4 ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2005.

BUTLER, Judith. **Problemas de gênero: Feminismo e subversão da identidade**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

CASTELLS, Manuel. **O poder da Identidade**. v.2. Lisboa : Fundação Calouste Gulbenkian, 2003.

DOUGLAS, Mary. **Pureza e Perigo**. São Paulo: Perspectiva, 1976.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**. Petrópolis: Vozes, 1975.

HALL, Stuart. **A identidade cultural na pós-modernidade**. Rio de Janeiro: DP&A, 2001.

LARRAURI, Elena. **La herencia de la criminologia critica**. Madrid: Siglo Veintiuno, 2000.

NIETZSCHE, Friederich. **Genealogia da Moral**. Rio de Janeiro: Ediouro.

¹⁵ Projeto desenvolvido pelo Centro de Integração Cidadania, em São Paulo, relatório de 2003.

PARTE III

O NÚCLEO FAMILIAR E A SUA RELAÇÃO COM A ESFERA JURÍDICA

O AFETO COMO VALOR JURÍDICO E AS CRIANÇAS E ADOLESCENTES NO CONTEXTO JUDICIAL

DENISE DUARTE BRUNO*

1. AS TRANSFORMAÇÕES JURÍDICAS E SOCIAIS

As ciências jurídicas e as ciências sociais, em seu sentido pleno, são disciplinas propícias ao estabelecimento de relações entre a maioria dos fenômenos que constituem seu objeto. O estudo deste ponto de intersecção, centro de interesse particular do ramo conhecido como sociologia jurídica, tradicionalmente realizou análises privilegiando a perspectiva da existência de relação causal, e mesmo hierárquica, entre as transformações sociais e o surgimento da norma legal – o direito racionalmente codificado.

Neste tipo de abordagem, o estabelecimento de uma regra jurídica, ou transformação de uma regra já existente, era analisado enquanto resultado de um tipo comportamento social habitual em determinada sociedade. Ou seja, era a máxima de que o direito é resultado do costume.

Esta é uma abordagem possível, mas não a única.

Como contraponto a este tipo de análise, estão as correntes teóricas que não estabelecem qualquer tipo de hierarquia entre as transformações sociais e as alterações do ordenamento jurídico. São perspectivas não condicionam de uma forma rígida, hierárquica e pré-estabelecida a relação entre o costume – comportamento social habitual – e o estabelecimento ou transformação das normas legais. São abordagens dialéticas dessas relações, e enquanto dialéticas, tratam da mudança social e surgimento e alteração da ordem jurídica como sendo indissociáveis entre si.

Na perspectiva da relação dialética entre a sociedade e o direito são adequadas tanto às formulações de Antônio Gramsci quanto às de Agnes Heller.

* Doutora em Serviço Social. Assistente Social do Poder Judiciário do Rio Grande do Sul – SJJ do Foro Central.

Na produção teórica gramsciana, o direito é definido como um instrumento dos grupos dominantes para estabelecer e desenvolver uma forma de sociedade e de cidadão, o que se dá através da eliminação de "certos costumes e hábitos" (Gramsci, 1989, p.96) e pela difusão de outros. Assim procedendo, os grupos hegemônicos utilizam o direito como uma das formas de exercer pressão para os indivíduos se adaptarem de forma "ativa e consciente" (Gramsci, 1986, p.288)¹ às formas de vida consideradas mais adequadas por aqueles que exercem. Ou seja, na tentativa de adequar os demais grupos às formas de organização social que lhe interessam, os grupos hegemônicos criam costumes através de normas que não expressam totalmente a sociedade, mas sim a "sua razão de ser e de seu desenvolvimento" (Gramsci, 1989, p.152).

Por tal característica, Gramsci destaca como sendo função máxima do direito "a de pressupor que todos os cidadãos devem aceitar livremente o conformismo" previsto na norma legal (idem)².

Para este pensador, portanto, o direito é um instrumento de hegemonia, hegemonia esta que se estabelece e se mantém com a imposição de sua forma de vida, seus valores, etc. Ao mesmo tempo, o direito é um instrumento através do qual grupos não hegemônicos tentam impor um tipo de comportamento e de introjeção de valores e normas culturais mais próximos aos seus padrões de vida.

A análise do direito como sendo um instrumento de busca de hegemonia também é encontrada na concepção de Agnes Heller, e fica bem clara em sua definição do direito como sendo o modo através da qual grupos dominantes determinam as "formas de contato entre os homens em bases dos critérios de "lícito" e "ilícito" (Heller, 1987, p.181).

Heller considera esta capacidade do direito tanto sob o aspecto negativo, quanto sob o aspecto positivo, sendo este último o aspecto que interessa neste trabalho³. O aspecto positivo do direito,

¹ Esta, e as demais citações da mesma obra, são livre tradução do original em espanhol.

² No complemento da citação temos a afirmação gramsciana que "no direito moderno, portanto, está implícita a utopia democrática do século XVIII" (Gramsci, 1989, p.153).

³ Para Heller o aspecto negativo do direito é sua característica formal de regulamentar as formas de contato entre os homens, bem como o fato de ser um fenômeno de alienação, visto que "sua aparição como esfera autônoma está ligada à aparição de um Estado separado dos homens" (Heller, 1987, p.181).

no pensamento de Heller, é a capacidade da norma legal para desenvolver valores genéricos de licitude e ilicitude.

Ancorada nas análises desses dois pensadores, justifica-se a opção de considerar o direito sob a perspectiva dialética, de não ser apenas fundado nos costumes, mas também poder criá-los. Assim, a presente linha de argumentação, pressupõe que a legislação não é apenas resultado de determinada forma de organização social, mas também configura novas relações sociais, ao regular "a vida cotidiana dos homens limitando a validade do particular ao que é lícito" (Heller, 1987, p. 184)⁴.

A relação dialética entre a mudança social e a mudança no contexto jurídico, e a capacidade do direito em determinar a (i)licitude dos atos das pessoas, é fundamental no tratamento da questão da criança e do adolescente no contexto jurídico, especialmente frente à dificuldade em identificar onde está o ponto de partida na transformação do conceito de "menor em situação irregular", marca no antigo Código de Menores, para Doutrina de Proteção Integral, base tanto do Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA – quanto das normas presentes no Código Civil relativas à proteção da criança e o adolescente.

A adequação da análise dialética entre mudança social e as normas legais sobre a infância e adolescência se justifica quando se percebe que, se por um lado está cada vez mais difundida a concepção de que os mais jovens têm características e necessidades diferentes dos adultos, devendo ser atendidos a partir desta especificidade, por outro lado, o estabelecimento de uma legislação protetiva também difundiu a concepção de serem sujeitos de direito e cuja dignidade merece toda proteção.

A proteção só é possível com o cuidado, e a relação de cuidado é um vínculo que envolve formas de afeto – solidariedade, compromisso e responsabilidade. Assim, entender o cuidado como valor jurídico é entender, em primeiro lugar em qual contexto social se vincula a emergência do afeto como valor jurídico, sempre tendo claro as palavras de Boff (2008) quanto à justiça e o cuidado nascerem "de dados reais e não imaginados, como duas fontes distintas que, juntas, corroboram na produção da água cristalina da ética humana" (p. 10).

⁴ Esta e todas as demais referências desta obra da autora são tradução livre do original em espanhol.

Nesta perspectiva ética, abordar o tema da intervenção de diferentes profissionais nas questões judiciais envolvendo crianças e adolescentes é tratar, principalmente, da emergência do afeto e do cuidado no contexto jurídico.

2. O AFETO COMO VALOR JURÍDICO E A EMERGÊNCIA DO CONCEITO DE CUIDADO

A emergência do afeto no campo jurídico está ligada a uma sociedade onde são reconhecidos os direitos individuais – mulheres, crianças e idosos – e onde além reivindicar o reconhecimento desses direitos, esses grupos buscam diversas estratégias para prevenir sua violação.

Esta emergência acontece em uma sociedade onde se instala, nos mais diferentes grupos sociais, a ruptura da hierarquia entre os homens e as mulheres, entre os adultos e as crianças e adolescentes, e entre adultos produtivos e os idosos.

As rupturas com as hierarquias nas titularidades de direitos, e a consolidação e reconhecimento jurídico da igualdade de diferentes grupos em termos de dignidade, resulta em uma sociedade mais igualitária e plural, onde a concepção de família é profundamente alterada.

A transformação no conceito de família leva ao reconhecimento da existência de famílias com diferentes formas de constituição, superando a primazia do conceito de família nuclear, heterossexual, com fins de procriação, legalmente constituída e sacramentada pelo direito e pela religião. Junto ao declínio desta concepção monolítica de família, perdem força também as normas discriminatórias com relação aos filhos, caindo por terra a concepção de filho legítimo (biológico e nascido dentro de uma união heterossexual sacramentada pelo casamento) e todos os filhos – isto é, todas as crianças, independentes de sua concepção – passam ter o mesmo *status* jurídico.

Reconhecer que toda criança (ou adolescente), independente da maneira como foram concebidas tem direito à filiação sem discriminação, é reconhecer que o núcleo familiar onde este jovem está inserido não pode sofrer nenhuma distinção, e deve ser identificado preferencialmente sob a perspectiva de um grupo formado em torno de relações de afeto, independente dos vínculos biológicos ou legais.

Ao tratar desta primazia, é preciso lembrar que a visibilidade – se não a emergência – da concepção do afeto como valor no contexto jurídico se deu primeiro nas discussões do direito de família, mais especificamente dentro do IBDFAM – Instituto Brasileiro de Direito de Família.

As propostas de reconhecimento do afeto como definidor de relações familiares, presentes de forma marcante especialmente nos trabalhos de Maria Berenice Dias e Luiz Edson Fachin, chamam a atenção para o declínio das hierarquias na formação dos grupos familiares, e insiste na possibilidade de que, com o reconhecimento da igualdade de direito entre os membros de uma família, esta noção deixe de estar vinculada ao casamento e a procriação legítima e biológica, passando a constituir em torno de vínculos de intimidade estabelecidos entre as pessoas.

Os vínculos de intimidade são aqueles fundados nos sentimentos, nos afetos, e, portanto, para que a intervenção jurídica seja eficaz quando surgem conflitos nestas relações, ela deve ser pautada na noção de cuidado, pois o cuidado é a expressão mais perceptível do afeto.

Assim, como exemplarmente destaca Tânia da Silva Pereira no Prefácio da obra que trata deste cuidado como valor jurídico,

A partir da percepção e convencimento de que o afeto e as relações socioafetivas foram reconhecidos de forma significativa o Direito de Família, não podemos afastar a possibilidade de também incluir o cuidado no âmbito do Direito. (Pereira, 2008, p. XI)

No contexto jurídico este reconhecimento implica em identificar, criar e estimular “procedimentos e ações” que envolvam o cuidado na dimensão da solidariedade, compromisso e responsabilidade” (Pereira, 2008, p. XI).

3. A CRIANÇA E O ADOLESCENTE COMO SUJEITO DE DIREITO E DE CUIDADO

Pensar nas ações jurídicas envolvendo o cuidado – cuidado este considerado sempre em sua tripla dimensão de solidariedade, compromisso e responsabilidade – exige, em primeiro lugar, a reafirmação do reconhecimento da infância e juventude como formada por seres portadores de direito.

A reafirmação do reconhecimento dos mais jovens como sujeitos de direitos encontra uma explicação consistente se for resgatado mais um comentário de Leonardo Boff.

Boff (2008), ao discorrer sobre a relação entre cuidado e justiça enfatiza, em primeiro lugar, ser o cuidado um ato típico do ser humano. Por ser inerente à condição humana, o cuidado se torna uma definidor de sujeitos. Ou seja, ele não se constitui em

um ato fugaz, mas uma atitude permanente. É o modo-de-ser típico do ser humano com os outros no mundo. A relação não é sujeito-objeto, mas sujeito-sujeito. Não é de intervenção, mas de comunhão. (Boff, 2008, p.7)

Considerando válida que a relação de cuidado se estabelece entre sujeitos, é impossível perder de vista que toda legislação objetivando a proteção à infância e juventude, e os atos dos operadores do direito que atuam tanto nesta área (bem como na área de família) deve pautar sua intervenção considerando os mais jovens não objetos de sua intervenção, mas sujeitos de atos de solidariedade, compromisso e responsabilidade.

A solidariedade surge em atos e procedimentos onde há, acima de tudo, o reconhecimento de que a violação de qualquer um dos direitos assegurados aos membros de uma família, particularmente às crianças e adolescentes, é uma ferida irreversível em seu processo de desenvolvimento e em sua dignidade como ser humano.

Os mais jovens, especialmente as crianças pequenas, sofrem duplamente com a violação dos seus direitos. Padecem do dano da violação em si mesma, e padecem de sua incapacidade de compreensão sobre as circunstâncias desta violação.

Assim, além dos operadores do direito deverem ser solidários com o sofrimento dos mais jovens quando têm seus direitos violados, tem com este estrato da sociedade um grande compromisso.

A dimensão do compromisso dos operadores do direito com relação às crianças e adolescentes precisa ser no sentido da busca de estratégias concretas para garantia dos direitos estabelecidos, de ações efetivas de prevenção à violação desses direitos.

Ao mesmo tempo, e possivelmente acima de tudo, da busca de metodologias de intervenção mais adequadas ao atendimento, dentro do contexto jurídico, das relações de intimidade e dos dilemas fundamentais da vida humana⁵.

Isto, mais uma vez, se dirige de forma muito particular ao atendimento de crianças e adolescentes cujos direitos foram violados, ou que se encontram em situação de sofrimento e fragilidade os mais diversos, como orfandade e reestruturação de suas famílias após a ruptura da conjugalidade de seus pais.

Neste compromisso está implícita a criação de metodologias que visam preservar crianças e adolescentes vítimas de violência de prestarem repetidamente informações sobre o que lhes aconteceu, o fazendo apenas para profissionais especializados e sem serem expostas ao contato com seu agressor.

Junto à criação de metodologias está a necessidade de, fora do âmbito da justiça da infância e juventude, serem criados mecanismos que de fato afastem da vítima o agressor.

Importante ressaltar, ainda, para urgência de pensar e repensar a forma como são atendidas, no contexto judicial, as crianças e adolescentes envolvidas nos litígios de família. São crianças e adolescentes que têm o direito de se manifestarem sobre sua inserção nesses litígios, mas sem que isso implique na responsabilidade de escolhas ou de esclarecimentos sobre as relações conflituosas dos adultos.

Estes registros só fazem sentido se seguidos de um alerta: o cuidado como valor jurídico não pode ficar restrito a atitudes, intenções e procedimentos da justiça de infância e juventude, família e idoso. Só a ação conjunta de todas as áreas jurídicas pode proteger integralmente a sociedade.

⁵ Sobre a interferência do Poder Judiciário nas relações de intimidade e nos dilemas fundamentais da vida humana, ver Bruno, 2006.

Feito o alerta, volta-se à terceira dimensão do cuidado como valor jurídico: a responsabilidade.

Se a responsabilidade de todos que atuam no campo jurídico é, por definição, com a concretização da justiça, no que diz respeito à criança e juventude ela assume nuances particulares.

Na especificidade da área de infância e juventude, a responsabilidade dos operadores do direito é com a preservação dos vínculos de intimidade dos mais jovens com adultos que lhes são significativos.

Os seres humanos muito jovens só constituem sua personalidade, sua sociabilidade, sua capacidade afetiva e, por fim, seu desenvolvimento integral, na relação com adultos com os quais estabelecem relação de cuidado e afeto.

Este estabelecimento só acontece nos chamamos grupos de socialização primária, que são, por excelência e definição, os núcleos familiares. Assim, a maior responsabilidade com uma criança é mantê-la em um núcleo familiar e com seus vínculos preservados. Sempre que possível em seu núcleo de origem, quer biológico ou adotivo.

Quando o grupo familiar onde uma criança está inserida não pode lhe proporcionar as condições necessárias, a responsabilidade do contexto jurídico em sua proteção pode se expressar de duas formas.

A primeira tentativa deve ser a determinação de atendimento da família, visando capacitá-la a cuidar de seus membros mais frágeis. Nesta proposta não há nenhuma novidade: já há previsão legal no sentido de ser obrigação do Poder Público atender a família, assistindo-a para que ela possa atender seus membros.

Porém, sabe-se que nem sempre isso é possível. Surge então, a outra face – por vezes temida – da responsabilidade para com a criança e o adolescente sem assistência em seu núcleo familiar: a colocação em família substituta.

Prestar atenção nessas duas medidas é fundamental para lembrar que, na contramão da responsabilidade do contexto jurídico com a criança e adolescente, estão os abrigos abarrotados de seres que deveriam estar em formação – a partir da relação com adultos significantes – mas que estão ao desamparado das regras frias e racionais das instituições.

Dados de pesquisas feitas em abrigos demonstram que aquilo que deveria ser transitório se torna definitivo, e que as crianças e adolescentes abrigados perdem sua maior chance: seu desenvolvimento integral como pessoa humana, reconhecida em sua dignidade e formada na relação de intimidade com outras pessoas com as quais estabelece vínculos de intimidade.

Os vínculos de intimidade são aqueles estabelecidos, fundamentalmente no seio de grupos que podem ser definidos como família, e frente à diversidade social e à capacidade do ser humano em se agrupar em torno de distintas relações de intimidade, assume enorme importância a transformação do conceito de família, com a superação do conceito biológico e legal para o conceito sócio-afetivo.

4. A IMPORTÂNCIA DO CONCEITO DE SÓCIO-AFETIVIDADE E A PROTEÇÃO À INFÂNCIA

O protagonismo no campo jurídico do conceito de família sócio-afetiva sobre o conceito biológico de família, e mesmo sobre o conceito legal, é fundamental por dois motivos.

Em primeiro lugar por ser um conceito cuja amplitude permite igualar os filhos de forma plena, efetivando assim a norma constitucional que impede a discriminação entre eles, garantindo, portanto, pelo menos no plano jurídico, a dignidade e o reconhecimento de todas as crianças.

Quando da promulgação da Carta Magna de 1988, a previsão era da não discriminação de filhos em seu sentido *lato* – biológico e legal. Previa, na verdade, a não-discriminação das crianças nascidas fora do casamento civil. Esta previsão foi uma consequência natural da própria flexibilização da concepção de família no texto constitucional, que incluiu a noção de grupo formado por qualquer um dos genitores e seus filhos.

Não se pode, porém, perder de vista que o legislador constituinte ainda assim não avançou o necessário no reconhecimento da multiplicidade de organizações familiares. Ou seja, conseguiu conceber relações de parentalidade-filiação distintas das estabelecidas biológica ou adotivamente, mas parou neste reconhecimento.

Esta limitação deixou fora previsão do reconhecimento constitucional, e, naturalmente, fora do espectro de proteção e de não-discriminação, grupos imensos de crianças que são cuidadas,

como se filhos fossem, por outro(s) adulto(s) que não seu pai ou mãe biológico ou adotivo. As crianças popularmente chamadas de “filhos de criação”, não constituem, *lato sensu*, a prole de um adulto. Portanto, na maioria das vezes não são reconhecidos como membros de uma família no sentido da definição constitucional.

O reconhecimento de que essas crianças são membros de uma família, e passíveis de toda proteção prevista para aquelas inseridas em grupos onde são cuidadas pelos seus pais biológicos ou adotivos, surge com o conceito de sócio-afetividade.

A sócio-afetividade é a forma mais clara de reconhecer que as crianças e adolescentes criados como se filhos fossem são possuidores da posse do estado de filho. Reconhecer que uma criança possui a posse do estado de filho – ou mais adequadamente definidos: são filhos sócio-afetivos – é estender à parcela de “filhos” destituídos deste *status*, o reconhecimento de sua inserção familiar, numa perspectiva da relação filial-parental, garantindo seu direito à não-discriminação.

Portanto, o conceito de filiação sócio-afetiva⁶, possibilita a plena efetividade da não-discriminação dos filhos, constituindo-se, assim, numa importante medida de proteção à criança e ao adolescente.

A não-discriminação é uma forma muito importante de cuidado, e assim sendo, a utilização do conceito de filiação (e mesmo de família) sócio-afetiva, é uma das formas de realizar numa dimensão ética a intervenção jurídica na vida das crianças e adolescentes.

A justiça e o cuidado são, portanto, inseparáveis, complementares e interdependentes. Como mais uma vez esclarece tão bem Leonardo Boff (2008),

⁶ Para o conceito de parentalidade-filiação sócio-afetiva ver Bruno, 2002.

A ética do cuidado completa a ética da justiça. Elas não se opõem, mas se compõem na construção de uma convivência humana fecunda, dinâmica, sempre aberta a novas relações e carregada de sentimento de solidariedade, afetividade e, no termo, de amorosidade. (Boff, 2008, p.10)

Referências Bibliográficas

BOFF, Leonardo. Justiça e Cuidado: Opostos ou Complementares? In PEREIRA, Tânia da Silva e OLIVEIRA, Guilherme de. (coordenadores). **O cuidado como valor jurídico**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 1 – 12

BRUNO, Denise Duarte. Posse do Estado de Filho. In PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.) **Família e Cidadania – o novo CCB e a vacatio legis**. Belo Horizonte: IBDFAM/ Del Rey, 2002

BRUNO, Denise Duarte. Jurisdicionalização, racionalização e carisma – as demandas de regulação das relações familiares ao Poder Judiciário Gaúcho. **Tese de Doutorado em Sociologia**. UFRGS. 2006. disponível em: <http://www.biblioteca.ufrgs.br/bibliotecadigital>.

GRAMSCI, Antônio. **Cuadernos de la Cárcel**: Edición crítica del Instituto Gramsci a cargo de Valentino Gerratana. México: Ediciones Era, 1986.

_____. **Maquiavel, a Política e o Estado Moderno**, 7ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Civilização Brasileira, 1989.

HELLER, Ágnes. **Sociología de la Vida Cotidiana**. 2ª ed. Barcelona: Ediciones Península, 1987.

PEREIRA, Tânia da Silva. Prefácio. In PEREIRA, Tânia da Silva e OLIVEIRA, Guilherme de. (coordenadores). **O cuidado como valor jurídico**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. XI – XIII.

INFANCIAS E INSTITUCIONES: LEGALIDADES AL MARGEN

JULIO LLANÁN NOGUEIRA*

1. INTRODUCCIÓN¹

En este artículo nos proponemos tratar la problemática de la niñez y de la adolescencia tomando como base el trabajo de campo que hemos realizado con niños/niñas y adolescentes en escuelas públicas y privadas, en un Hogar de alojamiento de “menores” y con niños en situación de calle, en la ciudad de Rosario. A estos últimos se los entrevistó en la calle, en plazas públicas y en las avenidas donde lavan vidrios.

Abordaremos primero las temáticas propias de la ciudadanía social de los niños/niñas para luego adentrarnos en las lógicas de inclusión y exclusión que se presentan en las percepciones de ellos.

Nos parece importante ubicar al lector en que trabajamos en el marco de procurar favorecer la posibilidad de acceso a la ciudadanía por parte de los sujetos, en este caso niños, niñas y adolescentes. Los datos relevados nos remiten inmediatamente al contexto de singularidad de cada grupo, pero también a lo que tienen en común.

2. A MODO DE REFLEXIÓN PRELIMINAR

Es posible afirmar que existen hiatos entre la legalidad formal de la democracia liberal clásica y otros modelos de legalidades, construidos por los sujetos en sus diversas singularidades de inclusión en la trama social. Éstos construyen su singularidad en acciones individuales-colectivas donde generan sus propias afiliaciones. La situación de exclusión simbólica y/o material determina que aun ficcionalmente incluidos en la sociedad global,

* Abogado. Docente Investigador Facultad de Derecho Universidad Nacional de Rosario. Co director de investigación. Coordinador del Programa de Educación para la Paz No violencia y los Derechos Humanos. Ateneo de Estudio e Investigación Derecho y Sociedad.

¹ El desarrollo toma como base el trabajo y las problemáticas recogidas en el Programa de Educación para la paz en 8 escuelas durante el período 2000-2005. Trabajo de investigación “Ciudadanía, marginalidad y reforma Política”. Facultad de Derecho Universidad Nacional de Rosario.

grandes sectores sociales convivan en la realidad formando micro sociedades. Estas singularidades son de “no-pertenencia” al espacio de lo público, de lo jurídico de lo global.

Este no-existir marca en los sujetos una no-pertenencia a los sistemas societales organizados a partir de la ficción. Se evidencia con esto que grandes sectores no sienten como propios los sistemas legales, institucionales, el sistema jurídico y su posibilidad de acceso, uso, goce y permanencia en los derechos.

La exclusión es una situación de violencia y desapropiación que impide la producción de ciudadanía vivenciándose procesos de afiliación fragmentarios que aumentan los niveles de violencia horizontal.

Múltiples factores generan y regeneran sistemáticamente esta situación existiendo un problema tanto en el plano teórico como en el de las políticas públicas y sociales.

Sociedades fragmentadas, con algunos sujetos habilitados y visibles, y otros que conviven oscurecidos por asimetrías estructurales. Con rostros invisibilizados habitan los márgenes de nuestra sociedad excluidos del sistema de distribución económica, simbólica y afectiva, y excluidos de la posibilidad de sentirse parte.

Conviven en una legalidad que construyen a partir de su propia cotidianeidad, al margen. Y entendemos que cuando hablamos de margen hablamos también, tal como lo trabaja Foucault, de una arquitectura que en su propia distribución y asignación de espacios distribuye poder.

El lugar que se les ha asignado en las ciudades es “el afuera” o marginalizados en los campos sin registro ni documentación. Quienes ocupan estos lugares portan sobre si una marca cultural estigmatizante.

“No tiene sentido que uno se mueva de acá...mira, tengo 16 años adonde voy a ir... donde voy... ya sé... termino abajo del puente.”

“Cambiar este trabajo...? No, por lo menos acá estamos juntos... no sabés si volvés pero tampoco lo sabés si te vas”, “Estudiar?... ya me echaron de la escuela y aparte para qué te sirve. Uno es lo que es... Mi viejo esta igual... y no pasa nada.”

Se encuentran anclados en una arquitectura de la distribución de la riqueza (económica y de socialización subjetiva)

que les impide el acceso a los dispositivos instrumentales básicos de la ciudadanía clásica y formal.

3. LAS INFANCIAS Y LAS INSTITUCIONES. DIVERSIDAD Y CONTRADICCIONES. EXPULSIÓN / INCLUSIÓN

Existen vigentes diversos paradigmas – en tanto modelos de interpretación- sobre la infancia. Se trata de representaciones sociales construidas por los “adultos”, los encargados de la palabra, de resolver los conflictos, designar y asignar lugares. Éstos impactan del mismo modo ya sea en el espacio curricular-educativo; en los diseños de los dispositivos de tratamiento; en la lectura por parte de los adultos respecto de quién es capaz o incapaz así como en los sistemas de punibilidad. Los adultos asumen el lugar asignado por los dispositivos de nominación del poder del discurso: ...“nos los representantes del poder de nominación, decimos que: son menores, niños, funcionales, disfuncionales, normales, anormales, potenciales genios o peligrosos sociales”...

El lugar del adulto y las fronteras entre éste y el niño, como lo plantean Dolto, Aries, y De Mause, nos permiten pensar las construcciones de la infancia y sus impactos. Una problemática conflictiva que sin duda requiere ser analizada desde líneas de estudio que puedan dar cuenta de las diversidades en las infancias y adolescencias actuales.

La historia habla de un primer momento de no-lugar. Aquellos que existían ocupando un espacio de “silencio” construirían sus inscripciones simbólicas y de vida cotidiana en la trama social en el lugar de la dependencia, situándose en un pre-lugar de reconocimiento jurídico político y social. Su aparición en el escenario de lo “público” se constituía con la dependencia a algún Adulto autorizado, padre, tutor, o en el servicio eclesiástico.

Es necesario destacar que el planteo del reconocimiento es una idea de concreción jurídica de los últimos siglos. El no-lugar situó a los niños durante mucho tiempo en una condición inferior al reconocimiento del esclavo. El sentido de cosa del esclavo lo hacía existir, dándole existencia material, con valor en sí, como elemento de transacción: era tenido en cuenta e identificado, asignado, tomado por la ley, nominado desde el poder. Vale decir, se le otorgaba un lugar. Este ausente-niño era entendido como un apéndice visceral, era la extensión del adulto y a su vez el adulto en proyección, por lo que designarlo como niño sería una contradicción

en la lógica epocal. No poseía un lugar diferencial, se lo nombraba como parte de un adulto, se lo vestía de adulto y no era registrado jurídicamente hasta que un Mayor/Adulto no le daba existencia.

Los rituales de presentación se constituían en el único registro social, era su entrada al mundo de los adultos. La entrada a la comunidad religiosa por medio de los bautismos se constituía en acción socialmente “nominable” en tanto alguien le habilitaba el espacio al mundo de lo público. El rito lo incorpora y le inscribe el nombre.

Será un momento epocal posterior el que le habilitará la entrada al mundo del Estado.

El tratamiento de la infancia como objeto de manipulación por parte del mundo adulto crea una lógica de la que a los discursos actuales aún hoy les resulta dificultoso apartarse: “sobre” ellos se debe, actuar, disciplinar, enseñar, proyectar, corregir, estimular, lograr. El pequeño objetal es producto de tratamientos, castigos, estimulaciones y sanciones en el marco de la moralidad e inmoralidad, razón o locura, santidad o pecado, cielo o infierno. Dilema político institucional y social en que conviven las infancias y adolescencias.

Se sospecha de su palabra e incluso de sus denuncias de verdad. Son tomadas por el mundo adulto como fantasías, mentiras, alucinaciones, merecedoras - en la mejor de las situaciones - de ser tratadas, anuladas, medicadas, sancionadas, encarceladas.

Estas inscripciones en el mundo adulto se encuentran vigentes hoy. Subyacentes en otras nominaciones de “moda” y quizás con otras categorías, son parte de las prácticas de contexto donde niñas/niños y adolescentes vivencian su cotidianeidad y construyen su sentido. Estas inscripciones solapadas por nuevas tecnologías del lenguaje se encuentran sostenida en lo macro por políticas públicas y sociales que mantienen la relación con el otro/objeto por medio de la asistencia social de comida, ropa, vestido y educación y en lo micro por pautas culturales familiares y sociales así como por los dispositivos judiciales, no necesariamente aplicados por el Poder Judicial.

Queremos aclarar que los modelos culturales, educativos y jurídicos/políticos de tratamiento de las infancias y adolescencias transversalizan las clases sociales, agudizándose con las asimetrías económicas, pero que no les son exclusivos a los “pobres” si bien

estos se encuentran sometidos a rituales burocráticos más humillantes y de despojo.

Convivimos hoy con marcadas contradicciones respecto de las formas de pensar la niñez, y no casualmente se conocen como más contundentes las transgresiones al mundo de los adultos, otorgándoles un lugar de “niños transgresores”, en conflicto con la ley penal, en conflicto con la escuela, en conflicto familiar, en conflicto con pares, etc.

Esta situación nos propone pensar ¿qué se está diciendo desde la perspectiva de los niños y adolescentes en transgresiones constantes? ; ¿qué lugar ocupamos los adultos en este espacio? ; ¿qué nos sucede en la escucha de la demanda que desborda y no puede ser contenida?

¿No serán puestos, por su nivel de vulnerabilidad y falta de palabra, como chivos expiatorios de situaciones culturales y sociales no resueltas por la adultez?

El niño y el adolescente interpelan, desde sus demandas y sus actos, matrices de los adultos y, en nuestro caso, los docentes, padres, juristas, jueces trabajadores sociales no podemos hacernos cargo.

Si bien, como lo reconocen los historiadores, el paso y la progresión en la historia de la humanidad y el reconocimiento por parte del Estado de Derecho, los colocaría en un supuesto lugar “diferente” al del pequeño objeto medieval, ellos y ellas interpelan al mundo adulto, desde donde no podemos darles respuesta. En la interpelación denuncian su sexualidad, sus sentimientos, su origen, sus valores.

El adulto reacciona con el silencio o con la estigmatización, la punibilización, y en caso contrario... es tratado como adulto niño. Como un par, cuando no lo es.

¿Será porque están denunciando nuestros sentimientos, nuestro origen, nuestra sexualidad y es en espejo que nos desestabiliza? ¿Necesitamos criminalizarlos, excluirlos, organizarle sistemas de tratamiento, para correrlos del lugar de la molestia?

En momentos anteriores de este artículo dijimos que es una problemática que transversaliza los sectores sociales. También aclaramos que la misma se agudiza en los márgenes de la pobreza de los procesos de distribución simbólica y económica. Pero igualmente hablamos de las nuevas tecnologías de aplicación del dolor aunque con dispositivos diversos debido al distinto acceso a

recursos. Los niños/niñas y adolescentes recorren cuando pertenecen a sectores con posibilidades económicas- diversos dispositivos: una vez nominados como “revoltosos”, “que no se adaptan”, “que generan conflicto”, comienzan a recorrer circuitos de tratamientos muchas veces iatrogénicos, y su rutina es armada a partir del cumplimiento de los turnos con los distintos profesionales.

Las asimetrías entre niños y adultos son fundantes. Congelan la temporalidad en una relación de poder: poder / deber. Poder/ Saber. Poder /control. También habilita la otra lectura: él poder facilitar.

Se ha producido un borramiento de las fronteras clásicas entre niño y adulto, por lo que es necesario resignificar el lugar del adulto -tal como lo plantea Winnicott- en una función de acompañamiento, facilitador de procesos y de marcación de límites.

Existirá un niño en tanto pueda existir un adulto cumpliendo sus funciones. En caso contrario, tendremos niños en situación de adultos, con cara de adultos sin serlo; con responsabilidades de adulto, sin oportunidad de vivir la niñez y la adolescencia.

Un adulto continente y limitante, que afectice las relaciones y sea lo suficientemente coherente para el “cuidado”, el madrazgo, posibilitará el desarrollo del deseo del niño.

Nos preocupa la imposibilidad de asumir una adultez contextuada en las demandas de los niños por parte de los operadores del sistema jurídico, docentes y padres, oscilando dicotómicamente entre lo permisivo de la desatención y los límites medievales del castigo.

Expondremos ahora un caso con el que hemos trabajado en el marco del Programa de Educación para la Paz a fin de remarcar la patologización de las conductas infantiles y sus efectos, para mostrar como sigue vigente el poder de nominación del mayor.

En una escuela de una ciudad de la Provincia de Entre Ríos, nos comentan preocupados por A, “presentaba trastornos sexuales, que hicieron lo que pudieron, pero que era lógico porque venía de una familia de esas que están todos juntos atrás de la vía”.....- continúan diciéndonos - ; “Sabes..., tienen hijos y no se encargan de ellos”... “no se puede seguir con esto en el aula, actuamos como pudimos, aparte para la escuela se nos presenta

como un peligro potencial... con los otros padres y pone en juego el nombre de la institución.”

La mirada del adulto sobre la sexualidad infantil le enseñó a A que lo que estaba haciendo estaba prohibido en la institución, hasta aquí funciona el límite, pero continuó en la lógica del adulto y lo nominó: le puso nombre al acto: “masturbación infantil en el aula”. Esto se comentó en grupo de maestros de la escuela y lo charlaron con los padres.

En todas las intervenciones hay tratamiento.

Podemos denotar aquí la mirada del adulto sobre el niño y el poder de designación en el aparato de control. El tratamiento “controlador” y “designante” de una actividad infantil desdibujó el espacio de contención de lo que podría ser un llamado de atención o un simple juego infantil, sin más trascendencia que la que A le podía otorgar y se convirtió en “el tema” institucional. ¿Y A? El dispositivo panóptico realizado sobre el cuerpo del niño invade y designa. Pero... ¿Qué movilizó dentro de la institución?

Sin dudas el proceso de entender las infancias por parte del mundo “adulto” puede generar marcas tan importantes en la subjetividad del niño como cambiar de significado un acto. Los operadores del sistema jurídico y social, que debieran aparecer ante la situación de riesgo y vulnerabilidad del niño y de su contexto familiar, funcionaron y funcionan dentro de una lógica de estigmatización expulsiva.

No solo por la posterior derivación hacia escuelas especiales por una situación que se les “iba de las manos”, sino por el miedo de “contagio” ya que, como surgió en la entrevista: “tenemos miedo que lo otros empiecen a hacer lo mismo.” El niño fue expuesto, tal los rituales tradicionales, en su vida privada. Quizás funcione la idea de que por ser niños no poseen vida privada. El dolor de A no fue registrado por la institución. Ante la exposición, A empezó a romper el cuaderno y desafiar permanentemente con algo que a la maestra le molestaba, incluso lo hacía cuando lo mandaban a dirección.

Sí se pudo notar la vergüenza de los padres de A, colocándolo a A en situación de riesgo frente a ellos.

El declive institucional se hace manifiesto al no poder contener las demandas puestas en acto. La institución - desde su constitución - está pensada para otro tipo de infancia, una infancia “normal”. Estos nuevos actores, diferentes de los supuestos niños

“normales” necesitan nuevos lenguajes, rituales y ropajes que puedan decodificar los nuevos códigos de la infancia y la adolescencia. En este caso, el resquebrajamiento institucional ha puesto de manifiesto el lugar de la autoridad. La institución también queda paralizada en el tiempo, todavía los operadores hablan de la institución que fue hace 30 años, y lo próspera que era.

El imaginario social que los operadores tienen de A, de la institución y de la infancia nos pareció uno de los puntos más importantes a analizar.

El hecho de sentir que “se nos va de las manos” o “no lo podemos manejar” genera un malestar permanente que se intenta neutralizar centrándose en las pautas disciplinares, y en valores declamados para afuera que jamás se van a cumplir. ¿Con quien deben cumplir? La presencia del paradigma higienista existe subyacente o explícito en nuestras prácticas sociales.

De la disrupción que produce un acto se puede producir una oportunidad de reflexión inclusiva.

En el caso del que nos ocupamos, también quedaron de manifiesto las prácticas criminológicas de la institución. Las mismas se instauran por parte de los adultos en la creencia de que, sosteniendo prácticas “duras” se logrará instalar el principio de respeto y autoridad. Paradójicamente, esto genera de parte de los niños un desafío permanente a transgredir².

Las que conocían la historia de A y la situación que estaba viviendo en la casa eran las cocineras, quienes tienen un contacto especial en las horas del comedor y viven en el mismo lugar que la familia. Habilitar las posibilidades de contexto y a otros agentes no tradicionales de las agencias estatales hubiera abierto a la conformación de un conjunto de redes para el abordaje del caso.

² “Existe evidencia que tanto en el fracaso académico o en la aparición de comportamientos transgresores es la escuela y no los alumnos los responsables de estos resultados. Es decir, que un sistema educativo que sistemáticamente excluye a sus alumnos más difíciles, no asume su responsabilidad en el comportamiento y bienestar de los alumnos o ignora a aquellos que tienen dificultades para concentrar su atención en la escuela (Ruttler et al, 1998), tienen mayor probabilidad que sus alumnos adopten comportamientos agresivos, ofensivos para con terceros e incluso delictivos.” En: Laura Golbert UNSAM-CEDES, Gabriel Kessler UNGS-CONICET COHESION SOCIAL Y VIOLENCIA URBANA Un estudio exploratorio sobre la Argentina a fines de los 90.

El oculto del ropaje jurídico/institucional y su lenguaje, delimita y designa lugares tradicionales: “la cocinera” forma parte de la supuesta “comunidad” solo en casos limitados: fiestas, cenas, actos, pero no se piensa en los potenciales que tienen como agentes por su inserción más cercana al contexto inmediato de los alumnos y los padres.

Los mensajes institucionales aparecen como meramente retóricos y contradictorios hacia el contexto más cercano. Como discurso es un discurso político/cultural por excelencia que goza en la sociedad civil de un descreimiento por sus contradicciones. Se puede focalizar en una ruptura dentro de la propia sociedad civil entre actores e instituciones. Posee la escuela- desde la modernidad- un rol instituido.

Las lógicas reinantes en las instituciones con lógicas de exclusión, que enmascaradas con diversos discursos, dejan fuera lo que debería estar dentro. Sin dudas esto responde a una historia de la formación de las instituciones y los aparatos burocráticos que nominan: asignan lugares a unos y corren a los márgenes a otros³.

Violencia, trama, contexto y discriminación se funden en un espacio donde la discriminación necesita nuevos modelos de tratamiento y de develamiento: descubrimientos de estrategias de abordaje⁴.

Anteriormente dijimos que la lógica de la normalización aún hoy resulta hegemónica en las prácticas sociales y se permeó la racionalidad de otras ciencias sociales.

Lo sano y lo enfermo, lo igual y lo diferente, lo recto y lo torcido, tal como lo planteara Foucault al ocuparse de los medios de disciplinamiento, se reproduce hoy con otras nomenclaturas que la industria cultural brinda y las editoriales conjuntamente con los

³ “En el caso de los principios educativos modernos, la equivalencia entre igualdad y homogeneización produjo como resultado el congelamiento de la diferencia como amenaza o deficiencia. “.....”Creemos que este es el patrón básico con el que se procesaron las diferencias en nuestra escuela. Aparecieron una variedad de jerarquías, clasificaciones y descalificaciones de los sujetos, cristalizando la diferencia como inferioridad, discapacidad o incapacidad, ignorancia, incorregibilidad.” DUSSEL INES.

⁴ No voy a adherir al sentido de discriminación positiva.

formadores de formadores reproducimos⁵. Pero ¿se produjo un cambio en los supuestos que subyacen a las categorías?

Las lógicas de las violencias y de poder son las que incrustan en el niño las prácticas normativizadas, la reproducción de las desigualdades y de la expulsión. La tarea de reconstrucción de las modalidades instituidas e instituyentes desde las vidas cotidianas de los operadores sociales docentes, personal de comedor, cooperadores, padres, directivos, sindicatos, etc., permitirán encontrar el lugar una ciudadanía inclusiva. Desechamos la hipótesis hobbsiana de que la violencia y la discriminación son naturalmente inherentes al hombre. Por el contrario, tal como lo plantea Freud en *El Malestar en la cultura*, la entrada al mundo de la cultura nos instrumenta de rituales que interiorizamos y códigos que perpetuamos. No somos naturalmente violentos y excluyentes, nos hacemos en contexto.

Nuestra tarea pues es desandar los caminos, con tensiones, conflictos haciéndonos cargo y tramitándolos en contexto⁶: casi un modelo de alfabetización curricular en valores, que

⁵ “Las oposiciones binarias suponen que el primer término define la norma y el segundo no existe fuera del dominio de aquel. Sin embargo, el ser sordo, por ejemplo, no supone lo opuesto -y negativo- del ser oyente, ni el ser ciego el opuesto del ser vidente; son experiencias singulares que constituyen una diferencia específica” En Skliar Carlos “La invención de la alteridad deficiente desde los significados de la normalidad.”

⁶ Es sumamente interesante el artículo de Jares, Xesús R., donde nos plantea: “La escuela, como institución, ni es «aconflictiva» ni se limita a reproducir la ideología dominante, aunque lo haga -teorías de la reproducción-, sino que produce simultáneamente «conflictos culturales, políticos y económicos muy reales en el interior y en el exterior de nuestro sistema educativo» (Apple, 1987, p. 11). Por consiguiente, el conflicto y el control son parte esencial y definitoria de la naturaleza organizativa, y, en consecuencia, parafraseando a Ball (1990), centro de la investigación y la teorización. Es más, «conflicto y control no son meramente cualidades del funcionamiento organizativo, sino efectos y resultados de planificaciones deliberadas e interacciones cara a cara. La política organizativa es, en la práctica, un proceso estratégico, material e interpersonal» (Ball, 1990, p. 135). Este proceso micro político de estrategias, tácticas y técnicas varias puede ver usado, coincidiendo con Hoyle (1986), tanto desde una perspectiva de dominio y control por parte de un grupo o de la dirección del centro, como desde una política de oposición o resistencia: «La perspectiva micro política ofrece un vehículo para enlazar la carrera profesional, los intereses y acciones ideológicos con las estructuras organizativas, y las formas de control con la formas de resistencia y oposición» (Ball, 1990, p.143). Jares, Xesús R. en *Revista iberoamericana de Educación*. Número 15 .Micropolítica en la Escuela Septiembre - Diciembre 1997 “El lugar del conflicto en la organización escolar”.

implique al todo desde su particularidad. Sin dudas el primer acto es el despojo, y el reconocimiento del otro y de la alteridad⁷. Otro con voz, y con posibilidad de construcción de su propio guión, y espacio para la actuación. Otro que implique a otros y a la institución, que no sea un elemento didáctico de aparición momentánea en la cotidianidad de la trama, otro con contexto y texto en un nos-otros que intersubjetivamente construya texto en la cotidianidad.

Nos proponemos entonces acciones de intervención pro activas destinadas a:

- a) los fenómenos de deconstrucción institucional;
- b) el trabajo con operadores del sistema jurídico en las matrices vigentes del modelo expulsivo;
- c) el trabajo con sujetos reales, niños, niñas y adolescentes;
- d) la intervención de la comunidad en la discusión de las nuevas matrices de trabajo.

Analizaremos un caso paradigmático de niños y niñas que viven en instituciones de menores:

Oscar ingresa al circuito institucional a los 9 años por la denuncia de la directora de la escuela de campo, por robo de comida y ropa en la escuela. Esta situación es tomada por el Juez de menores como de riesgo y es enviado junto a sus hermanos a una institución de menores donde permanece hasta que es derivado a los 11 años a la institución donde intervenimos desde hace un año. Oscar tiene en la actualidad 16 años y cursa el 4to grado en una escuela albergue, por decisión del equipo técnico anterior. Cuando comenzamos a intervenir en la institución nos encontramos con que no existen registros de la trayectoria escolar/ social y familiar de Oscar. El registro oral es el único soporte que tenemos para poder reconstruir la historia. ¿Podemos hablar de trayectoria? Pretendemos en estas anotaciones formularnos algunas preguntas al respecto.

⁷ De ese modo, el problema de las definiciones sobre los otros no se resuelve al encontrar términos políticamente correctos para describir a esos y/ o a otros sujetos, si no en: - deconstruir el supuesto orden natural de los significados que los localizan en ciertos discursos y prácticas de poder, y - producir rupturas en la lógica binaria de oposiciones (Bhaba, 1994) específicas de la educación especial⁸ (Skliar, 1997b, ob. cit.); en Skliar Carlos "La invención de la alteridad deficiente desde los significados de la normalidad."

A los 6 años ingresa a la escuela, “para ir a comer”, para ello lo obligaban a concurrir a la jornada educativa. No recuerda si 3 o 4 veces repitió primer grado, tenía que hacer otras cosas, salir de peón junto con su padre, cuidar a sus hermanos, y conseguir comida. Oscar admite haber robado a la noche comida del comedor, pero no quería irse de al lado de sus padres.

Luego comienza un circuito donde a él no le interesa estudiar, y en las escuelas de los tres lugares es admitido por ser derivado por un juez, no termina los cursos y no le interesa estudiar. Dos años no va a la escuela porque queda lejos del hogar (macro institución de menores) donde estaba internado. Al decir de Oscar, prefería quedarse en el hogar de XX antes que ir porque se le reían, porque era del campo y tenía más edad que el resto de los compañeros para el primer grado.

Al intentar recuperar la historia escolar que le dio entrada al circuito de la minoridad, nos encontramos que había cerrado la escuela de campo a la que asistió en primer término y la que “convoca” mediante su denuncia la intervención judicial. Nos informan que la documentación quedó en depósito en el Ministerio de Educación, tramite que se dijo que empezó el juzgado y el Consejo del Menor pero que nunca llegó.

Desde hace 4 años Oscar refiere las “ganas” de ir a la escuela, coincidiendo con la llegada y la ambientación en el último lugar donde se encuentra alojado. La primera libreta de calificaciones que se encuentra de Oscar (2004) es la del año pasado donde promociona egb1 y hoy se encuentra en 4 grado.

Si bien nos pareció al principio un caso aislado, comprobamos que la mayoría de los niños y niñas internados en la institución conviven con un conflicto permanente con su trayectoria e inscripción de su historia social, institucional y educativa.

Cabe preguntarse entre otras cosas: ¿Dónde quedó Oscar?; ¿cual es el registro de su paso por la instituciones?; ¿qué lugar ocupó ese deambular en su subjetividad?; ¿podemos acaso hablar de fracaso escolar?

Nos parece necesario anotar aquí que no puede transitar y realizar una trayectoria quien no puede anclar subjetivamente, porque se encuentra anclado a la vida de un expediente de una institución total.

Su propio relato es de deambular, no de realizar un trayecto. No se encontraron rastros más que la relación con sus

hermanos que viven por periodos con él hasta el próximo traslado. Hace 2 años Oscar puede iniciar un sentido de pertenencia con la Escuela donde asiste, con problemas de adaptación por la edad y la correspondencia con sus compañeros, pero muy buenos lazos con los maestros y las porterías que son los que junto con el nuevo equipo técnicos del Hogar sostienen un lugar. 3ro y 4 grado están siendo sostenidos por Oscar y el nuevo paleo ambiente. Demanda permanentemente volver al campo donde nació, pero no quiere volver sin sus hermanos o por lo menos Ramón que es quien vive en el mismo hogar que él.

Oscar no quiere cumplir años. Esto lo dice permanentemente porque sabe que se puede producir el traslado del Hogar de Transito. Las inscripciones del dolor son claramente manifiestas:

“Yo no soy nadie si me voy de acá. Acá estoy seguro y más ahora que esto esta cambiando. ¿Me puedo quedar como cocinero?”

Sin dudas la primera estrategia es acompañarlo a constituir con sus propios relatos la subjetivación y tramitación del dolor. Y poder recuperar los patrones fundantes para que se pueda situar ya no solo respecto de la trayectoria escolar sino de su propia historia.

Respecto del propio anclaje como niño uno puede preguntarse si Oscar tuvo lugar para serlo. Aún con carencias se puede ser niño siempre que exista un Adulto. La escuela como único espacio público protector tiene a disposición recursos simbólicos para la constitución, tal como lo planteara Winnicott al hablar de la deprivación. Recordemos que por el “supuesto robo”, fue excluido del lugar y enviado a un perverso sistema de deambular.

Entonces... ¿dónde quedó Oscar?

(Cuando se termino de escribir este articulo. Oscar ya había sido traslado del hogar y del nuevo ambiente en el que el quería quedarse. La razón jurídica esgrimida es la edad. Hoy no sabemos donde esta Oscar.)

Un acto refundacional con actores reales, con sujetos contextualizados y la formación de un espacio de reflexión y formación y un cambio de lógica cualitativa es urgente.

Sin dudas, las políticas Publicas y las Políticas sociales del Estado debieran ser un lugar de oportunidad para que las infancias encuentre un espacio para poner en acto lo que le sucede en la vida cotidiana, en la escuela, en los espacios públicos. Si no puede

encontrar en el espacio social un lugar propio, seguramente lo desafiará.

Si bien en las instituciones y desde algunas políticas jurídicas y sociales parece otorgárseles un espacio diferencial reconociéndolos formalmente como sujetos, las lógicas vigentes en las instituciones reinstalan en lo oculto los paradigmas de irregularidad infantil, aunque en lo manifiesto se declaman los Derechos. Presentamos estos casos porque creemos en la necesidad de que desde micro políticas focales escolares / sociales y jurídicas que conforman la trama de las políticas públicas globales se tenga en cuenta a este grupo de niños adultizados que en el indicador general “fracasan en su trayectoria social”. Ellos son los que en otro trabajo llamamos “sujetos sin rostro”.

El develar el rostro y entender sus biografías aún recortadas nos puede permitir generar estrategias de intervención en políticas públicas de promoción equidad y diversidad.

Referencias Bibliográficas

ACEVEDO JOAQUIM, (S/F) **La Educación básica y la formación profesional ante los nuevos desafíos económicos.** OEI

CASTELL. ROBERT. **Metamorfosis de la cuestión social. Una crónica del Asalariado.** 1997.

BOURDIE, Pierre. **Conferencia magistral para la "Cátedra Michel Foucault" de la Universidad Autónoma Metropolitana (Valle de México), sustentada el martes 22 de junio de 1999.**

BAJTIN, M. M. **Estética de la creación verbal,** México, Siglo XXI, 1997.

BERNÁRDEZ, Enrique. **Teoría y epistemología del texto,** Madrid, Cátedra, 1995. **Introducción ala lingüística del texto,** Madrid, Espasa Calpe, 1982. **Estructuras y Funciones del discurso,** Buenos Aires, Siglo XXI, 1980. **La ciencia del texto,** Barcelona, Paidós, 1983.

GOFFMAN, E. **Estigma, la identidad deteriorada.** Amorrortu Editores, 2003.

FOUCAULT, M. **Vigilar y castigar.** Nacimiento de la prisión. México, Siglo XXI, 1975.

HANNERZ, ULF. "Fronteras", en **Revista Internacional de Ciencias Sociales**, N° 154, UNESCO.

HAMILTON, D. **Orígenes de los términos educativos clase y currículum.**

STOLCKE, VERENA. "Nuevas retóricas de la exclusión en Europa", en **Revista Internacional de Ciencias Sociales**, N° 159, UNESCO.

SKLIAR CARLOS. **La invención de la alteridad deficiente desde los significados de la normalidad.**

SILVA, Tomaz. **Espacios de Identidad.** Octaedro, Barcelona, 2002.

TENTI Y FANFANI, E. **La Educación Básica y la "cuestión social" contemporánea** (notas para la discusión) Congreso de Pedagogía Universidad Luis Amigo Colombia, 2000.

JARES, X R. El lugar del conflicto en la organización escolar: en **Revista iberoamericana de Educación.** Número 15. Micro política en la Escuela Septiembre – Diciembre, 1997.

VAN DIJK, Teun. **Texto y contexto.** Madrid, Cátedra, 1988.

PARTE IV

ESTRUTURA E ORGANIZAÇÃO DO ESTADO: O NECESSÁRIO RESPEITO AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E A PROMOÇÃO DA CIDADANIA

OS VINTE ANOS DA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988: CONSTITUCIONALISMO E/OU DEMOCRACIA?

VERA KARAM DE CHUEIRI*

1. INTRODUÇÃO¹

A Constituição brasileira comemora (e deve ser esse mesmo o verbo) seus vinte anos. Interessante lembrar que ela resulta, em sentido estrito, de um ano e sete meses de acirrados debates até a sua promulgação em 05 de outubro de 1988. Ainda, é significativo lembrar que, no ato da sua promulgação, o então presidente da Assembléia nacional constituinte, deputado Ulisses Guimarães, declarou que aquela se tratava de uma “constituição cidadã”. Há várias possíveis inferências do que “cidadã” possa significar, todavia, a restauração da democracia e do próprio constitucionalismo brasileiro pode, de uma maneira geral e, mais ou menos, arbitrária, dar o sentido daquela qualidade atribuída à constituição por Ulisses Guimarães.

O fato de termos um texto constitucional enredado pela cidadania sublinha, não sem tensão, a dupla abertura com a qual fomos contemplados: a política e a jurídica. Entretanto, tal abertura é paradoxal, pois a constituição a promove na medida de um certo fechamento que da sua aplicação resulta. Como afirma Kozicki,

tanto a prática política democrática quanto a aplicação do direito dentro das sociedades democráticas, vão estar sempre significadas pela paradoxal busca, em simultâneo, de abertura e fechamento. O direito pode e deve servir como instrumento de fechamento, mas a sua realidade interna não permite que este

* Professora de Direito Constitucional da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná – UFPR dos programas de graduação e pós-graduação.

¹ Esse texto é uma versão modificada da palestra proferida na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande – FURG, no II Congresso Sul-Rio-Grandense de Direitos Fundamentais – II CONSULTAIS.

fechamento seja inquestionável ou permanente.²

Daí pensar, ao longo destes vinte anos de constituição “cidadã”, como essa paradoxal abertura se exerceu através do compromisso constitucional e democrático assumido por nossa comunidade (de princípios).

2. A CONSTITUIÇÃO “CIDADÃ”

A constituição de 1988 é promulgada em um momento de mudança paradigmática na teoria constitucional que passa a compreender seu objeto – a própria constituição – a partir dos princípios que lhe significam especialmente a igualdade e a liberdade e seus respectivos desdobramentos. Esse chamado caráter principiológico da constituição foi recepcionado pelo direito constitucional brasileiro, em um primeiro momento, intermediado pela leitura dos constitucionalistas portugueses, sobretudo Joaquim J. G. Canotilho e Jorge Miranda, os quais, de uma maneira ou de outra, sofreram a influência do constitucionalismo alemão e, posteriormente, pela formação que alguns dos nossos constitucionalistas tiveram em universidades alemãs. A consequência disto foi (e tem sido) uma compreensão da constituição como uma ordem concreta de valores e que, por isso, aceita a ponderação de tais valores, em situações em que eles concorrem para fundamentar determinada decisão. As decisões da Corte Constitucional Alemã, não por acaso, tiveram (e tem tido) grande repercussão em nosso Supremo Tribunal Federal, sobretudo as que refletem essa compreensão da constituição.

Não somente a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (através do controle abstrato de normas), mas também dos tribunais inferiores e juízes de primeiro grau (através do controle difuso de normas) é generosa em decisões que partem desta compreensão axiológica da constituição e que, assim, são *equacionadas* segundo o chamado princípio da proporcionalidade, sobretudo pela influência, aqui no Brasil, do trabalho do professor Robert Alexy e da sua

² Kozicki, Katya. A interpretação do direito e a possibilidade da justiça em Jacques Derrida. In Fonseca, Ricardo M. **Critica da modernidade: diálogos com o direito**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005, p. 131.

*Teoria da Argumentação Jurídica*³. É como se, em tese, a Corte Constitucional brasileira, a exemplo da alemã, em nome da racionalidade de suas decisões, reduzisse os conflitos que se lhe apresentam a uma disputa argumentativa acerca de valores que, desta maneira, seriam sopesados segundo fórmulas metodologicamente adequadas em nome de uma necessária (porém não menos abstrata) técnica de balanceamento. Conforme afirma Habermas, em relação à corte constitucional alemã, “*a crítica se dirige contra uma auto-compreensão metodológica cultivada pela corte, de acordo com a qual a orientação por princípios é equivalente ao balanceamento de fins, valores e bens coletivos*”⁴.

Outra possibilidade para compreender a constituição assumindo o seu compromisso com a democracia e o constitucionalismo, isto é, com o auto-governo do povo e a sua limitação é, igualmente, sublinhar o seu caráter principiológico, porém, desde um sentido diferente daquele legado pela jurisprudência dos valores. É compreendê-la -sem cair na tentação de transformar seus princípios (que são normas) em valores- como um conjunto de princípios e diretrizes políticas (normas), cujo significado não é (nem pode ser) aprioristicamente dado, mas sim construído (e reconstruído) através da prática jurídica, isto é, através da sua aplicação pelos tribunais (histórica e institucionalmente considerados) o que exige, obviamente, o exercício de interpretação por parte dos seus aplicadores-intérpretes que são os juízes, relativamente aos casos que julgam. Juízes estes que assumem a perspectiva interna do intérprete e não de mero observador externo e, assim, comprometem-se com o sentido dado à constituição toda vez que a aplicam reafirmando o seu pertencimento a uma comunidade política, inclusiva e que requer participação no debate constitucional. Isto, pois, a aplicação da constituição significa, ao mesmo tempo, a garantia e a prática da igualdade (de que todos merecem ser tratados com igual respeito e consideração) e a revisão do seu significado através do debate que se estabelece.

³ Alexy, Robert. **Teoria da argumentação jurídica A teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica**. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001.

⁴ Habermas, Jürgen. **Between facts and norms**. Trad. William Rehg. Cambridge, Mass.: The MIT Press, 1996, p. 239-240. Tradução livre.

Importa lembrar que ao me referir aos princípios constitucionais estou me referindo aos direitos fundamentais em sua dimensão normativo-constitucional e que, por isso mesmo, não podem ser confundidos ou equiparados a valores, em si, igualmente, prioritários (mandamentos de otimização, cuja intensidade permanece aberta). Neste caso, a interpretação da constituição se tornaria uma questão de concretizar valores, relativamente a direitos fundamentais.

Princípios ou normas superiores, à luz das quais outras normas podem ser justificadas, têm um sentido deontológico, enquanto valores têm um sentido teleológico. Normas de ação válidas obrigam seus destinatários a satisfazer, igualmente e sem exceção, expectativas generalizadas de comportamento, enquanto valores são compreendidos como preferências intersubjetivamente compartilhadas⁵.

Pois bem, o tipo de interpretação construtiva da constituição da qual venho falando (lembramos que a constituição resulta de um poder constituinte, isto é, de um embate político, algumas vezes bastante radical e que esta radicalidade ou impulso não deve desaparecer ou ser neutralizado pela própria constituição) significa lhe impôr um propósito ou intenção que a torne a melhor possível.

Esse *melhor possível*, ao meu ver, significa a permanente recorrência aos compromissos republicanos e democráticos que estão na sua base - fidelidade aos princípios do *rule of law* e da soberania popular (auto-governo), bem como a proteção intransigente dos direitos fundamentais – , traduzidos nos princípios lá albergados (CF/88 art. 1º)⁶, os quais demandam uma leitura moral e política. Neste sentido, os leitores, intérpretes da constituição brasileira, devem compreendê-la não como moral e

⁵ Habermas, H. **Between facts and norms**, p. 255. (tradução livre)

⁶ Constituição da República de 05 de outubro de 1988. TÍTULO I - Dos Princípios Fundamentais - Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político. Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

politicamente neutra, mas, ao contrário, como um texto comprometido com determinado contexto. Assim, também, as controvérsias constitucionais, como por exemplo, o aborto dos fetos anencéfalos, a ocupação de terras, a união estável de pessoas do mesmo sexo, a fidelidade partidária, a pesquisa em embriões, o nepotismo, entre outras, devem ser compreendidas como controvérsias públicas, moral e politicamente significadas e que demandam dos seus intérpretes uma decisão acerca de qual sentido dos princípios lá implicados (dignidade da pessoa, igualdade, liberdade, etc) pode melhor traduzir, radicalmente, os nossos compromissos republicanos e democráticos.

A constituição (e o direito pensado sistemicamente como tal) é contraditória e, assim, indeterminada e não há nada de mal nisso. Daí a relevância do momento de aplicação quando então podem os juízes reduzir esta complexidade ao compartilhar os paradigmas com os demais membros da comunidade através da atividade interpretativa. Não por acaso Habermas se refere à interpretação como uma atividade entre cidadãos baseada em processos públicos de discussão e decisão.

É fato de que não há controvérsia constitucional de fácil solução. Vale dizer, invariavelmente o Supremo Tribunal Federal se depara com casos cujas soluções não resultam da simples subsunção da norma ao caso, sobretudo por ensejarem demandas de direitos fundamentais: questões de princípios! Por outro lado, as decisões proferidas com base em uma teoria que resgata a tradição da jurisprudência dos valores, faz da tarefa constitucional uma sub-espécie de tarefa legislativa e, pior, sem a legitimidade exigida a esta. O respeito à separação de poderes e à especificidade das funções de governo pertence ao jogo democrático. Assim, a contrapartida das decisões legislativas que são orientadas por valores e diretrizes políticas está nas decisões judiciais que são baseadas em princípios, deontologicamente compreendidos: são normas! Neste caso, será o princípio, que é um tipo especial de norma; um trunfo de que dispomos como cidadãos, a definir a pretensão e o comportamento a ser seguido. Por exemplo, o princípio da dignidade da pessoa, normativamente considerado, obriga, igualmente, todos os seus destinatários e não admite exceções. Entretanto, se o consideramos como um valor, como um tipo de preferência compartilhada por determinada comunidade, admitimos a possibilidade de que, em determinada circunstância, ele

(o princípio da dignidade) seja relativizado por outro mais atrativo. Esse *jogo de interesses*, em relação aos direitos fundamentais, os torna reféns de determinados fins, os quais podem ser adequados às razões de governo, porém injustos.

Conforme diz Habermas, é um equívoco equacionar a constituição como ordem concreta de valores pois, aniquila o seu caráter jurídico específico. *(E)nquanto normas jurídicas, os direitos fundamentais, assim como as regras morais, são modelados conforme normas de ação obrigatórias e não conforme atrativos bens*⁷.

Se compartilhamos o sentimento de que todos, indistintamente, devem ser tratados com igual respeito e consideração e de que tal direito (a igualdade) não pode ser sacrificado pelo governo, então o uso da força estatal só se justifica se for para garantir a sua aplicação. Neste sentido, garantir o direito a um determinado medicamento contra uma política pública de saúde que não o concede, caso da tutela antecipada n. 91⁸, é tão fundamental quanto necessário: é quando a democracia (governo do povo) enfrenta (no sentido de ficar face à face) o constitucionalismo (governo das leis) e tomamos consciência, como diria Arendt⁹, do direito que temos a ter direitos. É, portanto, da responsabilidade do poder judiciário reafirmar estes princípios através das suas decisões, pois somente através delas, minorias ou grupos sociais vulneráveis podem ser incluídos e terem seus direitos a ter direitos ou, conforme sugere Dworkin, levados à sério, como uma questão de princípios e não de mendigadas doses de *bem comum*. Isto, pois, na lógica democrática da representação, grupos vulneráveis minoritários, têm mais chances de ter suas pretensões atendidas através da provocação do Poder Judiciário. Conforme afirma Dworkin, dentro da prática jurídica a proteção dos direitos é muito mais importante do que a adesão a regras que não refletem mais a

⁷ Habermas, H. **Between facts and norms**, p. 256. Tradução livre.

⁸ Trata-se de pedido do Estado de Alagoas em face do STF para que suspendesse a liminar do Tribunal de Justiça de Alagoas que determinou ao Estado o imediato fornecimento do tratamento necessário para pacientes renais crônicos em hemodiálise e pacientes transplantados.

⁹ Arendt, Hannah. **The origins of totalitarianism**. San Diego, New York, London: Harvest/ HBJ Book, 1979, p. 296.

moralidade social ou do que considerações utilitárias orientadas por objetivos políticos¹⁰.

A ordem constituída em 1988 só pode ser pensada e, neste sentido, aplicada em relação com o poder que a constituiu. É como se a constituição reatualizasse a força constituinte cada vez que afirma que o poder não ser exercido com abuso, que todos nós devemos ser tratados com igual respeito e consideração e que grupos sociais vulneráveis devem, em suas diferenças, ter seus direitos assegurados (mesmo contra o direito da maioria), ainda, que as funções de governo (executiva, legislativa e jurisdicional) não se confundem e, portanto, devem ser preservadas.

Tais compromissos não resultam, no entanto, exclusivamente da constituinte de 1987-88, mas do processo histórico que levou à sua convocação, às discussões lá enfrentadas e às consequentes deliberações. Em outras palavras, a constituição brasileira de 1988 não pode ser datada em primeiro de fevereiro de 1987, quando deputados federais e senadores se reuniram, unicameralmente, em *Assembléia Nacional Constituinte, livre e soberana*, na sede do congresso nacional, nos termos da Emenda Constitucional n. 26 de 27 de novembro de 1985. Também não pode ser datada em cinco de outubro de 1988, momento da sua promulgação, pois muito sangue rolou, muita gente desapareceu, muitas botas pisaram duro, outras se gastaram em passeatas, enfim, a temporalidade da constituição está no agora, esta partícula do tempo que simultaneamente é aquilo que não é mais, como aquilo que ainda não é (e, assim, será)¹¹. Entretanto, o agora, o tempo presente da constituição só pode ser compreendido na sua relação com o passado (que nada mais é do que aquilo que não é mais) e o futuro (o que ainda não é). O agora é o núcleo imodificável do tempo (passado, presente e futuro). Neste sentido, o tempo da constituição é o da sua aplicação ou rephraseando Jean-Luc Nancy¹², é o tempo do evento, do acontecimento, no que isso envolve passado, presente e futuro.

¹⁰ Kozicki, Katya. **Conflito e estabilização: comprometendo radicalmente a aplicação do direito com a democracia nas sociedades contemporâneas**. Tese de doutorado. Inédita. UFSC, 2000, p. 181.

¹¹ Aristotle. **The Complete Works**. Physics Vol. I. Edited by Jonathan Barnes. Princeton, New Jersey: Princeton University Press, 1984, p. 370.

¹² Nancy, Jean-Luc. The surprise of the event. In: Barnett, Stuart (ed.) **Hegel After Derrida**. New York and London: Routledge, 1998, p. 98.

Como afirma o professor Menelick de Carvalho Neto, o Direito Constitucional apresenta uma história, a qual

revela, no entanto, a um só tempo, também um esforço que pode ser compreendido como um processo de aprendizado e que, hoje, nos permite reconhecer uma certa linha de continuidade subjacente às grandes rupturas, denominada constitucionalismo.

Constitucionalismo que, em último termo, se traduz na permanente tentativa de se instaurar e de se efetivar concretamente a exigência idealizante que inaugura a modernidade no nível da organização de sua sociedade complexa a qual não mais pode lançar mão de fundamentos absolutos para legitimar o seu próprio sistema de direitos e a sua organização política: a crença de que constituímos uma comunidade de homens livres e iguais, co-autores das leis que regem o nosso viver em comum¹³.

Se a constituição brasileira de 1988 é (re)significada no tempo e espaço da nossa história, não há como ela se esquivar de um conteúdo moral e político. Ao trazer conteúdos morais e políticos para a identificação da constituição, Dworkin afirma a sua (da constituição) autoridade como uma questão de princípios sobre os direitos dos cidadãos, seus compromissos públicos e não como uma questão relativa à norma jurídico-positiva (nos termos defendidos pelo positivismo jurídico). Isto é, a autoridade da constituição depende das considerações acerca das interpretações, moral e politicamente relevantes, dos princípios que estão nela firmemente. Assim, se obedece a constituição na medida em que esta obediência é uma questão de princípio, cujo sentido paradigmático é o da igualdade, segundo o qual não é suficiente tratar todos os cidadãos como iguais, mas, acima de tudo e, em qualquer circunstância, tratá-los com igual respeito e consideração (*to treat*

¹³ Carvalho Neto, Menelick. **A contribuição do Direito Administrativo enfocada da ótica do administrado para uma reflexão acerca dos fundamentos do controle de constitucionalidade das leis no Brasil: um pequeno exercício de Teoria da Constituição.** (Manuscrito)

them with equal concern and respect)¹⁴. Desta forma, as práticas jurídicas (o direito como tal) deveriam ser interpretadas à luz do princípio da igualdade e, por isso (ou por causa dele), elas são dotadas de autoridade, isto é, se impõem e obrigam.

Reafirmando o que defende Dworkin (e nisto ele é intransigente), os direitos a serem protegidos através das práticas jurídicas estão fundados no mais fundamental direito de igual respeito e consideração. Este é o sentido último que se deve atribuir à prática jurídica, desde a sua visão, moral e politicamente, liberal. Essa igualdade que é *the nerve of liberalism*¹⁵ exige que o governo trate todos os seus cidadãos como titulares de igual respeito e consideração.

A considerar o conflito entre igualdade e liberdade Dworkin observa que os liberais tendem mais em favor da primeira do que da segunda, ao passo que os conservadores fazem o contrário. Se se aceitar a igualdade de recursos como a melhor concepção de igualdade distributiva, a liberdade torna-se, assim, um aspecto da igualdade e não um ideal político distinto a conflitar com ela¹⁶. Vale

¹⁴ Interessante a crítica de Agnes Heller, para quem a idéia de Dworkin de *equal respect* é ilusória, na medida em que entende o igual respeito como uma categoria da igualdade (igualdade de respeito), cujo principal valor é o respeito e não a igualdade. Heller, Agnes. **Além da Justiça**. Trad. Savannah Hartmann. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1998, p. 215.

¹⁵ Dworkin, Ronald. **Law's Empire**. London: Fontana Press, 1986, p. 183. Ainda no mesmo capítulo sobre liberalismo Dworkin fala sobre o que ele considera as posições políticas dos liberais: *in economic policy, liberals demand that inequalities of wealth be reduced through welfare and other forms of redistribution financed by progressive taxes. They believe that government should intervene in the economy to promote economic stability, to control inflation, to reduce unemployment, and to provide services that would not otherwise be provided, but they favor a pragmatic and selective intervention over a dramatic change from free enterprise to wholly collective decisions about investment, production, prices, and wages. They support racial equality and approve government intervention to secure it, through constraints on both public and private discrimination in education, housing, and employment. But they oppose other forms of collective regulation of individual decision: they oppose regulation of the content of political speech...and they oppose regulation of sexual literature and conduct, even when such regulation has considerable majoritarian support. They are suspicious of criminal law and anxious to reduce the extension of its provisions to behavior whose morality is controversial, and they support procedural constraints and devices, like rules against the admissibility of confessions, that makes it more difficult to secure criminal convictions.* (p. 187)

¹⁶ Dworkin, Ronald. **Sovereign Virtue**. Cambridge, Mass. and London: Harvard University Press, 2000, p. 122.

dizer, liberdades, moralmente importantes, como a de expressão, religião, convicção, orientação sexual, só tem sentido (e devem ser protegidas), se tornarem melhor a vida das pessoas, na medida em que lhes possibilitarem alcançar um nível respeitável de igualdade substancial.

Dworkin defende estas liberdades (moralmente fundamentais), sob o argumento de que elas devem ser protegidas, conforme a melhor visão do que seja a igualdade distributiva, isto é, a melhor visão de quando uma distribuição social da propriedade trata cada cidadão com igual consideração. Neste sentido, o professor Menelick de Carvalho Netto argumenta que igualdade e liberdade estão mutualmente comprometidas em Dworkin e experimentam o que ele (Menelick) chama de tensão produtiva.

Com este argumento, casos constitucionais paradigmáticos como os das ocupações de terras no Brasil, empreendidas pelo movimento dos trabalhadores rurais sem-terra (MST), em que proprietários rurais e sem-terras reivindicam, a um lado a manutenção da propriedade privada e, a outro, a igualdade (uma distribuição social da propriedade que trata cada cidadão com igual respeito e consideração), seriam melhor decididos e, conseqüentemente, mais justos se compreendidos conforme a melhor visão do que seja a igualdade distributiva. Neste sentido (o da *melhor visão*), tanto o direito fundamental de protesto, quanto o direito a uma distribuição social da propriedade seriam fortes argumentos para uma decisão em favor da demanda dos sem-terra. Ou seja, há um direito fundamental ao protesto (à livre manifestação do pensamento) do qual são titulares os grupos sociais vulneráveis como o MST, e, por consequência, sua manifestação não caracterizaria crime contra o patrimônio. Ainda, há um direito fundamental à igualdade que exige uma (re)distribuição da propriedade, pois somente através desta grupos sociais vulneráveis como o MST serão tratados com igual respeito e consideração¹⁷. Tal

¹⁷ Em um artigo escrito para o *Estado*, Dworkin afirma: *Havendo evidências (como talvez sejam as notícias de que agricultores desarmados foram mortos por policiais durante a retirada de assentamentos) para demonstrar que o grupo não é tratado como participante, em igualdade de condições, na aventura política de uma nação, a democracia falhou e, nessa medida, até que mude a atitude do governo, atos não violentos se incluirão da honrada tradição da desobediência civil.* (grifei) Ver *O Estado de São Paulo*, 24/05/1997, A2, p. 14. Ver ainda: STJ, HC 2006/0245088-9 Min. GILSON DIPP (1111) T5 - QUINTA TURMA12/12/2006 DJ 05.02.2007 p. 321 (...)

argumento se articula no caso concreto das ocupações e suas demandas judiciais. Entretanto, a decisão (do caso), ainda que nele se particularize, não significa a mera tutela de um interesse particular ou, neste caso, de grupo, pois violações de direitos fundamentais são lesivos a toda comunidade. Daí a dimensão (e a força) de uma decisão do Supremo Tribunal Federal e demais instâncias do Poder Judiciário que interpretam e aplicam, crítica e reflexivamente a constituição de 1988, sem titubear quanto ao caráter normativo de seus princípios.

A idéia de uma comunidade de princípios é nuclear, pois a distribuição igual de recursos depende de um processo de decisões coordenadas, no qual as pessoas que respondem por seus próprios interesses, devam ser capazes de identificar o verdadeiro ônus dos seus planos individuais em relação às outras pessoas e, assim, trabalharem nestes planos, desejando, nada mais do que a justa divisão dos recursos, a princípio, disponíveis a todos.

Sem um grau substancial de liberdade é impossível alcançar a igualdade de recursos pretendida, pois esta última depende da competência do processo de discussão e escolha que ela gera. As chamadas liberdades moralmente fundamentais como as que foram anteriormente mencionadas são definitivas para decidir em favor da igualdade, enquanto outras, como a econômica, são importantes na medida da sua limitação (pelo poder público).

Há aqui a combinação da pretensão liberal de respeitar a esfera individual, especialmente no que concerne às liberdades de expressão, convicção religiosa, filosófica e política, orientação sexual com a pretensão democrática de melhor (re)distribuição de recursos. Isto permite dizer que a compreensão que Dworkin tem do direito serve como justificação de um tipo de liberalismo que pode ser chamado de *egalitarian-liberalism*¹⁸.

*fato de que integrantes do Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem Terra quase invadiram o fórum com o intuito de **protestar** repúdio contra a soltura de outros três co-réus, o que reforçaria o clamor social causado pelos supostos crimes, também não é capaz de justificar a segregação. (...) (grifei)*

¹⁸ Rosenfeld, Michel, e ARATO, Andrew. *Habermas on Law and Democracy: Critical Exchanges*. Berkley, Los Angeles, London: University of California Press, 1998, p. 04. Rosenfeld e Arato observam que *Dworkin would be hardly pressed to justify that his liberal-egalitarian rights are more legitimate than liberal-libertarian or conservative rights, or even those goods that loom as normatively paramount within ethical theories committed to the priority of goods over rights, if it were not for his assertion that the U.S. Constitution happens to have codified liberal-egalitarian rights and principles. But*

Pois bem, retomando a idéia de que o exercício da jurisdição, especialmente a constitucional, é uma questão de princípios (e não de interesses), os quais expressam uma moralidade pública, aquele que exerce a jurisdição, ao interpretar tais princípios, o faz de maneira não arbitrária, isto é, não são seus gostos ou preferências que importam. A interpretação deve, pois, ser consistente e coerente com a história (institucional) da comunidade a que pertence o intérprete. Poder-se-ia dizer, então, que a melhor interpretação das práticas que constituem o direito, isto é, a melhor *resposta* que o aplicador do direito pode dar é aquela que parte do sentido da igualdade antes referido (e a partir dele compreendido o das liberdades moralmente fundamentais), numa comunidade que, efetivamente, compartilha tais princípios.

A história constitucional não deve ser linearmente considerada e o seu sentido não é, nem pode ser, aprioristicamente dado. Parafraaseando Menelick de Carvalho Netto, o nosso direito constitucional,

já apresenta uma história passível de ser apreendida em períodos, em distintos paradigmas. Essa mesma história revela, no entanto, a um só tempo, também um esforço que pode ser compreendido como um processo de aprendizado e que, hoje, nos permite reconhecer uma certa linha de continuidade subjacente às grandes rupturas, denominada constitucionalismo¹⁹.

A constituição brasileira de 1988 ou, dizendo de outra maneira, os princípios do *rule of law*, da soberania popular, do auto-governo, da separação de poderes, a tutela intransigente dos direitos fundamentais, etc resignificados (ou reconstruídos) na medida da sua aplicação, referem-se, assim, ao *agora*, esse núcleo

this latter assertion makes Dworkin's theory doubly vulnerable: ...it can be dismissed as merely parochial since it depends on contingent historical facts lacking importance beyond the United States; on the other hand, Dworkin's conclusions regarding the American Constitution may be attacked as being historically unwarranted.

¹⁹ Netto, Menelick de Carvalho. *A contribuição do Direito Administrativo enfocado da ótica do administrado para uma reflexão acerca dos fundamentos do controle de constitucionalidade das leis no Brasil: um pequeno exercício de Teoria da Constituição.* (manuscrito)

imodificável do tempo passado, presente e futuro (de que falei no início deste artigo). Não há história que seja um catálogo cronológico de fatos, como não há constituição, cujo sentido se torne refratário aos eventos em suas continuidades e descontinuidades. Ainda, com Menelick, a constituição é abertura, provoca abertura, descortina as indeterminações do direito e, por isso mesmo, se revela como a melhor possibilidade que temos diante da ameaça do triunfo da letra da lei que (*fecha o livro, te prega na cruz, depois chama os urubus*)²⁰.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Para finalizar, pensando nos vinte anos da nossa constituição e, desde então, da jurisdição constitucional, eu gostaria de enfatizar a importante mudança paradigmática que uma leitura moral da constituição promove, no sentido atribuído por Dworkin, ao compreendê-la a partir dos princípios, cujo significado não é dado, mas construído através da interpretação criativa de seus aplicadores. O direito tem uma natureza interpretativa e aplicar o direito (*to enforce the law*) requer que se interprete a constituição como expressando um coerente conjunto de princípios. Por isso a constituição não se esgota no seu texto; a constituição não é valor; a constituição é norma. Nem texto, nem valor impõem genericamente condutas em sociedades complexas como a nossa.

Pois bem, tal compreensão do sistema jurídico, conforme desde o começo eu venho sinalizando, oferece uma interessante possibilidade para a teoria constitucional: o reconhecimento de um sistema constitucional formado por princípios e políticas, para além das normas jurídicas em sentido estrito; a fundamentalidade do papel dos princípios para determinação da abertura formal e significação material do sistema; a assunção do princípio da igualdade (e com ele a liberdade) como princípio constitucional que melhor justifica o compromisso constitucional com a democracia (e vice e versa); a necessidade de uma atitude interpretativa do julgador comprometida com a igualdade; o sentido do direito constitucional como resultado das práticas jurídico-constitucionais, historicamente consideradas, e que se revela através das decisões judiciais dos tribunais que exercem, de maneira criativa e consistente, a jurisdição constitucional; e, finalmente, a tentativa de

²⁰ Buarque, Chico. **Hino de Duran**.

se (re)construir um sistema constitucional hercúleo, que dê respostas certas para o direito.

Numa tal perspectiva, como a de Dworkin, constitucionalismo e democracia estão implicados na medida em que, a democracia é uma questão de direitos e estes são constitucionais e significados pelos seus conteúdos. Será democrático o Estado no qual a pergunta acerca da constituição não é a de como e quando e por quem ela foi feita, mas o que ela significa e, o que ela significa, depende da interpretação que dela se faça. Assim, um compromisso com a democracia só pode ser constitucional e, mais, substancial, pois não basta aprender os princípios escritos nas normas da constituição, mas, sobretudo, as interpretações destas, (moral e publicamente) realizadas conforme a melhor concepção de um regime democrático, através de um judiciário independente²¹.

Portanto, o significado destes vinte anos de vigência da constituição brasileira e da nossa (con)vivência nos desloca ao poder judiciário, em todos os seus níveis, mas, especialmente, ao Supremo Tribunal Federal e suas interpretações na aplicação da constituição. Que vigor teria a constituição se não fosse aplicada? (Eu poderia dizer de outro modo: que força teria a constituição se não fosse seguida?) Não há dúvida (eu, ao menos, não as tenho) de que a democracia tem comprometido o constitucionalismo nestes últimos vinte anos de exercício da jurisdição constitucional no Brasil. Ainda, de que isto redefiniu o papel do Supremo Tribunal: não basta subsumir senhores minsitros, tem que argumentar! Daí a primeira significativa conquista. A segunda, talvez por vir, é, se dar conta da força (deontológica) dos princípios e, assim, dos direitos e de que decisões construídas nessa base, ainda que contra-majoritárias, serão mais democráticas, pois mais atentas ao específico; promovem estabilidade, mas são cientes da sua contingência. Isto, pois, tem predominado na Corte decisões que são verdadeiras disputas em torno de interesses, baseados em valores que, a meu ver, mitigam a força dos direitos e, conseqüentemente, da democracia (e do constitucionalismo).

²¹ Milcheman, Frank. **Brennan and democracy**. New Jersey: Princeton University Press, 1999, p. 31.

Referencias Bibliográficas

- ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**. A teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica. Tradução Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001.
- ARENDT, Hannah. **The origins of totalitarianism**. San Diego, New York, London: Harvest/ HBJ Book, 1979.
- ARISTOTLE. **The Complete Works**. Physics. Vol. I. Edited by Jonathan Barnes. Princeton, New Jersey: Princeton University Press, 1984.
- CARVALHO NETO, Menelick. **A contribuição do Direito Administrativo enfocada da ótica do administrado para uma reflexão acerca dos fundamentos do controle de constitucionalidade das leis no Brasil: um pequeno exercício de Teoria da Constituição**. (Manuscrito)
- BUARQUE, Chico. **Hino de Duran**.
- DWORKIN, Ronald. **Law's Empire**. London: Fontana Press, 1986.
- _____. **Sovereign Virtue**. Cambridge, Mass. and London: Harvard University Press, 2000.
- HABERMAS, Jürgen. **Between facts and norms**. Tradução William Rehg. Cambridge, Mass.: The MIT Press, 1996.
- HELLER, Agnes. **Além da Justiça**. Tradução Savannah Hartmann. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1998.
- KOZICKI, Katya. **Conflito e estabilização: comprometendo radicalmente a aplicação do direito com a democracia nas sociedades contemporâneas**. Tese de doutorado. Inédita. UFSC, 2000.
- _____. A interpretação do direito e a possibilidade da justiça em Jacques Derrida. In Fonseca, Ricardo M. **Crítica da modernidade: diálogos com o direito**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005.
- MILCHEMAN, Frank. **Brennan and democracy**. New Jersey: Princeton University Press, 1999.
- NANCY, Jean-Luc. The surprise of the event. In: Barnett, Stuart (ed.) **Hegel After Derrida**. New York and London: Routledge, 1998.
- ROSENFELD, Michel, e ARATO, Andrew. **Habermas on Law and Democracy: Critical Exchanges**. Berkley, Los Angeles, London: University of California Press, 1998.

O DIREITO FUNDAMENTAL À BOA ADMINISTRAÇÃO E O PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE ADMINISTRATIVA

JULIO CESAR FINGER*

1. INTRODUÇÃO¹

Recentemente o Prof. Juarez Freitas escreveu um livro intitulado “Discrecionariade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública”. O renomado publicista gaúcho não se ocupa de justificar a existência, entre nós, do mencionado direito fundamental, mas o concretiza de diversas maneiras, derivando diversos direitos, não-excludentes, a saber: direito à administração pública transparente, direito à administração pública dialógica, direito à administração pública imparcial, direito à administração pública proba, direito à administração pública respeitadora da legalidade e direito à administração pública eficiente². Nosso objetivo, neste trabalho, é de outra natureza. Em primeiro lugar, como não há uma positivação de um “direito fundamental à boa administração” no catálogo de direitos fundamentais do Título II da nossa Constituição da República, a exemplo do que ocorre na Carta de Direitos Fundamentais da União Européia, cuidaremos de apontar por que se pode defender a existência desse direito fundamental entre nós. Após, fixar-nos-emos na demonstração da existência de um “direito à administração pública transparente” em face da positivação do princípio da publicidade e na perspectiva teórica que sustenta a possibilidade da construção de um feixe de posições jurídico-subjetivas, a partir de cada norma de direito fundamental³. Por fim, analisaremos a essencialidade desse direito

* Mestre em Direito do Estado pela PUCRS, Professor e coordenador do programa de pós-graduação da Fundação Escola do Ministério Público, promotor de justiça no Rio Grande do Sul.

¹ Texto-base da palestra proferida no II Congresso Sul-Riograndense de Direitos Fundamentais – II CONSULTAIS, em 21/08/2008, realizado pelo Núcleo de Pesquisa e Extensão em Direitos Humanos – NUPEDH/FURG.

² FREITAS, Juarez. *Discrecionariade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública*. São Paulo: Malheiros, 2007, pp. 20-21.

³ ALEXY, Robert. **Teoria de los Derechos Fundamentales**. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, pp. 240-245.

fundamental para a construção do “nosso” Estado democrático de direito, examinando, ainda que sucintamente, as vicissitudes da falta de práxis republicana entre nós.

2. HÁ UM DIREITO FUNDAMENTAL À BOA ADMINISTRAÇÃO NO BRASIL?

Pedindo vênia para o citado publicista, crê-se ser necessária, se não a defesa, ao menos uma justificativa da existência de um “direito fundamental à boa administração”, ainda que tal configuração nos pareça singela. A prática jurídica tem demonstrado que ainda hoje o viés de nossos aplicadores do direito, embora se possa apontar importante avanço, é eminentemente formalista e calcado em uma visão de legalidade estrita. Nessa linha, não é descabido afirmar que a grande maioria dos assim chamados “operadores do direito” ainda pronunciaria que não existe um “direito fundamental à boa administração”, porque não o encontraria no rol dos arts. 5º a 17 da Constituição, ou, ainda, que uma determinada conduta de um administrador não é passível de desconstituição e penalização, porquanto “apesar de imoral não é ilegal”.

Um questionamento vestibular pode surgir: qual a necessidade ou vantagem de defender a transparência administrativa como conteúdo ou âmbito de proteção de um direito fundamental, se já existe no *caput* do art. 37 da CF o princípio da publicidade – e, portanto, da transparência – como de obrigatória observância para a administração? Nesse momento, cabe lembrar que, do ponto de vista da boa dogmática, ou seja, do direito que se pretende seja tornado realidade, aplicado aos casos concretos e produtor de eficácia social, a norma de direito fundamental traz consigo valores que têm sempre prioridade no rol das possíveis variáveis em sopesamento ou ponderação. Por outras palavras, um direito fundamental sempre “vale mais” do que qualquer outro direito, mesmo constitucional. O direito fundamental é sempre universal, acessível a qualquer cidadão, ainda que este, por opção, não o exerça temporariamente. Além disso, na linha do constitucionalismo material, o catálogo de direitos fundamentais possui uma dimensão objetiva, constituindo uma “pauta de valores”

a ser seguida por todos os aplicadores do direito, os Poderes de Estado e também os particulares, nas relações privadas⁴. Por fim, cabe lembrar também que, na condição de direito fundamental, o direito à boa administração é protegido contra a “erosão” por parte do poder constituinte derivado.

Iniciando a caminhada, cumpre salientar que não é exaustivo o rol de direitos fundamentais em nosso Direito Constitucional. A abertura material do art. 5º, § 2º, da Carta da República permite que outros direitos, positivados ou não na Constituição, recebam o selo da fundamentalidade. Para essa configuração, seguindo o magistério de Ingo Sarlet, em esforço de síntese, há a necessidade do preenchimento dos seguintes requisitos: (i) a positivação na Constituição (fundamentalidade formal), embora esse não seja um requisito indispensável; (ii) a aproximação funcional e de conteúdo com os demais direitos do catálogo e (iii) a substancialização, em algum grau, da dignidade da pessoa humana⁵.

Ainda principiando, parece ser útil, ao menos nesse momento, verificar o que foi positivado pela União Européia como “direito à boa administração”, já que é inegável a nossa conformação constitucional como caudatária do direito constitucional praticado naquele continente, em especial em Portugal e na Espanha. O art. 41º da Carta de Direitos Fundamentais da União Européia, assim dispõe:

Artigo 41º

Direito a uma boa administração

1. Todas as pessoas têm direito a que os seus assuntos sejam tratados pelas instituições e órgãos da União de forma imparcial, equitativa e num prazo razoável.

2. Este direito compreende, nomeadamente:

. o direito de qualquer pessoa a ser ouvida antes de a seu respeito ser tomada qualquer medida individual que a afecte desfavoravelmente,

⁴ Aqui caberia lembrar, como eficácia interprivada, o dever de transparência da diretoria de uma associação, como órgão que, na posição de órgão de administração, gerencia o que não é de sua propriedade.

⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**, 4ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. pp. 90-144.

. o direito de qualquer pessoa a ter acesso aos processos que se lhe refiram, no respeito dos legítimos interesses da confidencialidade e do segredo profissional e comercial,

. a obrigação, por parte da administração, de fundamentar as suas decisões.

3. Todas as pessoas têm direito à reparação, por parte da Comunidade, dos danos causados pelas suas instituições ou pelos seus agentes no exercício das respectivas funções, de acordo com os princípios gerais comuns às legislações dos Estados-Membros.

4. Todas as pessoas têm a possibilidade de se dirigir às instituições da União numa das línguas oficiais dos Tratados, devendo obter uma resposta na mesma língua.

No nosso entender, foi essa a inspiração para Juarez Freitas reputar como direitos subjetivos públicos decorrentes do “direito à boa administração” entre nós: (a) o direito à administração pública transparente (em especial quanto ao orçamento); (b) o direito à administração pública dialógica (com os deveres de respeito ao devido processo legal, motivação e duração razoável); (c) o direito à administração pública imparcial; (d) o direito à administração pública proba; (e) o direito à administração pública respeitadora da legalidade (“temperada”, sem absolutização das regras); e (f) o direito à administração pública eficiente, eficaz e responsável⁶. Analisando esse rol proposto, podemos verificar que eles se apóiam em normas constitucionais positivadas na Constituição de 1988, ainda que não todos, dentro do catálogo do Título II: o direito à administração pública atenta à legalidade, imparcial, proba, transparente e eficiente encontra positividade no *caput* do art. 37; o direito à administração pública dialógica apóia-se nos dispositivos do art. 5º, incisos LIV e LXXVIII; e, finalmente, o direito à administração pública responsável encontra previsão no art. 5º, inciso LXXIII, e art. 37, §6º.

Com isso, não é difícil divisar que os deveres que surgem para a administração pública de qualquer dos países integrantes da

⁶ FREITAS, Juarez. **Discrecionalidade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública**. São Paulo: Malheiros, 2007, pp. 20-21.

União Européia, decorrentes de sua Carta de Direitos, é passível de ser exigida da administração pública brasileira, por força das normas constitucionais que estão contidas na Constituição de 1988. A única questão controvertida seria a possibilidade de ser considerada direito fundamental qualquer das posições jurídico-subjetivas derivadas de normas que não se incluem no catálogo. Não há qualquer dificuldade em se reputar como deveres do administrador público brasileiro os que exsurgem do *caput* do art. 37 como exigências decorrentes do princípio do Estado Democrático de Direito do art. 1º, princípio fundante do Estado Brasileiro, e dos princípios da liberdade e da igualdade, do *caput* do art. 5º e do seu inciso II. Além disso, não é difícil de divisar, da mesma maneira, que todas essas exigências da administração caminham no sentido de, ao mesmo tempo, opor barreiras e limitações à ação do Estado, criando uma zona de autonomia para o cidadão, e de possuir dimensão coletiva ou difusa, protegendo mais o grupo social do que o indivíduo, como autênticos direitos de terceira geração ou de solidariedade. A responsabilidade civil do Estado, como prevista no art. 37, § 6º, ao seu turno, nada mais é que um reconhecimento ou uma garantia do direito de propriedade, que estaria também protegida do prejuízo causado pelos agentes pelo Estado. Assim, é indubitável que todos esses deveres que foram catalogados como decorrentes do “direito à boa administração” estão perfeitamente alinhados com o “regime e os princípios adotados” pela Constituição da República, nos termos do seu art. 5º, § 2º. Desnecessário recorrer a uma aproximação do princípio da dignidade da pessoa humana, porquanto essa parece, pela aproximação com os princípios fundantes e outros direitos fundamentais, bastante evidente.

3. O DIREITO À ADMINISTRAÇÃO TRANSPARENTE E O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Fixada a condição do direito à boa administração como direito fundamental e, diante da positivação do princípio da publicidade, do direito à administração transparente como um dos seus direitos decorrentes necessário indagar, em face da proposta desse trabalho, acerca do seu conteúdo e da sua importância para a configuração de um Estado democrático de direito.

O princípio da publicidade, previsto no art. 37, *caput*, da Constituição da República, pode ser também denominado **princípio da máxima transparência**, e

(...) quer significar que a Administração há de agir de sorte a nada ocultar e, para além disso, suscitando a participação fiscalizatória da cidadania, na certeza de que nada há, com raras exceções constitucionais, que não deva vir a público⁷.

Com uma tal idéia, fica claro que o sentido da norma é tornar os negócios públicos visíveis aos administrados, de modo que eles, destinatários e financiadores de tais ações – via atividades financeira e tributária do Estado – possam controlá-los, por meio dos remédios postos à disposição. A conexão do princípio da publicidade com os princípios do Estado de direito e democrático resulta evidente. Nesse sentido, é marca da modernidade. O artigo 14 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 26 de agosto de 1789, estabeleceu que os cidadãos têm o direito de fiscalizar o emprego da “contribuição pública”⁸. Não há como exercer tal fiscalização se os negócios de governo acontecerem às escuras. Norberto Bobbio menciona que “a publicidade dos atos de poder (...) representa o verdadeiro momento de reviravolta na transformação do estado moderno que passa do estado absoluto a estado de direito”⁹. O jusfilósofo peninsular anota que um governo democrático pode ser definido como aquele que é duplamente público: (i) “público” como contraposição a “privado”, ou seja, que é de todos; e

⁷ FREITAS, Juarez. **O Controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 70. Adota-se o conceito de Juarez Freitas, pela suficiente clareza e por expressar o conteúdo que normalmente é referido pelos autores que tratam da matéria, qual seja a visibilidade dos atos da administração e a sua finalidade, o exercício da fiscalização pelo povo.

⁸ A íntegra da disposição é “Os cidadãos têm direito a comprovarem, por si mesmos ou por seus representantes, a necessidade da contribuição pública, a admiti-la livremente, a fiscalizar seu emprego, e a determinar a sua cota, sua base, sua arrecadação e sua duração” (tradução inserida na publicação: **Direitos Humanos: Instrumentos Internacionais**, documentos diversos, 2. ed., Brasília: Senado Federal, 1997, p. 16).

⁹ BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo**. Trad. Marco Aurélio Nogueira. 6ª Ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1997, p. 103.

(ii) diverso de “secreto”¹⁰. A administração deve ser, portanto, impessoal e visível. Aliás, metaforicamente, “iluminação” quer significar a chegada da luz ao que está nas trevas, tornando visível o que não poderia ser visto. Em outra passagem, Bobbio menciona que “o príncipe [...] é tão mais capaz de comandar quanto mais é invisível”¹¹. Dos autores citados na revisão teórica que fez Norberto Bobbio acerca da importância da publicidade no Estado Democrático de Direito, importa também lembrar Kant e Carl Schmitt. O filósofo de Königsberg, além de pregar, em um dos escritos mais célebres, como necessário para o esclarecimento (*Aufklärung*), o uso (livre) e **público** da razão¹², alude também, em outra obra, uma outra dimensão do imperativo categórico, segundo a qual “Todas as ações relativas ao direito de outros homens, cuja máxima não é suscetível de se tornar pública, são injustas”¹³. A atualidade dessa máxima, reputada por Kant “conceito transcendental do direito público”, fica sobejamente demonstrada ante a ocorrência do que chamamos de “escândalo”. O que vem a ser um escândalo envolvendo a administração pública? É precisamente um fato ou fatos que, inicialmente ocultos, tornaram-se conhecidos do vulgo e encontraram repúdio, porque não são aceitos por este como justos ou corretos. São fatos que, fossem públicos desde o princípio, não seriam praticados por alguém que pretendesse aprovação popular. Carl Schmitt, ao seu turno, reputa a publicidade como elemento necessário para que exista a

¹⁰ *Op. cit.*, p. 84.

¹¹ *Idem*, p. 98.

¹² KANT, Immanuel. **Resposta à Pergunta: Que é “Esclarecimento”?** (“*Aufklärung*”), Textos seletos. Trad. Floriano de Souza Fernandes. Petrópolis: Editora Vozes, 1985, p. 100 a 117. Essa passagem também é lembrada por Juarez Freitas, n’*O controle dos atos administrativos*, p. 71, nota 77.

¹³ KANT, Immanuel. *A paz perpétua e outros opúsculos*, trad. Artur Morão, Lisboa: Ed. 70, [s.d.], p. 165. A tradução constante do texto é da edição italiana, citada por BOBBIO, n’*O futuro da democracia*, p. 90. Segundo Kant, *este princípio não deve considerar-se apenas como “ético” (pertencente à doutrina da virtude) mas também como “jurídico” (concernente ao direito dos homens). Pois, uma máxima que eu não posso manifestar em “voz alta” sem que ao mesmo tempo se frustrate a minha própria intenção, que deve permanecer inteiramente “secreta” se quiser ser bem sucedida, e que eu não posso “confessar publicamente” sem provocar de modo inevitável a oposição de todos contra o meu propósito, uma máxima assim só pode obter a necessária e universal reacção de todos contra mim, cognoscível “a priori” pela injustiça com que a todos ameaça*. Grifos constantes no original.

representação¹⁴. Um parlamento somente será representativo na medida em que a sua atividade for também pública. (Re)presentar significa tornar presente um ser invisível. Assim, dialeticamente, o ser representado é pressuposto como ausente e, ao mesmo tempo, tornado presente¹⁵. Reinhold Zippelius, como Carl Schmitt, também ressalta a importância da publicidade no Estado democrático e representativo ao asseverar que os representantes devem agir de modo que, caso seja conhecida a sua conduta, seja ela aprovada pela opinião pública, dentro das concepções ético-sociais dominantes¹⁶. Sem publicidade dos atos da administração não se tem governo por representação e muito menos democracia. Vale ainda lembrar que Aristóteles recomendava, como “prática salutar às repúblicas”, que “para prevenir a espoliação do tesouro público, é preciso que a receita seja feita à vista do público”¹⁷.

Como qualquer princípio, o da publicidade também conhece limites. Certos assuntos, por interessarem à própria sobrevivência do Estado e da sociedade, não se exigiria sensatamente que fossem publicados. Zippelius lembra poder o princípio da publicidade somente ser descurado por um motivo suficientemente sério, onde a ponderação dos interesses em questão¹⁸ justifique a manutenção do segredo¹⁹. Entre nós, somente as informações imprescindíveis à

¹⁴ SCHMITT, Carl. **Teoría de la Constitución**. Madrid: Alianza Editorial, 1996, p. 208. Para Carl Schmitt, “*Sesiones secretas, acuerdos y deliberaciones secretas de cualesquiera comités, podrán ser tan significativos e importantes como se quiera, pero no tendrán nunca un carácter representativo*” (*op. cit.*, p. 208). Segundo esse pensamento, o Legislativo, nas votações secretas, como a do art. 55, § 2º, da CF, não estaria exercendo representação.

¹⁵ *Idem*, p. 209.

¹⁶ ZIPPELIUS, Reinhold. **Teoria Geral do Estado**. Trad. Karin Praefke-Aires Coutinho. 3ª ed. Lisboa: Colouste Gulbenkian, 1997, p. 248.

¹⁷ ARISTÓTELES, **A Política**. Trad. Roberto Leal Ferreira, São Paulo: Martins Fontes, 1991, cap. XVIII.

¹⁸ Sobre ponderação de interesses e princípio da proporcionalidade, além do já clássico estudo de R. Alexy, mencionado em nota anterior (*Teoria de los derechos fundamentales*, p. 111 a 115 e *passim*), há substancial doutrina nacional. Menciona-se, a título de exemplo, STEINMETZ, Wilson Antônio, **Colisão de direitos fundamentais e o princípio da proporcionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, pp. 139 a 155.

¹⁹ ZIPPELIUS, Reinhold. **Teoria Geral do Estado**. Trad. Karin Praefke-Aires Coutinho. 3ª ed. Lisboa: Colouste Gulbenkian, 1997, p. 249.

segurança da sociedade e do Estado podem ser mantidas em sigilo (CF, art. 5º, XXXIII)²⁰.

Conquanto a transparência seja uma necessidade para configuração de qualquer Estado Democrático e de direito, no Brasil ela hoje parece ser bem mais necessária. Se a Constituição Brasileira de 1988 está sendo obstruída por minoritárias opiniões em contrário e suas visíveis fraquezas, por certo que uma das áreas onde aquele projeto não vem obtendo grande sucesso é o da moralização da atividade pública²¹.

A resistência às normas constitucionais que prevêm a boa administração parece ter raízes que deitam fundo na formação da sociedade brasileira. Sérgio Buarque de Holanda, na sua magistral obra *Raízes do Brasil*, aponta estar no patrimonialismo de nossa burocracia, formada a partir da tradição portuguesa, igualmente patrimonial e acentuadamente familiar, a razão para esse desapego à norma geral, abstrata e impessoal. Para a administração “patrimonial”, diferentemente da burocrática “pura”,

(...) a gestão política apresenta-se como assunto de seu interesse particular; as funções, os empregos e os benefícios que deles auferem relacionam-se a direitos pessoais do funcionário e não a interesses objetivos, como sucede no verdadeiro Estado burocrático²².

O administrador “patrimonial”, segundo o eminente sociólogo e historiador, não compreende a distinção entre os domínios do **público** e do **privado**²³. Nesse mesmo sentido, o jusfilósofo

²⁰ A categoria dos documentos sigilosos foi instituída pelos arts. 22 e 23 da Lei nº 8.159/91, e regulamentada pelo Decreto nº 2.134/97.

²¹ Poderiam ser citados como exemplos: o enfraquecimento da punibilidade da improbidade administrativa, pela decisão do STF de compará-la ao crime de responsabilidade e de estabelecer, para ela, o foro por prerrogativa de função.

²² HOLANDA, Sérgio Buarque. *Raízes do Brasil*. 26ª Ed. São Paulo: Companhia as Letras, 1998, p. 146. A noção de administração “patrimonial” e “burocrática” tem assento em Max Weber, conforma acentua o autor.

²³ *Op. cit.*, p. 145. Nessa instigante e lúcida obra, Sérgio Buarque de Holanda lembra ainda que uma tal conformação de administração pública e de Estado faz com que “as escolhas dos homens que irão exercer funções públicas faz-se de acordo com a confiança pessoal que mereçam os candidatos, e muito menos de acordo com as

pernambucano Nelson Saldanha cita a observação de um francês sobre o Brasil, feita na primeira metade do século XIX, segundo a qual, aqui “nenhum homem é repúblico”²⁴.

Provavelmente a análise mais aprofundada que se produziu sobre a origem patrimonial e hierarquizada da sociedade e Estado brasileiros é de Raymundo Faoro, em *Os Donos do Poder*. Nesta monumental obra, o insigne jus-sociólogo traça, com assento em Max Weber – assim como Sérgio Buarque de Holanda – uma profunda diagnose da formação de um patronato²⁵, como

suas capacidades próprias” (p. 146). O administrador “cordial” não recruta os servidores pelos seus méritos, mas pela “proximidade do coração”.

²⁴ SALDANHA, Nélon. *O jardim e a praça: ensaio sobre o lado privado e o lado público da vida social e histórica*, Porto Alegre: Fabris, 1986, p. 27. Nelson Saldanha lembra, além de Raízes do Brasil, também as referências de Gilberto Freyre (Sobrados e Mucambos), e Nestor Duarte (A ordem privada e a organização política nacional). Quanto ao primeiro autor, lembrou a alusão por este feita ao desdém do brasileiro colonial pelo espaço público, inclusive no simples ato de atirar-se lixo à rua sem cerimônia (p. 27).

²⁵ Faoro sustenta a existência de um **estamento**, instrumentalizado burocraticamente e formado, sinteticamente, pela comunidade que comanda a economia, junto ao rei. O estamento surge nas sociedades feudais ou patrimoniais e é a forma como se organiza essa camada social, embora possa se instrumentalizar como aristocracia ou oligarquia. De qualquer modo, é importante que os indivíduos a eles pertencentes se movam com a consciência de pertencer a um círculo elevado qualificado ao exercício do poder, além de infundir uma honra social sobre toda a sociedade (FAORO, Raymundo. **Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro**, 13ª ed., São Paulo: Globo, 1998, p. 45 a 51). O autor expõe as divergências doutrinárias existentes em torno do tema, adotando a designação, corrente na sociologia estrangeira, **patronato** (*Op. cit.*, p. 389 a 394 e 396, nota 100). Keith Rosenn conceitua patronato como “*uma forma clássica de sistema político no qual um soberano tradicional, um rei ou semelhante, determina todas as decisões políticas e administrativas, pessoalmente, ou por meio de seus assistentes administrativos. O soberano, contudo, abre mão de uma parte desse poder absoluto, cedendo para certos funcionários ou indivíduos particulares direitos especiais ou privilégios, em troca de mercadorias ou serviços, criando, assim, uma hierarquia. Nessa forma de organização, a ‘ordem jurídica é rigorosamente formal e totalmente concreta e, nesse sentido irracional. Somente uma forma empírica de interpretação legal pode evoluir. A Administração nada mais é do que uma negociação de contratos de privilégio, o conteúdo dos quais deve então ser fixado*”(Weber). *A administração colonial do Brasil era fruto de uma monarquia absolutista, onde o rei era ‘cabeça, chefe, pai, representante de Deus na terra o supremo dispensador de todas as graças e regulador nato de todas as atividades, e mais que isso, de todas as expressões pessoais e individuais de seus súditos e vassalos, até o último destes...’*(Caio Prado Júnior). *Os administradores estavam ligados ao rei por razões de lealdade pessoal e de lucros, e não pelo senso de dever oficial. Todos os impostos, tributos e participações em lucros de monopólios formavam a renda pessoal do soberano, em*

conseqüência da administração patrimonial, vigorante em Portugal, a partir da dinastia de Avis²⁶. O patrimonialismo, como agir estatal, e a sua conseqüência, o patronato, faziam com que o Estado arcasse

(...) com os compromissos financeiros, sempre às portas da ruína, desfalcado com o enxame de funcionários e militares que vigiavam o comércio. 'Índia e África, se empobreciam o Estado, enriqueciam a casta nobre, que desfrutava os governos, capitânias de fortalezas e armadas, e os proventos inerentes, além do soldo, os ofícios. Os cargos dos governos e das fortalezas davam-se por três anos, para contentar quanto possível o maior número. Em graças transferíveis, que os beneficiários muitas vezes vendiam'²⁷.

Confundia-se a exploração econômica com a guerra e a administração pública. Em outras palavras, uma tal administração “não diferencia público e privado nas suas relações com terras e gentes do reino”²⁸. “Tudo acabaria”, prossegue o eminente Raymundo Faoro, “– mesmo alterado o modo de concessão do comércio – em grossa corrupção, com o proveito do luxo, que uma geração malbaratara, legando à estirpe a miséria e o fumo fidalgo, avesso ao trabalho”²⁹. Faoro sustenta que a modernidade não trouxe para Portugal (e depois, para as colônias ultramarinas) a “administração burocrática”, calcada na regra geral, abstrata e impessoal. Diferentemente ocorreu em outros países que, em vez do “Estado patrimonial”, desenvolveram o feudalismo, como Inglaterra e França, por exemplo. Nestes, o liberalismo político

vez do tesouro da nação”. Segundo ainda Keith Rosenn, “O patronato produziu alastrante corrupção, uma incrível propensão à burocracia e um sistema jurídico altamente personalístico e imprevisível” (ROSENN, Keith S. **O jeito na cultura brasileira**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 26-27). Vale lembrar que o patronato não é exclusivamente formado por servidores públicos (embora o estamento “burocrático” tenha destacado papel), mas compõe uma “elite” econômica, ramificada na sociedade civil (FAORO, Raymundo. **Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro**, 13ª ed., São Paulo: Globo, 1998, p. 46, 736 e 737).

²⁶ *Op. cit.*, p. 15 a 22, 75 a 96 e 733 a 750.

²⁷ *Op. cit.*, p. 81.

²⁸ *Op. cit.*, p. 26, nota 42.

²⁹ *Op. cit.*, p. 81.

propiciou a separação da sociedade e do Estado e o desenvolvimento do capitalismo industrial³⁰. O patrimonialismo e sua conseqüência, o estamento-patronato, transferiu-se para o Brasil-Colônia, e afirmou-se, definitivamente, com a vinda da corte portuguesa, com Dom João VI. Os traços fundamentais desse modelo em que o gestor público confunde os interesses próprios e privados com os da sociedade que deveria velar ainda se mantêm vivos na nossa administração.

Vale ainda lembrar um recente trabalho, coordenado por Alberto Garcia Almeida, intitulado “A cabeça do brasileiro”. O mencionado trabalho, calcado em sólida metodologia, confirmou que o povo brasileiro, em sua maioria, apóia a corrupção, pratica a hierarquização social, não tem espírito público e aceita o uso do cargo público em benefício próprio³¹.

Nessa quadra, a inclusão do **direito à transparência administrativa** como um dos direitos compreendidos dentro de um **direito fundamental à boa administração** é um “reforço” dogmático importante no sentido da moralização da atividade administrativa e, por conseguinte, na construção do Estado Democrático de direito, tal qual instituído na Constituição democrática de 1988.

4. CONCLUSÃO

Não obstante, como se disse, uma das áreas menos bem sucedidas no balanço dos sucessos e fracassos do projeto compromissório e comunitarista de 1988 tenha sido a relativa à moralização da atividade político-administrativa, vê-se gradativamente, em especial nas instâncias inferiores, a proliferação de decisões repudiando as más práticas administrativas que causam prejuízo ao Erário. Seria desejável que o povo brasileiro, como autor e destinatário da Constituição de 1988, se sentisse titular de um direito fundamental à boa administração e, em especial, de um direito à transparência, de modo a exigir de seus representantes,

³⁰ *Op. cit.*, p. 25 a 28, nota 42.

³¹ ALMEIDA, Alberto Carlos. **A cabeça do brasileiro**. Rio de Janeiro: Record, 2007, pp. 43-71, 73-92, 97-110 e 125-128. Neste trabalho, chama particular atenção a conclusão de que o percentual de brasileiros que acredita correto o uso privado do cargo público atinge 17% (Tabela 1).

sempre e sempre, uma conduta duplamente pública, visível e não-privada, como preconiza Bobbio.

Referências Bibliográficas

ALEXY, Robert. **Teoria de los Derechos Fundamentales**. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

ALMEIDA, Alberto Carlos. **A cabeça do brasileiro**. Rio de Janeiro: Record, 2007.

ARISTÓTELES, **A Política**. Trad. Roberto Leal Ferreira, São Paulo: Martins Fontes, 1991.

BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo**. Trad. Marco Aurélio Nogueira. 6ª Ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1997.

BRASIL. Direitos Humanos: Instrumentos Internacionais, documentos diversos, 2. ed., Brasília: **Senado Federal**, 1997.

FAORO, Raymundo. **Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro**, 13ª ed., São Paulo: Globo, 1998.

FREITAS, Juarez. **Discrecionabilidade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública**. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. **O Controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 1997.

HOLANDA, Sérgio Buarque. **Raízes do Brasil**. 26ª Ed. São Paulo: Companhia as Letras, 1998.

KANT, Immanuel. **Resposta à Pergunta: Que é “Esclarecimento”?** (“Aufklärung”), Textos seletos. Trad. Floriano de Souza Fernandes. Petrópolis: Editora Vozes, 1985.

_____. **A paz perpétua e outros opúsculos**, trad. Artur Morão, Lisboa: Ed. 70.

ROSENN, Keith S. **O jeito na cultura brasileira**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

SALDANHA, Néelson. **O jardim e a praça: ensaio sobre o lado privado e o lado público da vida social e histórica**, Porto Alegre: Fabris, 1986.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**, 4ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SCHMITT, Carl. **Teoría de la Constitución**, Madrid: Alianza Editorial, 1996

STEINMETZ, Wilson Antônio, **Colisão de direitos fundamentais e o princípio da proporcionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

ZIPPELIUS, Reinhold. **Teoria Geral do Estado**. Trad. Karin Praefke-Aires Coutinho. 3ª ed. Lisboa: Colouste Gulbenkian, 1997.

A REVISÃO DO ATO ADMINISTRATIVO E A SEGURANÇA JURÍDICA DO INDIVÍDUO

LIANE FRANCISCA HÜNING BIRNFELD*

1. INTRODUÇÃO

Nosso objetivo, neste trabalho consiste em demonstrar que o Princípio da Segurança Jurídica se encontra intensamente relacionado ao Estado Democrático de Direito, podendo ser considerado inerente e essencial ao mesmo, sendo um de seus princípios basilares que lhe dão sustentação; que a segurança jurídica esta inclusa dentre os direitos e garantias fundamentais, individuais ou coletivos, no art. 5º da nossa constituição de 1988. Após, fixar-nos-emos na demonstração do poder dever da administração pública em rever seus atos administrativos. Por fim, analisaremos a essencialidade da Administração Pública em rever seus atos, dentro do prazo decadencial de cinco anos, excetuados os casos de fraude onde o ônus da prova é da administração, sob pena de ficar o administrado “sujeito indefinidamente ao poder de autotutela do Estado, e de desestabilizar um dos pilares mestres do estado democrático de direito, qual seja, o princípio da segurança das relações jurídicas”¹.

2. O PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA

Os direitos e garantias fundamentais, individuais ou coletivos, estão positivados em nossa Constituição de 1988 em seu art 5º, ressaltando-se que o § 2º do mesmo artigo permite que outros direitos, positivados ou não na Constituição, também sejam considerados fundamentais.

O princípio da segurança jurídica enquadra-se entre os princípios gerais do Direito, foi inserido pelo art. 2º da Lei nº 9.784/99 que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal.

* Professora de Direito Administrativo, Tributário e Previdenciário da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande –FURG e da Universidade Católica de Pelotas - UCPEL. Mestre em Direito do Estado pela UFSC.

¹ Res. 645856 STJ

O Direito possui como um de seus principais escopos, a estabilidade social, um mínimo de certeza na regência da vida social. Os institutos da prescrição, decadência, a preclusão, usucapião, da irretroatividade da lei, do direito adquirido, são expressões concretas que bem revelam esta profunda aspiração à estabilidade e segurança.

Este princípio tem por objetivo vedar a aplicação retroativa de nova interpretação de lei no âmbito da Administração Pública. Ele se justifica pelo fato de ser comum, na esfera administrativa, haver mudança de interpretação de determinadas normas legais, com conseqüente mudança de orientação, em caráter normativo, afetando situações já reconhecidas e consolidadas na vigência da orientação anterior.

Quanto aos atos praticados pela Administração Pública, cabe ressaltar aqui que os mesmos possuem a presunção de legitimidade ou veracidade, que abrangem dois aspectos: de um lado, a presunção da verdade, que diz respeito à certeza dos fatos; de outro lado, a presunção da legalidade, pois, se a Administração Pública se submete à lei, presume-se, até prova em contrário, que todo os seus atos sejam verdadeiros e praticados com observância das normas legais pertinentes.

Como conseqüência dessa presunção, as decisões administrativas são de execução imediata e têm a possibilidade de criar obrigações para o particular, independentemente de sua concordância e, em determinadas hipóteses, podem até ser executadas pela própria Administração, mediante meios diretos e indiretos de coação.

Porém, o que nos interessa aqui é ressaltar que essa presunção é de *juris tantum*, pois admite prova em contrário.

Assim, por um lado a Administração, para o devido atendimento a suas finalidades precípua, é revestida de poderes e prerrogativas próprias e se relaciona com o administrado em posição de exercer seu *ius imperium*, por outro lado é igualmente verdade, que ela não pode desrespeitar os direitos fundamentais dos indivíduos, sob pena de eivar de nulidade insanável sua atuação. Dentre desses princípios garantidores do Estado Democrático de Direito, o princípio da segurança jurídica ocupa lugar de destaque.

3. O DIREITO À ADMINISTRAÇÃO DE REVER SEUS ATOS

Vale ressaltar, desde logo, que a possibilidade de revisão dos atos administrativos, enquanto poder-dever da Autoridade Pública competente, já é questão pacificada na doutrina e jurisprudência, encontrando-se a matéria sumulada pelo Supremo Tribunal Federal, nos seguintes termos:

Súmula 473

A administração pode anular os seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornem ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.

Todavia, o poder-dever da Administração revisar seus próprios atos não é absoluto, devendo observar o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a irretroatividade da norma.

Assim, a revisão dos atos administrativos, mediante prévio processo legal que possibilite o contraditório, poderá ocorrer, em regra, no prazo decadencial de 05 anos, a não ser que estejam eivados de fraude ou má-fé, quando então a revisão poderá ser feita a qualquer tempo, porquanto não ocorre a decadência.

Ressalte-se que o instituto da decadência administrativa está previsto na Lei nº 9.784/99, a qual regulamenta o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, e que dispõe em seu artigo 54:

O direito da Administração de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários decai em cinco anos contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé.

Ademais, mesmo antes da Lei 9.784/99, já havia entendimento jurisprudencial no sentido de ser de cinco anos o prazo para a Administração rever seus próprios atos, conforme se verifica no seguinte julgado da Terceira Seção desta Corte, cujo excerto do voto da Des. Virgínia Scheibe, transcrevo:

Assim, impõe-se definir-se se é lícito à Administração proceder à anulação de ato anterior seu, consistente na concessão de benefício previdenciário, ao argumento de existência de irregularidade na concessão, porquanto constatada que a doença que acomete o autor era preexistente à sua filiação ao sistema previdenciário.

Tenho que, efetivamente, pode a Administração rever os seus atos, desde que no prazo de cinco anos, pois, embora ausente a disposição legal expressa neste sentido (como havia na legislação anterior - art. 207 do Decreto 89312/84), entende a doutrina pátria que se deve aplicar o mesmo prazo concedido aos beneficiários, nos termos do art. 103 da Lei nº 8.213/91, exceção aos casos de fraude, que por não restarem convalidados, podem ser revistos a qualquer tempo, não estando sujeitos à irretratabilidade." (EIAC nº 14892/AC 199904010878990, DJU 26/06/2002)

Desse modo, observa-se que a orientação quanto à fluência do prazo de cinco anos para a Administração Pública revisar seus atos nunca foi afastada e restou confirmada pela Lei nº 9.784/99, perenizando a garantia decadencial do indivíduo em não ter revisto o ato administrativo que lhe beneficia após cinco anos da sua concessão, quando não verificada hipótese de fraude.

Nesse sentido, o seguinte julgado do STF:

Mandado de Segurança 2. Cancelamento de pensão especial pelo Tribunal de Contas da União. Ausência de comprovação da adoção por instrumento jurídico adequado. Pensão concedida há vinte anos. 3. Direito de defesa ampliado com a Constituição de 1988. Âmbito de proteção que contempla todos os processos judiciais ou administrativos, e não se resume a um simples direito de manifestação, no processo. 4. Direito Constitucional comparado. Pretensão à tutela jurídica que envolve não só o direito de manifestação e de informação,

mas também o direito de ver seus argumentos contemplados pelo órgão julgador. 5. Os princípios do contraditório e da ampla defesa, assegurados pela Constituição, aplicam-se a todos os procedimentos administrativos. 6. O exercício pleno do contraditório não se limita à garantia de alegação oportuna e eficaz a respeito de fatos, mas implica a possibilidade de ser ouvido também em matéria jurídica. 7. Aplicação do princípio da segurança jurídica, enquanto subprincípio do Estado de Direito. Possibilidade de revogação de atos administrativos que não se pode estender indefinidamente. Poder anulatório sujeito a prazo razoável. Necessidade de estabilidade das situações criadas administrativamente. 8. Distinção entre atuação administrativa que independe da audiência do interessado, e decisão que, unilateralmente, cancela decisão anterior. Incidência da garantia do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal ao processo administrativo. 9. Princípio da confiança como elemento do princípio da segurança jurídica. Presença de um componente de ética jurídica. Aplicação nas relações jurídicas de direito público. 10. Mandado de Segurança deferido para determinar observância do princípio do contraditório e da ampla defesa (CF art. 5ºLV). (MS 24.268-0, Tribunal Pleno. Rel. p/acórdão Ministro Gilmar Mendes, DJU 17/09/2004).

Cabe aqui fazer uma ressalva quanto ao direito da Administração Pública rever seus atos administrativos - relativamente à decadência - quando se tratar de benefício previdenciário.

Primeiramente, na Lei 8.213, nada foi tratado, em sua versão original, de 25/07/1991, desde que a mesma, no art. 103, limitou-se a dispor:

Art. 103. Sem prejuízo do direito ao benefício, prescreve em 5 (cinco) anos o direito às prestações não pagas nem reclamadas na

época própria, resguardados os direitos dos menores dependentes, dos incapazes ou dos ausentes.

Esse posicionamento acabou por consolidar o entendimento, retratado na Súmula nº 85-STJ, de que, em se tratando de prestações sucessivas, quando a Fazenda devedora, não prescreve o fundo de direito, mas apenas as parcelas anteriores ao lustro que antecede o ajuizamento da ação.

Ocorreu que, a partir da edição da Medida Provisória nº 1523, em sua 9ª edição, de 27/06/1997, posteriormente transformada na Lei nº 9.528, de 10/12/1997, sofre o dispositivo alteração, para assim disciplinar:

Art. 103. É de dez anos o prazo de decadência de todo e qualquer direito ou ação do segurado ou beneficiário para a revisão do ato de concessão de benefício, a contar do dia primeiro do mês seguinte ao do recebimento da primeira prestação ou, quando for o caso, do dia em que tomar conhecimento da decisão indeferitória definitiva no âmbito administrativo. Parágrafo único. Prescreve em cinco anos, a contar da data em que deveriam ter sido pagas, toda e qualquer ação para haver prestações vencidas ou quaisquer restituições ou diferenças devidas pela Previdência Social, salvo o direito dos menores, incapazes e ausentes, na forma do Código Civil.

Principia, assim, o trato da decadência, com o estabelecimento do prazo de 10 anos para o Órgão Previdenciário revisar o ato concessório de benefício, sendo mantida a regra da prescrição das prestações de trato sucessivo em cinco anos.

Tal disposição foi novamente alterada, a partir de 20/11/1998, pela edição da Lei nº 9.711, que definiu o prazo de cinco anos para a decadência de qualquer direito ou ação para revisão do ato de concessão do benefício.

Finalmente, com a publicação, em 06/02/2004, da Lei nº 10.839/04, originária da MPF 138, de 19/11/2003, ficou restabelecido o prazo de dez anos para a decadência do fundo de

direito e mantido o de cinco anos para a prescrição das parcelas de trato sucessivo:

Art. 103. É de dez anos o prazo de decadência de todo e qualquer direito ou ação do segurado ou beneficiário para a revisão do ato de concessão de benefício, a contar do dia primeiro do mês seguinte ao do recebimento da primeira prestação ou, quando for o caso, do dia em que tomar conhecimento da decisão indeferitória definitiva no âmbito administrativo. Parágrafo único. Prescreve em cinco anos, a contar da data em que deveriam ter sido pagas, toda e qualquer ação para haver prestações vencidas ou quaisquer restituições ou diferenças devidas pela Previdência Social, salvo o direito dos menores, incapazes e ausentes, na forma do Código Civil.

Deve, porém, ser feita ressalva, no sentido de que, em tratando de instituto de direito material, as normas acima não podem retroagir para alcançar benefícios concedidos anteriormente a 27/06/1997. Assim já reconheceu o Colendo Superior Tribunal de Justiça:

RECURSO ESPECIAL. PREVIDENCIÁRIO. BENEFÍCIO. REVISÃO DA RENDA MENSAL INICIAL. PRAZO DECADENCIAL. ARTIGO 103 DA LEI Nº 8.213/91, COM A REDAÇÃO DA MP Nº 1.523/97, CONVERTIDA NA LEI Nº 9.728/97. APLICAÇÃO ÀS RELAÇÕES JURÍDICAS CONSTITUÍDAS SOB A VIGÊNCIA DA NOVA LEI

1. O prazo de decadência para revisão da renda mensal inicial do benefício previdenciário, estabelecido pela Medida Provisória nº 1.523/97, convertida na Lei nº 9.528/97, que alterou o artigo 103 da Lei nº 8.213/91, somente pode atingir as relações jurídicas constituídas a partir de sua vigência, vez que a norma não é expressamente retroativa e trata de instituto de direito material. 2. Precedentes.

3. Recurso especial não conhecido.
(RESP 479964 - 6ª. T. - Rel. Ministro Paulo Gallotti - unânime - DJ 10/11/2003 - p. 220)

PROCESSUAL E PREVIDENCIÁRIO.
RECURSO ESPECIAL. DISSÍDIO NÃO
CARACTERIZADO. REVISÃO DE
BENEFÍCIO. PRAZO DECADENCIAL.
ARTIGO 103 DA LEI 8.213/91, COM A
REDAÇÃO DA MP 1.523/97 CONVERTIDA
NA LEI 9.528/98 E ALTERADO PELA LEI
9.711/98.

I - Desmerece conhecimento o recurso especial, quanto à alínea c" do permissivo constitucional, visto que os acórdãos paradigmas se referem aos efeitos da lei processual, enquanto o instituto da decadência se insere no campo do direito material.

II - O prazo decadencial do direito à revisão de ato de concessão de benefício previdenciário, instituído pela MP 1.523/97, convertida na Lei 9.528/98 e alterado pela Lei 9.711/98, não alcança os benefícios concedidos antes de 27.06.97, data da nona edição da MP 1.523/97.

III - Recurso conhecido em parte e, nessa desprovido. (RESP 254186 - 5a. T. - Rel. Ministro Gilson Dipp - unânime - DJ de 27/08/2001 - p. 376).

Também, nesse mesmo sentido:

PREVIDENCIÁRIO. DECADÊNCIA.
PRESCRIÇÃO DO DIREITO. REVISÃO DA
RENDA MENSAL INICIAL. SÚMULA 02 DO
TRF DA 4ª REGIÃO.

- No tocante à decadência, a medida provisória nº 1.663-15, posteriormente convertida na Lei nº 9.711/98, introduziu alterações no art. 103 da Lei 8.213/91, que, conforme entendimento jurisprudencial, só serão aplicadas às situações posteriores ao advento daquelas alterações legislativas.

- Tratando-se de relação continuada, não há falar de prescrição do direito de ação.

- O recálculo da renda mensal inicial do benefício deve ser feito corrigindo-se os salários-de-contribuição anteriores aos doze últimos meses pela variação nominal da ORTN/OTN, nos termos da Súmula 02 desta Corte. (AC 200370010174713 - 5A.T. - Rel. Des. Federal Otávio Roberto Pamplona - unânime - DJU 15/12/2004 - p. 633)

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. DECADÊNCIA DO DIREITO À REVISÃO DO ATO DE CONCESSÃO DO BENEFÍCIO. ART. 103 DA LEI Nº 8.213/91, COM A REDAÇÃO DADA PELA LEI Nº 9.528/ 97.

Uma vez que a alteração introduzida pela Lei nº 9.528/97 no art. 103 da Lei nº 8.213/91, criando hipótese de prazo decadencial ao direito de revisão do ato concessório do benefício, rege instituto de direito material, somente afeta as relações jurídicas constituídas a partir de sua vigência, não se aplicando a ato jurídico consumado segundo a lei vigente ao tempo da concessão do benefício. (EDAC 199804010795902 UF: PR - 6a. T. - Rel. Des. Federal Luiz Carlos de Castro Lugon - unânime - DJ de 01/09/1999 - p. 616).

Se a Administração Pública entender que houve má-fé ou fraude deve demonstrá-la *quantum satis*, não podendo desconsiderar unilateralmente ato que implicou no reconhecimento de direito a terceiro. De qualquer sorte, constitui óbice o desfazimento de ato por parte da autoridade administrativa em razão de mera reavaliação de situação fática por atentar contra o princípio da segurança das relações jurídicas.

Por pertinente, cite-se acórdão prolatado pela Colenda 5ª Turma do TRF 4ª Região, *in litteris*:

PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO. RESTABELECIMENTO. IRREGULARIDADES. INEXISTÊNCIA.

O cancelamento de benefício previdenciário fundado tão-somente em nova valoração da prova e/ou mudança de critério interpretativo da norma, salvo comprovada fraude e má-fé, atenta contra o princípio da segurança das relações jurídicas e contra a coisa julgada administrativa.

(AC nº 2002.04.01.0466827-1/RS, Rel. Des. Fed. Paulo Afonso Brum Vaz, DJU 06/03/2003)

Portanto, o que está em discussão nos processos de revisão de ato administrativo é a legitimidade do ato de cancelamento do ato revisto, mais do que o próprio direito. Se não for comprovada alguma ilegalidade no ato ora em revisão seu cancelamento é indevido.

A revisão do ato administrativo deve se fundar em eventual ilegalidade, pois o ato ora em revisão, presume-se legítimo e veraz, incumbindo o ônus probatório da invalidade a quem aproveita a sua retificação, não podendo, ainda, converter-se a análise do vício de irregularidade em mera reavaliação da prova apresentada ou nova interpretação de lei, em vista de sua inadmissibilidade, em flagrante desrespeito à coisa julgada administrativa, à segurança e à estabilidade jurídica na atuação da Administração.

4. CONCLUSÃO

Não obstante, como se disse, a Administração Pública tem o poder-dever de rever seus atos administrativos desde que eivados de vícios, dentro do prazo de um prazo razoável. Porém, não se verificando afronta à lei, fraude ou má-fé do indivíduo, o ato administrativo gera um direito subjetivo e acarreta a irretratabilidade do ato perante a própria administração.

A Administração Pública possui, conforme determinação legal, o Poder discricionário de seus atos, mas isto não equivale a dar ao administrador o poder de ignorar à coisa julgada administrativa, à segurança e à estabilidade jurídicas na atuação da Administração. Não se trata de trocar a discricionariedade de administrador pela discricionariedade de juiz, trata-se de interpretação de lei e essa não é discricionária.

Referências Bibliográficas

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil – 1988. 31. ed. Brasília: Senado Federal, 2003.

FREITAS, Juarez. Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. **O Controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais.** São Paulo: Malheiros, 1997.

E DEUS CRIOU A MULHER...
AS ORGANIZAÇÕES PARTIDÁRIAS DIANTE DO DESAFIO DE
INCORPORAÇÃO DA MULHER (ARGENTINA, 1991-2001)

MARIO RICARDO MAURICH*

Tradução: Alfredo Alejandro Gugliano

1. INTRODUÇÃO

O objetivo deste trabalho é analisar o comportamento das organizações político-partidárias diante do desafio colocado pela sanção e promulgação da Lei 24.012 na Argentina, mais conhecida como Lei de Cotas¹. Tal normativa estabeleceu uma base mínima de participação feminina nas listas para cargos eletivos. Como ação afirmativa, esta lei impôs uma discriminação positiva em favor da participação e incorporação efetiva das mulheres na disputa pelos mesmos. Contudo, cabe a seguinte pergunta: as organizações partidárias estavam preparadas para enfrentar o que havia sido estabelecido pela mencionada lei?

Nossa resposta a esta interrogação tem um símbolo negativo. Isso porque a sanção da mencionada lei pelo Congresso obedeceu a uma tática instrumentalizada pelo Poder Executivo para mascarar a implementação, por meio de decreto de necessidade e urgência², da desregulamentação econômica. Portanto, não foram pensados nos desafios administrativos que a mesma representaria para as organizações partidárias.

Propomo-nos a rever as táticas e estratégias instrumentalizadas pelos principais partidos políticos argentinos, entre 1991-2001, para adequar seus processos de escolha internos à letra da citada lei. Queremos dizer, abordaremos esta problemática desde uma perspectiva que finque pé na mudança

* Politólogo UBA. Professor Adjunto do Departamento de Humanidades y Ciencias Sociales e Investigador do INSOC da Universidad Argentina de la Empresa (UADE). Professor Adjunto de Teoría Política y Política Comparada das Universidades de Buenos Aires (UBA), y De Belgrano (UB).

¹ A lei 20.012 foi sancionada pelo Congresso Nacional no dia 6 de novembro de 1991, promulgada de fato em 29 de novembro e publicada no Boletín Oficial no dia 3 de dezembro do mesmo ano.

² NT: medida provisória.

organizativa dos partidos políticos diante dos desafios conjunturais e sua repercussão sobre o sistema político.

2. POLÍTICA, GÊNERO E DEMOCRACIA: BREVE ESTADO DA DISCUSSÃO

Entre as características mais importantes da sociedade capitalista moderna está aquela que considera que o status das pessoas na estrutura social é estabelecido, diferentemente do que na sociedade tradicional, em função do mérito, queremos dizer, é adquirido e não adscrito.

Sociopoliticamente isso pode ser apreciado tanto desde uma perspectiva estática, quanto desde uma perspectiva dinâmica. No primeiro caso, poderíamos concluir que na sociedade moderna, como observou Max Weber³, predomina um tipo de dominação racional-legal por meio da qual as pessoas constroem as suas lealdades a partir de normas estabelecidas que sirvam de marco de orientação para a sua ação social. Ditas normas estabelecem um marco jurídico estável diante do qual toda e cada uma das pessoas tem igualdade de oportunidades. A máxima liberal de que “todos somos iguais perante a lei” constitui o melhor exemplo do anteriormente mencionado.

No segundo caso podemos perceber como, por meio de todo um processo histórico, na sociedade moderna foi-se ampliando a participação política para diferentes segmentos aos quais antes era negada toda participação nos processos de tomada de decisão. Tal ampliação, como também Weber⁴ afirmou e Giovanni Sartori⁵ reafirmou, foi se dando por meio da ampliação e expansão do direito ao sufrágio⁶ e o surgimento e desenvolvimento dos partidos

³ WEBER, Max (1977) “Los tipos de dominación”. In: **Economía y Sociedad**, Tomo I, Punto III, Primera Parte, FCE, México-Bogotá.

⁴ WEBER, Max (1985) “La política como vocación”, In: **Ensayos de sociología contemporánea**, Tomo I, Primera Parte, Planeta-Agostini, Barcelona.

⁵ SARTORI, Giovanni (1997) “El motivo: ¿Por qué hay partidos?”, In: **Partidos y Sistemas de Partidos**, Primera Parte, Alianza Universidad, Madrid.

⁶ Isto pode ser comprovado pelo fato de que foram descendo os tetos de representação altos e baixos no sentido de Lipset y Rokkan, ver: LIPSET, Seymour Martín y ROKKAN, Stein (1967) “Cleavage Structures, Party Systems, and Voting Alignments: An Introduction”, en S. M. Lipset and S. Rokkan (editors) **Party System and Voting Alignments: Cross-national Perspective**, The Free Press. E também no sentido de que foi-se ampliando a possibilidade de que certos grupos tivessem

políticos, desde os partidos parlamentares, passando pelos partidos eleitorais, até os partidos de massa e, mais recentemente, os partidos de opinião.

Contudo e, apesar de que o regime democrático foi apresentado também como uma das características mais destacadas da sociedade moderna, como um método⁷ que ao mesmo tempo em que legitima, também se autolegitima na igualdade de oportunidades em função do mérito, autores como Norberto Bobbio⁸, vêm colocando uma série de aspectos que vêm constituindo as promessas ainda não cumpridas pela democracia. Uma delas se refere ao espaço limitado da mesma e sobre este assunto nos fala este último autor:

“(...) cuando se quiere saber cuál ha sido el desarrollo de la democracia en un determinado país, se debería comprobar si ha aumentado no el número de aquellos que tienen derecho a participar en las decisiones que le afectan, sino los espacios en que pueden ejercer este derecho”⁹.

Portanto, vemos que o eixo da abordagem dessa discussão se translada da pergunta sobre *quem vota*, para o questionamento a respeito de *onde votam*. Entretanto, cremos que não devemos nos descuidar da primeira pergunta. O fato de que em alguns sistemas políticos se tenha que impor uma discriminação positiva em favor da mulher por meio da sanção normativa nos vem demonstrando a importância da articulação entre ambas as perguntas na sociedade moderna. A mesma foi tomada como *pivô* dos estudos de gênero na política que abordaram a problemática da igualdade de

seus próprios representantes no lugar de outros, ver MANIN, Bernard (1998) **Los Principios del Gobierno Representativo**, Alianza Editorial, España.

⁷ Não temos interesse de entrar aqui na polémica sobre se a democracia é somente um mecanismo institucional, como é colocado pela visão procedimental, ou se é algo a mais. Sobre o assunto sugiro consultar a seguinte bibliografia: SCHUMPETER, Joseph (1996) **Capitalismo, Socialismo y Democracia**, Folio, Barcelona; O'DONNELL, Guillermo (2000) “Teoría Democrática y Política Comparada”, en **Desarrollo Económico**, Vol. 39, Núm. 156, Enero-Marzo, Buenos Aires; NUN, José (2000) **Democracia, ¿gobierno del pueblo o gobierno de los políticos?**, FCE, Buenos Aires.

⁸ BOBBIO, Norberto (1984) **Il futuro della democrazia**, Einaudi, Turín.

⁹ BOBBIO, Norberto (1984) Ob. Cit., página 13.

oportunidades em contextos nos quais, por diversos motivos, porém, predominantemente socioculturais, alguns setores foram excluídos da expansão democrática e da possibilidade de obter sua representação no interior de determinadas organizações. Nesse sentido, a afirmação de Bobbio de que as empresas e os aparelhos burocráticos constituem uma das últimas fronteiras desse processo é significativa¹⁰.

3. OS PARTIDOS COMO ORGANIZAÇÃO

A sociedade moderna tem se caracterizado pela proliferação e especialização das organizações. Ditas organizações obtiveram um grau de desenvolvimento tão eficaz que o mesmo tem sido estudado e analisado desde os primórdios da sociologia, chegando ao nível mais alto com Weber. Esse autor argumentou que o desenvolvimento capitalista se caracterizava pelo avanço paralelo da burocratização e da democratização, deixando muito bem advertido sobre os perigos da burocracia quando esta se converte num fim em si mesmo.

Ao mesmo tempo, a princípios do século XX, outro sociólogo alemão, Robert Michels¹¹, proclamou a sua famosa lei de ferro das oligarquias. Ela consistia na afirmação de que, na medida em que aumentava o número dos militantes ativos no interior dos partidos políticos, se tornava indispensável a formação de um corpo administrativo estável ou de uma burocracia para a sua administração. Isso, inevitavelmente, acabaria levando ao surgimento de um núcleo duro no interior desses mesmos partidos que se encastelaria no poder. Desse modo, se perderiam de vista os princípios iniciais das organizações que passariam a ser substituídos pelo seu desejo de sobrevivência. Em outras palavras:

¹⁰ Esta mesma afirmação é colocada por Robert Dahl em vários trabalhos clássicos. Ver DAHL, Robert (1961) **Who Governs?**, Yale University Press, New Haven, Connecticut; (1990) **Prefacio a la Democracia Económica**, Grupo Editor Latinoamericano, Buenos Aires; (1989) **La Poliarquía. Participación y Oposición**, Técnos, Madrid.

¹¹ MICHELS, Robert (1972) **Los partidos políticos. Un estudio sociológico de las tendencias oligárquicas de la democracia moderna**, Amorroutu Editores, Buenos Aires.

quanto maior a democracia interna, maior a possibilidade de uma oligarquia interna¹².

Dentro da literatura sobre partidos políticos, o enfoque neo-organizativo é aquele que mais abordou estas problemáticas retomando as preocupações dos autores clássicos sobre o tema. Assim, este enfoque colocou a sua atenção na dimensão do poder organizativo. Todo o funcionamento e as atividades do partido enquanto organização, são explicadas fundamentalmente em termos de alianças e conflitos entre os diversos atores que buscam ocupar espaços chave no interior desta estrutura. Desta forma, a dinâmica da luta pelo poder é o toque de Midas para compreender seu funcionamento. Porém, diferentemente dos enfoques clássicos do início do século XX, esta dá uma especial atenção aos condicionamentos provindos do ambiente no qual os partidos desenvolvem as suas atividades. Ditos condicionamentos afetam a dinâmica da luta interna, as vezes favorecendo setores até então renegados no interior das organizações; e outras favorecendo a permanência no poder de certos setores vinculados a manutenção das estruturas de autoridade estabelecidas.

Os partidos políticos são, no sentido anteriormente mencionado, um tipo de organização que se especializou na representação política com o fim de ocupar, por meio das eleições, cargos governamentais. De fato, na Argentina estas são as únicas organizações autorizadas legalmente para este fim. Enquanto organizações, se os partidos políticos desejam sobreviver devem se adaptar às mudanças que o seu entorno coloca. Nesse sentido, os partidos políticos mais longevos, em termos institucionais, são aqueles que enfrentaram com maior êxito os desafios ambientais que lhes foram colocados. Por meio de mudanças organizativas internas puderam superar os inconvenientes de um ambiente incerto.

Um bom exemplo disso é o fato de que, nos últimos vinte anos, se deu uma mudança organizativa significativa nos partidos políticos ao redor do mundo, que deixaram de ser o que vários

¹² Sobre as diferentes interpretações da obra de Michels em termos das tendências à oligarquização no interior dos partidos políticos, ver: LINZ, Juan (1998) **Michels y su contribución a la sociología política**, FCE, México; NAVARRO MENDEZ, José Ignacio (1999) **Partidos políticos y "democracia interna"**, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid; PANEBIANCO, Angelo (1993) **Modelos de Partidos**, Alianza, México.

autores chamaram de partidos burocráticos de massa para assumir a condição de partidos eleitorais profissionais¹³. Se, nos primeiros a burocracia e, portanto, os burocratas jogam um papel central, nos segundos perdem esta posição para os profissionais. A ideologia não determina mais o seu norte, mas, os *issues* ou problemas concretos de atualidade são as questões determinantes. Já não são mais partidos de militantes com fortes laços organizativos, verticais, dirigidos para um eleitorado fiel, se transformando em organizações eleitoralistas dirigidas a um eleitorado de opinião. Se no primeiro tipo o papel central no interior da organização era jogado pelos membros convictos (aqueles que recebem em maior medida incentivos coletivos), no segundo quem cumpre o papel principal são os arrivistas (que recebem mais incentivos seletivos que coletivos).

No entanto, isto não quer dizer que as burocracias partidárias tenham desaparecido nem que as lutas pelo poder sejam coisa do passado. Mas que, de acordo com o caso, em geral cederam espaço, abriram caminho para a formulação de mecanismos que agilizassem sua adaptação a um ambiente onde as mudanças ocorrem com maior rapidez. Neste contexto, as lutas e conflitos pelo poder adquirem novos matizes e se desenvolvem em novos palcos, mas persistem. Ou seja, o que acontece quando o desafio externo vem de uma norma formal que estabelece uma imposição com a qual a organização partidária não contava? Como influi este desafio na dinâmica do poder interno? Esse fato favorece algum setor até este momento relegado, ou pouco favorecido, na luta por ocupar cargos importantes na estrutura de poder hierárquico?

4. A INESPERADA APROVAÇÃO DA LEI DE COTAS

No dia 6 de novembro de 1991, de madrugada, foi sancionada pela Câmara de Deputados da Nação a lei 24.012, mais conhecida como Lei de Cotas porque estabelece a inclusão de um mínimo de 30% de mulheres, em condições de serem eleitas, nas listas de candidatas a cargos eletivos nacionais. A análise da forma pela qual a citada lei foi sancionada e as circunstâncias que emolduraram dito processo nos permitiram apreciar, com maior

¹³ Al respecto ver PANEBIANCO, A. (1993) ob. cit.

claridade, os desafios que os partidos políticos passaram a enfrentar.

De 1988 datam as primeiras tentativas de debater, em foros públicos, o estabelecimento de um sistema obrigatório de cotas que garantisse uma base mínima de participação das mulheres na ocupação de cargos eletivos¹⁴. No entanto, e apesar de que diversas organizações não-governamentais feministas, de mulheres políticas, organismos partidários das mulheres e organismos institucionais nacionais e estaduais se dedicaram a pressionar, por meio do debate público, em prol desta proposta, boa parte dos dirigentes dos dois principais partidos argentinos (a União Cívica Radical – UCR e o Partido Justicialista - PJ) se mostraram muito renitentes em outorgar um mínimo de participação feminina nos cargos diretivos dos seus respectivos partidos. Isso fica claro pelo fato de que não foram incluídas propostas de reformas internas nos programas partidários. Tal comportamento pode ser entendido, apesar de que ambos partidos contaram com a participação de muitas mulheres importantes nas suas respectivas trajetórias (especialmente o P.J.), em função de uma cultura política que faz da política uma atividade eminentemente masculina¹⁵.

Isto levou a que, em novembro de 1989, se apresentassem dois projetos de lei no Congresso Nacional. O primeiro, assinado pela Senadora do U.C.R. Margarita Malharro de Torres, propunha uma modificação do Código Eleitoral Nacional no sentido de estabelecer um mínimo de mulheres nas listas de candidatos. O segundo, assinado pelas deputadas Norma Allegrone de Fonte, Florentina Gómez Miranda, Blanca Macedo (as três do U.C.R.), Ruth

¹⁴ Sobre este tema ver, LUBERTINO, María José (1992) "Historia de la Ley de Cupos", en **Cuota mínima de participación de mujeres. El debate en Argentina**, Fundación Friedrich Ebert, Buenos Aires.

¹⁵ Para un excelente análisis de el papel de la mujer al interior del justicialismo, especialmente en los sectores populares, ver AUYERO, Javier (1998) "Todo por amor, o lo que quedó de la herejía. 'Clientelismo populista' en la Argentina de los noventa", en **El fantasma del populismo. Aproximaciones a un tema (siempre) actual**, Felipe Burbano de Lara (editor), Nueva Sociedad, Venezuela; sobre el lugar de la imagen de Evita en la tradición y el imaginario político peronista, ver NAVARRO, Marysa (1995) "Evita y la crisis del 17 de octubre de 1945: un ejemplo de la mitología peronista y antiperonista", en **El 17 de octubre de 1945**, Juan Carlos Torre (compilador), Ariel, Buenos Aires. Sobre el lugar de la mujer en la historia del Radicalismo ver, GALLO, Edit Rosalía (2001) **Las mujeres en el radicalismo argentino, 1890-1991**, EUDEBA, Buenos Aires.

Monjardín (da Partida Federal), Inés Botella (do P.J.) e Matilde Quarracino (da Democracia Cristiana), que propunha uma iniciativa similar ao projeto apresentado no Senado. Por meio dessa tática, o movimento de mulheres visava pressionar o Congresso para que sancionasse pelo menos algum dos projetos apresentados.

Apesar da mencionada tática, os legisladores de ambas as câmaras, na sua grande maioria, prestaram pouca atenção aos projetos. Porém, em setembro de 1990, o Senado assumiu a discussão do projeto da senadora Malharro de Torres dando-lhe meia-sanção no dia 20 desse mês e enviando-o à câmara revisora. No mês de novembro do mesmo ano, na cidade costeira de São Bernardo, Província de Buenos Aires, se constituiu a Rede de Feministas Políticas da América Latina e do Caribe, dando cabida imediatamente à criação da sua ramificação local: a Rede Argentina. Essa última foi uma organização multipartidária, integrada por catorze partidos políticos nacionais, cujos objetivos eram os de gerar possibilidades de intervenção política eficaz para as mulheres de todos os setores e produzir alternativas renovadoras nas práticas políticas.

Chegado o mês de outubro de 1991, apesar das incontáveis atividades geradas a partir dos diferentes organismos que lutavam por uma reforma que permitisse uma participação mais efetiva da mulher na política, desenvolvida desde o ano anterior, não se conseguiu¹⁶ que se estabelecesse um debate massivo, já que o mesmo se restringiu ao âmbito das mulheres nucleadas em instituições afins às temáticas de gênero; militantes e políticas. Na sessão especial da Câmara dos Deputados, do dia 6 de novembro de 1991, com a presença em massa e inesperada de uma multidão de mulheres nas galerias da Câmara (ativistas de partidos políticos ou de organizações femininas, representantes de localidades do interior do país e do cone urbano portenho), organizadas por aquelas que nos últimos dois anos tinham tentado pressionar aos legisladores, se deu sanção definitiva ao projeto iniciado no Senado com a presença de 153 Deputados, que votaram da seguinte forma: 143 a favor, sete contra e três abstenções. Contudo, é interessante

¹⁶ A respeito ver, TENEWICKI, Inés y ROSSI, Diego (1995) "Participación política de la mujer. La mirada del legislador desde el sufragio hasta la ley de cupos", en **Mujer, Estudios e Investigación** Nro. 9, Secretaría Parlamentaria, Dirección de Información Parlamentaria, H.C.D.N., Buenos Aires.

sublinhar que o encaminhamento definitivo do mencionado projeto, se bem estava programado para essa sessão especial¹⁷ da Câmara baixa, não possibilitava prever a forma como de fato isso ocorreu.

Esses acontecimentos geraram uma série de perguntas: por que as principais representantes das mulheres que encheram as galerias da Câmara dos Deputados, no dia da sanção definitiva do projeto, eram na sua grande maioria militantes do Partido Justicialista (PJ)? Considerando que o projeto foi originalmente apresentado por uma deputada radical, não deveria ter havido uma maior participação multipartidária nesse dia? Por que o P.J., alguns dias antes, organizou uma reunião que contou com a presença do Presidente da Câmara dos Deputados, o justicialista Alberto Pierri e o apoio das conselheiras justicialistas de Buenos Aires?

Além disso, desde a promulgação do decreto de necessidade e urgência do então Presidente Carlos Saúl Menem, no dia primeiro de novembro, por meio do qual se estabelecia a desregulamentação econômica¹⁸, o principal tema que deveria ter ocupado a atenção na referida sessão parlamentar não era a lei de cotas, mas, a análise do mencionado decreto¹⁹.

Situações como essa nos levam a pensar, hipoteticamente, em várias explicações: ou o partido no governo lançou uma cortina de fumaça através da sanção de uma norma anteriormente postergada, mas, avaliada como progressista, para ocultar aquilo que estava sendo implementado por meio de um mecanismo de exceção que poderia gerar grande debate; ou, tentou pressionar ao principal partido da oposição (a U.C.R., na qual uma de suas representantes era a principal mentora da iniciativa) para que fizesse vista grossa para o mencionado decreto, uma espécie de moeda de troca pela sanção da lei de cotas. A primeira das opções

¹⁷ O jornal Clarín antecipou, na sua edição de 4 de novembro que: "(l) os diputados considerarían pasado mañana el proyecto de cupo femenino, (...)". Ver **Clarín**, 04/11/1991.

¹⁸ Sobre el uso de tácticas decretistas en Argentina desde el reinicio de la democracia ver: MAURICH, Mario R. y LIENDO, Gabriela (1998) "¿Estilo decretista de gobierno o estrategia decretista de gobierno? La Argentina de Alfonsín y Menem", en **Elementos para el Análisis Político. La Argentina y el Cono Sur**, Eugenio Kvaternik (compilador), Piados-Ediciones Universidad del Salvador, Buenos Aires; (2000) "¿Reforma del Estado y Estilo decisionista de gobierno? Un estudio del caso Argentino (1989-1995)", en **Estado y Sociedad. Las nuevas reglas de juego**, Oscar Oszlak (compilador), EUDEBA, Buenos Aires.

¹⁹ Ver, "El P.J. intenta tratar hoy el decreto", en **Clarín**, 06/11/1991.

nos parece a mais correta²⁰. De qualquer modo, a partir da dita sanção legislativa e promulgação pelo titular do Poder Executivo, se inaugurou um novo cenário para o qual os partidos políticos argentinos não estavam preparados.

5. OS PARTIDOS POLÍTICOS ARGENTINOS DIANTE DOS DESAFIOS DO CONTEXTO: AS MULHERES DA *UNIÓN CÍVICA RADICAL* E DO *PARTIDO JUSTICIALISTA* ANTES E DEPOIS DA SANÇÃO DA LEI 24.012 NA ARENA LEGISLATIVA.

A lei 24.012 estabeleceu num de seus parágrafos que “as listas que se apresentem deverão ter mulheres num mínimo de 30% dos candidatos aos cargos eletivos e em proporções que possibilitem que sejam eleitas. Não será oficializada nenhuma lista que não cumpra com estes requisitos.” Esta lei não foi regulamentada pelo poder Executivo Nacional em março de 1993 e, de fato, não entrou em vigor até essa data²¹. Podemos apreciar a incidência imediata da aplicação de dita lei a partir da renovação parcial de ambas as Câmaras do Congresso Nacional, no final desse ano, comparando a presença feminina antes e depois de dezembro de 1993 (QUADRO 1 e 2):

QUADRO 1

Gênero dos Senadores Nacionais, 1983-1998 (1).

Períodos Legislativos (2)										
Gênero	1983-86		1986-89		1989-92		1992-95		1995-98 (3)	
	Nro.	%	Nro.	%	Nro.	%	Nro.	%	Nro.	%
Masculino	43	93.5	42	91.3	44	91.7	46	95.8	66	94.3
Femenino	3	6.5	4	8.7	4	8.3	2	4.2	4	5.7
Total	46	100	46	100	48	100	48	100	70	100

Fonte: Elaborado com base a HCSN-I e informação diversa por: *Dirección de Información Parlamentaria*; MOLINELLI, Guillermo; PALANZA, Valeria y SIN, Gisela (1999) *Congreso, Presidencia y Justicia en Argentina*, CEDI-Fundación Gobierno y Sociedad, Temas Grupo Editorial, Buenos Aires.

²⁰ De hecho, cuatro días después de sucedidos los acontecimientos relatados, una sola voz se alzó en una nota de otro diario capitalino de tirada nacional, haciendo notar que “(...) los más escépticos sostienen que se montó un gran show para no tratar la desregulación económica y en medio del espectáculo se votó la regulación política.” Ver, *La Nación*, 10/11/1991.

²¹ A través del decreto reglamentario 379/93, promulgado el 8 de marzo de 1993 y publicado en el Boletín Oficial el 11 de marzo del mismo año.

(1) Os dados refletem a participação de cada gênero no 1ro. de maio para os períodos entre 1983 e 1995 e ol 1º. de março a partir de 1996 no último período do quadro. (2) Os períodos legislativos começam no 10 de dezembro e finalizam no 9 de dezembro a cada 3 anos. (3) O número de senadores deveria ser de 72 (tres por cada provincia y 3 pela Capital Federal), a diferença se deve a ao fato de que estão vacantes duas cadeiras de Catamarca.

QUADRO 2

Gênero na Câmara dos Deputados Nacionais, 1983-97 (1).

Gênero	Períodos Legislativos (2)													
	1983-85		1985-87		1987-89		1989-91		1991-93		1993-95		1995-97 (3)	
	Nr o.	%	Nr o.	%	Nr o.	%	Nr o.	%	Nr o.	%	Nr o.	%	Nr o.	%
Masculino	24 3	95. 7	24 3	95. 7	24 2	95. 3	23 7	93. 3	24 3	94. 6	22 2	86. 4	18 7	72. 8
Feminino	11	4.3	11	4.3	12	4.7	17	6.7	14	5.4	35	13. 6	70	27. 2
Total	25 4	10 0	25 4	10 0	25 4	10 0	25 4	10 0	25 7	10 0	25 7	10 0	25 7	10 0

Fonte: Elaborado com base a HCDN-I e informações diversa por: Dirección de Información Parlamentaria; MOLINELLI, Guillermo; PALANZA, Valeria y SIN, Gisela (1999) *Congreso, Presidencia y Justicia en Argentina*, CEDI-Fundación Gobierno y Sociedad, Temas Grupo Editorial, Buenos Aires.

(1) Os dados refletem a participação de cada gênero na câmara. Foram elaborados a partir da composição total da câmara, isto é, 254 deputados que a compõe renováveis a cada dois anos (257 a partir de 1991) e foi utilizada a composição existente no 1º. de maio dos anos pares entre 1983 e 1995, e no 1º. de Março de 1996 para o último período do quadro. (2) Os períodos legislativos começam 10 de dezembro e finalizam no dia 9 de dezembro de cada ano impar. (3) No período 1995-97 há 1 deputado que é suplente e que ingressou depois do 1º. de março de 1996, porém ele foi incluído na soma dado que substitui a outro eleito não incorporado e, de toda maneira, o total da composição do período seria de 256 em vez de 257.

É interessante destacar que, tanto no Senado quanto na Câmara dos Deputados, houve desde o início da redemocratização, até o momento de sanção da mencionada lei, um avanço no que diz respeito à incorporação da mulher. No período que vai desde dita sanção até sua regulamentação, por parte do Poder Executivo, e sua aplicação efetiva, a taxa de participação decresceu, mas voltou a subir novamente depois que a norma entrou totalmente em vigência. Nos quadros que seguem se podem apreciar dita ascensão na renovação de ambas as câmaras até 2003-2004:

QUADRO 3

Gênero dos Senadores Nacionales, 1998-2003.

Gênero	Períodos Legislativos			
	1998-2001		2001-2004	
	Números	%	Números	%
Masculino	62	95.4	47	65.3
Femenino	3	4.6	25	34.7
Totais	65	100	72	100

Fonte: Elaboração própria a partir de dados pela *Comisión Nacional de la Mujer*.

QUADRO 4

Gênero dos Diputados Nacionales, 1997-2003.

Gênero	Períodos Legislativos					
	1997-1999		1999-2001		2001-2003	
	Número	%	Número	%	Número	%
Masculino	185	72	185	72	181	70
Femenino	72	28	72	28	76	30
Totais	257	100	257	100	257	100

Fonte: Elaboração própria a partir de dados pela *Comisión Nacional de la Mujer*.

6. PARTIDOS POLÍTICOS E DEMOCRACIA INTERNA: O PJ E A UCR DIANTE DA INTERNALIZAÇÃO DA POLIARQUIA.

Como se disse ao começo do trabalho, alguns autores enfatizaram que, para saber o grau de profundidade do processo de democratização, deveríamos analisar com profundidade as possibilidades reais, em termos de oportunidades de participação e espaços de debate público, existentes em nível das unidades subnacionais²², como também em termos de determinadas organizações e as suas respectivas burocracias na sociedade civil. Isto é, em referência aos partidos políticos, deveriam levar-se a cabo análises sobre a questão da democracia interna em ditas organizações²³. No que respeita à problemática da incorporação da mulher, não basta com estudar como foi o processo de adequação dos processos de seleção das candidaturas a cargos eletivos nos partidos políticos e sua posterior utilização na composição das legislaturas nos seus diferentes níveis.

Considerando nosso marco teórico, aquele que analisa aos partidos políticos como estruturas organizativas onde a luta pelo poder entre os diferentes atores que a integram, se apresenta como a principal dimensão que explica as atividades e funcionamento dos

²² DAHL, R. (1989 y 1990) ob. cit.; BOBBIO, N. (1984) ob. cit.

²³ Ver, J. I. NAVARRO MÉNDEZ, 1999, ob. cit., Capítulo II.

mesmos, devemos prestar atenção à incidência da lei de cotas no processo de internalização de pautas mais poliárquicas como um desafio ao que a organização deve enfrentar.

Desde que a norma em questão se pôs em prática, houve resistências no interior das organizações partidárias para adaptar os processos de seleção interna às cotas como forma de constituir o corpo de dirigentes partidários, apesar de existirem diferenças entre os dois principais partidos. No que diz respeito a U.C.R., um ano depois que foi sancionada a lei de cotas, no dia 28 de novembro de 1992, a Mesa Diretora da Honorable Convenção Nacional desse partido resolveu recomendar aos distritos pautas para a aplicação da lei 24.012. Entretanto, somente oito anos depois, no dia 16 de dezembro de 2000, reformou sua carta orgânica, acrescentando ao artigo 31 da mesma o inciso J, onde se estabelece: “Todas as listas a cargos eletivos e partidários –tanto titulares quanto suplentes–deverão estar integradas por setenta por cento (70%) de pessoas de um mesmo sexo. Em nenhum caso poderá haver três (3) lugares seguidos na lista ocupados por pessoas do mesmo sexo”.

No caso do P.J., a carta orgânica foi reformada apenas em alguns distritos. Isso é interessante já que este partido teve uma incidência de participação das mulheres nos quadros políticos desde as origens do mesmo. No entanto, em comparação com a U.C.R., a participação das mulheres nos diferentes organismos internos nacionais foi inicialmente superior, mas, aos poucos foi diminuindo. No quadro seguinte podemos ver, em termos diacrônicos, o lugar que coube às mulheres na organização interna da UCR e o PJ desde o começo da democracia, em 1983, até o ano 2003.

QUADRO 5

Representação da mulher em postos da direção nacional da UCR, 1997-2003 (1); y el PJ, 1983-2003.

Partido	Período	Número de Mulheres	Número de Homens	Totais	% de participação da Mulher
PJ	1983-1988	2 (2)	14	16	12.50
	1988-1991	1	20	21	4.70
	1991-2003	1	25	26	3.80
UCR	1997-2001	2	21	23	8.60
	2001-2003	2	27	29	6.90

Fonte: Elaboração propia a partir de dados coletados nas diferentes Mesas Diretivas de ambos os partidos.

(1) Para o período 1983-1997 não foi possível encontrar informação.

(2) Para esse período, uma das mulheres contabilizadas é Isabel Martínez de Perón que ocupava o cargo de Presidente de Honra do partido. Para esse e outros períodos, o restante das mulheres ocuparam a Secretaria da Mulher.

Pelo que se pode observar no quadro anterior, como nos da seção precedente, ambos os partidos estiveram mais preocupados com a adequação à Lei de Quotas dos processos de indicação e seleção de candidatos à legislatura nacional, do que à adaptação das suas respectivas estruturas hierárquicas de direção partidária. Sendo assim podemos dizer que, no que à tange democracia interna, nossos partidos mantêm pautas de conduta pouco adequadas com as características de uma poliarquia.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS: QUALIDADE DEMOCRÁTICA E EFETIVIDADE POLÍTICA

Esta imposição normativa gerou problemas na estruturação das listas para a disputa por cargos eletivos. Antes da sanção dessa norma, os partidos políticos não prestavam atenção, apesar de ter uma longa tradição na formação de quadros partidários femininos, na problemática da igualdade de gêneros no que diz respeito ao espaço das mulheres no interior de suas respectivas estruturas hierárquicas.

De fato, de 1993 até 2004, os avanços na aplicação das cotas em termos da elaboração de listas para eleições gerais, foram arrancados por meio de ações judiciais do Conselho Nacional da Mulher, assim como de diversas organizações públicas e privadas relacionadas com o tema, que denunciaram o descumprimento das proporcionalidades em diferentes distritos do país. Porém, os resultados dessas ações nem sempre foram favoráveis, principalmente devido às diversas interpretações jurídicas sobre o decreto de 1993²⁴.

Por esta razão, assim como em função das eleições de outubro de 2001, o Poder Executivo promulgou no dia 28 de dezembro de 2000, um novo decreto: o 1.246/2000, para solucionar as ambigüidades do primeiro. O mencionado decreto tentou deixar os critérios claros, principalmente sobre a localização das candidatas mulheres nas listas eleitorais, de tal forma que os lugares que elas viessem a ocupar garantissem, em termos de

²⁴ Para un excelente análisis sobre si la implementación de la ley de cupos fue más por avance judicial que por cumplir lo que plantea dicha norma, ver Alejandra LÁZARO, **La Ley 24.012 de cupo femenino ¿Avance legislativo o judicial?**, trabajo presentado al VI Congreso Nacional de Ciencia Política, SAAP-UNR, Rosario del 5 al 8 de noviembre de 2003.

expectativas, as mesmas possibilidades eleitorais. No entanto, apesar das boas intenções do Poder Executivo, a nova norma não levou em consideração que o grau de expectativas não é nem igual, nem contínuo. Depende de fatores que interferem nas chances do partido de vencer a eleição. Portanto, tendo em vista que não são todos os partidos que têm as mesmas chances de forma contínua, o problema é mais significativo para os partidos pequenos do que para os grandes.

Um bom exemplo disso foi a eleição dos Senadores nacionais. Estes representam os interesses de cada província do país, sendo eleitos três por cada distrito. Dois pela maioria e um pela minoria. Os partidos que tradicionalmente se impuseram no seu distrito devem organizar sua lista de maneira a que seja cumprido o formulado pela regulamentação da lei. Dita regulamentação estabelece que, quando se escolhem até três cargos, a quantidade mínima de representação feminina é uma. Quem ocupa o primeiro ou segundo lugar na lista, não representa problemas para o partido já que, em função de seu desempenho eleitoral anterior, estes possuem grandes chances de se eleger, devendo um desses cargos vir ser ocupado por uma mulher. Todavia, existem sim problemas para quem ganhe a terceira vaga ao Senado pelo partido minoritário, já que a lei prescreve a cota mínima independentemente de quem tenha maior possibilidade de ocupar a primeira ou segunda vaga em disputa. Portanto, as mulheres sempre deveriam ocupar o primeiro lugar nas listas eleitorais em função das possibilidades de efetivamente virem a ser eleitas. Porém, isso não acontece.

Os partidos enfrentaram nas eleições a Senadores de 2001, um grande desafio, que foi como organizar as lista eleitorais de tal maneira que fosse possível cumprir com o estabelecido pela norma e, ao mesmo tempo, com a lógica sexista imperante até o momento. Os cargos de senadores são importantíssimos estrategicamente. Portanto, os partidos devem pensar sua ocupação estrategicamente em termos de sua sobrevivência organizativa. Se até o momento não se preocuparam por formar quadros femininos, como farão para satisfazer duas lógicas tão diferentes?

Mas, no que se refere ao seu posicionamento nas respectivas estruturas hierárquicas partidárias, pouco ou quase nada avançou. Isto demonstra que, se bem no que se refere a imagem externa dos partidos, buscou-se adequar os mecanismos de formulação das nominatas internas ao que a lei de cotas

estabeleceu, em termos da igualdade política e sua correspondente igualdade de oportunidades em cargos diretivos com real poder partidário, por enquanto, é uma quimera. Já há alguns anos Guillermo Molinelli²⁵ chamava a atenção sobre a falta de estudos que analisassem, inclusive, os espaços conquistados em função de variáveis como cargos e funções das mulheres nas comissões de trabalho legislativo no interior dos órgãos colegiados, tanto em nível municipal, estadual ou nacional. Isto é, que não bastava apenas a possibilidade de competir eleitoralmente, pois, depois de inseridas, as mulheres deveriam lutar para sair das áreas às quais sempre foram relegadas: questões sociais, de família, bem-estar, etc.. E deviam lutar por ocupar outras áreas tradicionalmente masculinas.

Da análise das estruturas orgânicas dos partidos estudados vemos que, apesar da existência da lei de cotas, as mulheres seguem ocupando poucos espaços e, além disso, quando ocupados estes são caracteristicamente femininos. Fato que demonstra que as mulheres ainda estão em clara desvantagem. Persiste uma divisão sexual das temáticas e do poder culturalmente determinados. A política nas áreas fortes continua sendo coisa de homens.

Referências Bibliográficas

AUYERO, J. Todo por amor, o lo que quedó de la herejía. 'Clientelismo populista' en la Argentina de los noventa. In: **El fantasma del populismo. Aproximaciones a un tema (siempre) actual**, Felipe Burbano de Lara (editor), Nueva Sociedad, Venezuela, 1998.

BOBBIO, Norberto **Il futuro della democrazia**, Einaudi, Turín, 1984.

DAHL, R. **Who Governs?**, Yale University Press, New Haven, Connecticut, 1961.

_____. **Prefacio a la Democracia Económica**, Grupo Editor Latinoamericano, Buenos Aires, 1990.

_____. **La Poliarquía. Participación y Oposición**, Técnos, Madrid, 1989.

²⁵ MOLINELLI, N. G. (1991) "Las mujeres en el Congreso argentino", en **Presidentes y Congresos en la Argentina: Mitos y Realidades**, Grupo Editor Latinoamericano, Buenos Aires.

- GALLO, E. R. **Las mujeres en el radicalismo argentino, 1890-1991**, EUDEBA, Buenos Aires, 2001.
- LÁZARO, A. **La Ley 24.012 de cupo femenino ¿Avance legislativo o judicial?**, trabajo presentado al VI Congreso Nacional de Ciencia Política, SAAP-UNR, Rosario, 2003.
- LINZ, J. **Michels y su contribución a la sociología política**, FCE, México, 1998.
- LIPSET, S. M. y ROKKAN, S. Cleavage Structures, Party Systems, and Voting Alignments: An Introduction. In: S. M. Lipset and S. Rokkan (editors) **Party System and Voting Alignments: Cross-national Perspective**, The Free Press, 1967.
- LUBERTINO, M. J. Historia de la Ley de Cupos, en **Cuota mínima de participación de mujeres. El debate en Argentina**, Fundación Friedrich Ebert, Buenos Aires, 1992.
- MANIN, Bernard **Los Principios del Gobierno Representativo, Alianza Editorial**, España, 1998.
- MAURICH, M. R. y LIENDO, G. ¿Estilo decretista de gobierno o estrategia decretista de gobierno? La Argentina de Alfonsín y Menem, en **Elementos para el Análisis Político. La Argentina y el Cono Sur**, Eugenio Kvaternik (compilador), Piados-Ediciones Universidad del Salvador, Buenos Aires, 1998.
- _____. ¿Reforma del Estado y Estilo decisionista de gobierno? Un estudio del caso Argentino (1989-1995), en **Estado y Sociedad. Las nuevas reglas de juego**, Oscar Oszlak (compilador), EUDEBA, Buenos Aires, 2000.
- MICHELS, R. **Los partidos políticos. Un estudio sociológico de las tendencias oligárquicas de la democracia moderna**, Amorroutu Editores, Buenos Aires, 1972.
- MOLINELLI, G. Las mujeres en el Congreso argentino. In: **Presidentes y Congresos en la Argentina: Mitos y Realidades**, Grupo Editor Latinoamericano, Buenos Aires, 1991.
- MOLINELLI, G.; PALANZA, V. y SIN, G. **Congreso, Presidencia y Justicia en Argentina**, CEDI-Fundación Gobierno y Sociedad, Temas Grupo Editorial, Buenos Aires, 1999.
- NAVARRO, M. Evita y la crisis del 17 de octubre de 1945: un ejemplo de la mitología peronista y antiperonista, en **El 17 de octubre de 1945**, Juan Carlos Torre (compilador), Ariel, Buenos Aires, 1945.
- _____. **Partidos políticos y “democracia interna”**, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1999.

- NUN, J. **Democracia, ¿gobierno del pueblo o gobierno de los políticos?**, FCE, Buenos Aires, 2000.
- O'DONNELL, G. Teoría Democrática y Política Comparada. In: **Desarrollo Económico**, Vol. 39, Núm. 156, Enero-Marzo, Buenos Aires, 2000.
- PANEBIANCO, A. **Modelos de Partidos**, Alianza, México, 1993.
- SARTORI, G. El motivo: ¿Por qué hay partidos? In: **Partidos y Sistemas de Partidos**, Primera Parte, Alianza Universidad, Madrid, 1997.
- SCHUMPETER, J. **Capitalismo, Socialismo y Democracia**, Folio, Barcelona, 1996.
- TENEWICKI, I. y ROSSI, D. Participación política de la mujer. La mirada del legislador desde el sufragio hasta la ley de cupos. In: **Mujer, Estudios e Investigación** Nro. 9, Secretaría Parlamentaria, Dirección de Información Parlamentaria, H.C.D.N., Buenos Aires, 1995.
- WEBER, M. Los tipos de dominación. In: **Economía y Sociedad**, Tomo I, Punto III, Primera Parte, FCE, México-Bogotá, 1977.
- _____. La política como vocación. In: **Ensayos de sociología contemporánea**, Tomo I, Primera Parte, Planeta-Agostini, Barcelona, 1985.

O CONSELHO DO ORÇAMENTO PARTICIPATIVO DE PORTO ALEGRE. RENOVAÇÃO OU CONTINUÍSMO?

**ALFREDO ALEJANDRO GUGLIANO
TIAGO MENNA FRANCKINI*
CAMILA GOULART DE CAMPOS**

1. CONSIDERAÇÕES INICIAS

Em seu já clássico “Democratizar a Democracia – Os Caminhos da Democracia Participativa” Boaventura de Souza Santos, em conjunto com uma equipe internacional de pesquisadores, dedica-se a estudar a Democracia Participativa como um dos processos catalisadores da emancipação social. Neste contexto, ela é vista como uma alternativa (embora não necessariamente no sentido de substituir) ao modelo hegemônico de democracia que, segundo o autor (Santos, 2003a)

[...] apesar de globalmente triunfante não garante mais do que uma democracia de baixa intensidade, baseada na privatização do bem público por elites mais ou menos restritas, na distância crescente entre representantes e representados e em uma inclusão política abstrata feita de exclusão social.

Deste ponto de vista, estudar a Democracia Participativa em suas diversas formas se faz importante, pois, embora seus princípios a transformem em uma força relevante no combate à dominação proporcionada pela democracia formal, os mecanismos concretos de participação podem conter falhas. Estudos atentos desses mecanismos podem ajudar a identificar essas falhas e a propor mudanças visando corrigi-las, contribuindo assim para uma participação mais efetiva.

* GUGLIANO é professor do Departamento de Ciência Política, do Programa de Pós-Graduação em Ciência Política da UFRGS e Pesquisador do CNPq; FRANKINI é discente do Curso de Ciências Sociais da UFPel e Bolsista PIBIC/CNPq; GOULART é discente do Curso de Ciências Sociais da UFPel e Bolsista BIC/FAPERGS.

Neste trabalho estuda-se o Conselho do Orçamento Participativo (OP) de Porto Alegre, no período de 2005 a 2008. O Conselho do OP (COP) é eleito pelos participantes em assembléia, e possui a função de viabilizar a execução das demandas que surgem nessas mesmas assembléias através de alterações no Plano Plurianual, na Lei de Diretrizes Orçamentárias, no Orçamento Anual e em outras instâncias que, de certa forma, ditam a conduta do governo municipal com relação ao seu orçamento. Os conselheiros recebem uma preparação técnica, além de livre acesso aos documentos da prefeitura necessários para tal tarefa. Esse processo será apreciado em maiores detalhes mais adiante.

Embora haja diversos mecanismos de controle do COP, visando garantir que os conselheiros ajam “em conformidade com o processo de discussão do OP” (como reza o texto do regimento) alguns teóricos como Denis Rosenfield (2002) alegam que exista um controle externo do OP por pessoas ligadas ao executivo municipal (ou, no ano em que Rosenfield escrevia o artigo que temos como referência, ao Partido dos Trabalhadores). Nesse sentido o Orçamento Participativo seria uma experiência democrática apenas de fachada, e sua função real seria legitimar o governo e seu partido, tornando a experiência inclusive nociva para a democracia. O referido controle externo seria a alegada habilidade do executivo de selecionar as demandas que receberão apoio institucional (o que deslegitimaria o OP, uma vez que seu princípio legitimador é precisamente fazer valer a vontade da população).

Desta forma, o que se pretende com este estudo é analisar os índices de renovação do COP, e, através de uma análise científica, avaliar se eles apontam na direção de uma renovação substancial dos membros do conselho, ou na direção de uma estagnação (catalisadora potencial de um controle externo). Pretendemos assim, dar nossa contribuição acerca do debate sobre o suposto controle externo das decisões tomadas no OP.

2. REDIMENSIONANDO O DEBATE DEMOCRÁTICO

A perspectiva qualitativa de análise das democracias tem sido bastante explorada nos últimos anos por uma ampla gama de autores que, entre diversas problemáticas, investigam principalmente as trajetórias das novas democracias fundadas a partir da segunda metade dos anos setenta no sul da Europa, América Latina, Leste da Europa e, mais recentemente, na África e

na Ásia. Estas experiências, agrupadas por Samuel Huntington (1991) no que chamou de *terceira onda*, foram marcadas por um contexto específico no qual a recomposição da cidadania e dos direitos cidadãos teve que conviver com o fenômeno do neoliberalismo e a tentativa de submissão do Estado às relações de mercado.

Este é um dos grandes paradoxos do século XXI, que nasceu herdeiro de um conjunto de legados que, especialmente nos anos 90, deixaram um rastro de transformações que acabaram por transformar a realidade geopolítica que havia pautado boa parte da história contemporânea da humanidade. Instigado pelo “anjo da história”, figura de linguagem sugerida por Walter Benjamin (1985) nas suas teses sobre o conceito de história, o século XX deixou para trás uma série de ruínas que os acadêmicos procuram interpretar através da construção de cadeias de acontecimentos, objetivando uma maior compreensão das dimensões em questão.

Em qualquer listagem destas mudanças que abalaram o século não poderiam faltar, entre outras, quatro importantes questões que marcaram a estrutura mundial. A primeira é o desmoronamento do comunismo e o fim de uma convivência pautada na ameaça da guerra fria e divisão bipolar do mundo. A segunda a redução da esfera de influência do Estado-nação que, mesmo mantendo-se enquanto estrutura de regulação de uma série de relações em nível nacional, perdeu grande parte de sua capacidade de centralização social. A terceira é a dificuldade em estabelecer uma nova “ordem mundial” frente a incapacidade da Organização das Nações Unidas (ONU) mediar conflitos envolvendo interesses multinacionais. Finalmente a quarta refere-se ao mercado econômico, considerado no pós-comunismo como novo centro da organização mundial.

Alterações tão profundas não poderiam ocorrer sem deixar suas marcas num campo do conhecimento humano que se construiu a partir do estudo das transformações sociais, que é o das Ciências Humanas e Sociais. Estas podem ser traduzidas não só através de uma crise dos conceitos que tradicionalmente nos auxiliavam a compreender o social, um “esbater dos contornos das categorias que pareciam estruturar as relações sociais” (Hespanha, 2002, p.164), mas, também por uma crise dos paradigmas que pautaram os modelos sociais da modernidade, considerando que “já não se

trata mais (...) da sociedade nacional ou do Estado-nação, trata-se também e principalmente da sociedade mundial” (Ianni, 1999, p. 23).

Estas mudanças igualmente podem ser observadas no que diz respeito aos estudos sobre a democracia, um dos temas centrais da sociologia e ciência política, que passa por um momento de redefinição de muitos dos seus parâmetros teóricos e práticos (Touraine, 1991; Schmitter et Karl, 1991). A esse respeito, Guillermo O’Donnell (1999, p.580) enfatiza que “a democracia não deveria ser apenas analisada no plano do regime, mas também no do Estado – (...) – e de certos aspectos do contexto social geral”. Manuel Antonio Garretón (2003, p.47), por sua vez, defende a idéia de que a democracia não representa apenas a necessidade de “(...) completar as tarefas deixadas pendentes nas fundações, transições e reformas incompletas, mas reconstruir a polis e os sistemas políticos, assim como articular uma nova forma de relação entre o Estado, a política e os atores sociais”. Complementando este breve panorama da questão, Boaventura de Sousa Santos (1998, p. 122) remata que a democracia não pode ficar restrita ao Estado, sendo necessário também democratizar a esfera não-estatal, considerando que “só a convergência dos dois processos de democratização garante a reconstituição do espaço público de deliberação democrática”.

Mesmo havendo distintos nuances nas argumentações que contribuem nesta discussão, algo perfeitamente entendível desde as diferentes perspectivas teóricas adotadas em cada elaboração, é possível observar, em muitos autores, uma convergência ao redor de um conjunto de aspectos básicos que caracterizariam uma nova vertente de análise sobre o tema. Entre outros, se destacam cinco aspectos centrais:

- a) a percepção da democracia enquanto uma experiência dimensionada espaço-temporalmente, o que dificultaria transpassar modelos bem sucedidos em uns países para outros;
- b) a caracterização da democracia como um modelo que vai além do regime político, envolvendo o Estado, a sociedade e os seus sub-sistemas (jurídico, cultural, educacional, etc.);
- c) a ênfase na mediação entre o local e o global, assim como das esferas sub-nacionais, enquanto um redimensionamento dos fatores que condicionam a estabilidade política;

- d) a incorporação de novas problemáticas que interferem na abordagem da democracia, como as relacionadas com a relação homens/mulheres, a etnia, a sustentabilidade, a cultura política, etc.;
- e) a valorização das condições societárias de desenvolvimento da democracia, como os aspectos vinculados aos direitos humanos, capital social, violência, desemprego, entre outros.

O surgimento de uma nova perspectiva de análise da democracia que, como enfatiza Guillermo O'Donnell (op. cit., pp. 577-580), diferencia-se da abordagem tradicional do tema, recebe um impulso decisivo gerado pelas próprias condições atuais de existência deste sistema (Lagos, 2001). Considerada após a simbólica queda do Muro de Berlim (1989), como a alternativa soberana de organização política dos países na esfera mundial, as democracias ocidentais estão sofrendo as conseqüências do avanço da globalização e sua interferência na governabilidade dos Estados nacionais, assim como o impacto do que uma parcela da literatura especializada vem chamando de *disaffection* (Putnan, Pharr et Dalton, 2000; Torcal, 2001), fenômeno que talvez pudesse ser mais bem descrito como total indiferença, desinteresse pela política estatal, pelos partidos políticos, e, principalmente, pela ação dos políticos profissionais.

O interessante é que ao mesmo tempo em que isto acontece, também existe uma novíssima *ressurreição da sociedade civil*. Esta expressão, utilizada principalmente a partir das análises de Guillermo O'Donnell e Philippe Schmitter (1988), serviu para descrever o processo, vivido entre a segunda metade dos anos setenta e a década de oitenta, a partir do qual a sociedade civil de países governados por ditaduras no sul da Europa e América Latina sai às ruas para exigir a mudança de regime. Atualmente se está vivendo uma nova fase deste processo, especialmente nos países ocidentais democráticos, na qual a mobilização cidadã não visa uma ruptura com o regime, mas almeja fundamentalmente ganhos para a coletividade, como a recuperação de espaços públicos (praças, escolas, ruas), o aprimoramento de serviços sociais e a melhoria da qualidade de vida da comunidade.

Algumas destas experiências desenvolvem-se distantes da esfera estatal. São as ações referentes a trabalhos voluntários, ONGs ou diferentes tipos de organizações coletivas de caráter

social vinculadas a comunidades religiosas, grupos empresariais, associações culturais, etc, que, mesmo recebendo recursos públicos, ocorrem independente da vontade dos dirigentes estatais. Outras experiências nascem fundamentalmente pela mão do Estado, na maioria das vezes articulado com a sociedade civil, e visam tomar um espaço jamais conquistado na esfera pública liberal, a da participação nas estruturas de governo. Estas propostas, geralmente, são chamadas de democracias participativas ou de inclusão dos cidadãos na gestão pública, como é o caso do orçamento participativo de Porto Alegre.

3. O QUE É E COMO FUNCIONA O ORÇAMENTO PARTICIPATIVO DE PORTO ALEGRE

Sinteticamente, pode-se dizer que O Orçamento Participativo é um processo através do qual a população, em assembleias que se dão em torno de uma temática, ou acerca de uma determinada região da cidade, indica prioridades e elabora demandas específicas (em geral por obras ou serviços públicos) que serão convertidas em modificações no Orçamento Municipal para viabilizar sua execução. Esta seção do artigo procura explicar como esse processo se dá. Para tal, ela está dividida em duas subseções: Na subseção 1.1. “As instituições do OP”, explicaremos quais são os órgãos e instâncias relevantes para o processo e seus respectivos papéis. Na subseção 1.2. “O Ciclo do OP” explicaremos os detalhes do processo do Orçamento Participativo na ordem em que se sucedem, fazendo referência aos órgãos enumerados na subseção anterior a essa.

3.1. As instituições do OP

Aqui apresentamos as instâncias segundo o critério de Boaventura de Sousa Santos (2003b) qual seja, divididas em Instâncias Comunitárias (a população), Instâncias da Administração Municipal (a prefeitura e suas secretarias) e Instâncias Institucionais de Participação (grosso modo, o OP propriamente dito, que tem por objetivo transferir poder decisório das Instâncias de Administração Municipal para as Instâncias Comunitárias) .

3.1.1. Instâncias Comunitárias

A população que participa do OP é composta não só por pessoas que, de forma individual, procuram envolver-se no

processo, mas também por integrantes de associações. Embora não exista nenhuma vantagem em participar do OP desta forma, o número de organizações envolvidas no processo, historicamente, vem sendo substancial. A respeito disso os dados de Luciano Fedozzi (2007) indicam que a “Frequência Relativa da Participação do Público do OP em Entidades” vem caindo, mas ainda era de 56,9% em 2005. Ainda referente ao ano de 2005, o mesmo artigo indica que as entidades com mais participação são associações de bairro (54,6% dos envolvidos) seguidas por movimentos sociais e ONGs (15,6%). Acreditamos que isso é explicável através do conceito de tradição associativa (Lüchmann, 2003, Lüchmann, 2006) entendido como “[...] a densidade da rede de relações e organizações no campo social.” (Lüchmann, 2006: 166). A idéia da tradição associativa como uma das variáveis relevantes para o sucesso (ou fracasso) das experiências de participação popular está amplamente disseminada na literatura e Fedozzi parece sustentar que em Porto Alegre esta variável desempenhou um papel importante quando da consolidação do OP. É o que nos sugere o trecho a seguir:

Como se sabe a criação do OP contou com uma base associativa das camadas populares em Porto Alegre com densidade e diversidade significativa, sendo esse um dos fatores que provavelmente influenciou a qualidade adquirida pelo processo de co-gestão na cidade. (Fedozzi, 2007: 30)

Instâncias da Administração Municipal

Embora o executivo municipal como um todo participe do processo fornecendo infra-estrutura, assessoramento técnico e informações, existem basicamente quatro instâncias principais com papel ativo no OP: Em primeiro lugar, cabe citar os Coordenadores Regionais do OP (CROPs) e os Coordenadores Temáticos do OP (CTs), cuja função é acompanhar o processo de discussão do OP, junto as Instâncias Institucionais de Participação correspondentes. As outras duas instâncias são secretarias da própria prefeitura, quais seja, a Secretaria Municipal de Coordenação Política e Governança Solidária Local (responsável pelo processo do Orçamento Participativo nas relações políticas e comunitárias) e o Gabinete de Programação Orçamentária (responsável por elaborar a

proposta orçamentária, a Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO), o Plano Plurianual e o Plano de Investimento e Serviços, a partir das demandas das comunidades e das propostas das secretarias).

Instâncias Institucionais de Participação

As instâncias básicas de participação popular são as assembleias regionais e temáticas. Para participar de uma das 17 assembleias regionais é necessário possuir no mínimo 16 anos, inscrever-se e ser morador da região em questão. Para participar de uma (ou mais) das 6 assembleias temáticas basta possuir no mínimo 16 anos e inscrever-se. Essas assembleias tem três atribuições principais: definir e ordenar as prioridades e demandas regionais e temáticas, eleger os componentes dos Fóruns Regionais e Temáticos de Delegados (à proporção de 1 delegado a cada 10 participantes) e do Conselho do Orçamento Participativo (2 conselheiros titulares e dois suplentes por região ou temática), e avaliar o desempenho do executivo (Santos, 2003b). É importante destacar que nos fóruns de delegados e no COP, segundo dados de Fedozzi (2007), a “Frequência Relativa da Participação do Público do OP em Entidades” é muito maior do que nas assembleias. Em 2005 ela foi de 85,4% para os delegados e 93,1% para os conselheiros, o que reforça a importância da tradição associativa no OP/POA. Quanto a essas instâncias, cabe uma citação

Os delegados funcionam como intermediários entre o COP e os Cidadãos, individualmente ou como participantes das organizações comunitárias e temáticas. Também supervisionam a implantação do orçamento. Os conselheiros definem os critérios gerais que presidem ao escalonamento das exigências e à distribuição dos fundos e votam a proposta do plano de investimento apresentada pelo executivo (Santos, 2003b: 471)

3.2. O ciclo do OP

3.2.1. Março e Abril: Ocorrem reuniões para a articulação e preparação nas regiões, microrregiões, temáticas e etc. Sendo a pauta: Prestação de Contas Referente ao Ciclo Anterior; Apresentação do PI, do Regimento Interno, dos Critérios Gerais e Técnicos de Escalonamento e dos Critérios para Chapa de Conselheiros; Discussão de Prioridades Temáticas; E sugestão de prioridades e demandas via internet.

- 3.2.2.** Abril e Maio: Neste período se dão as grandes plenárias regionais e temáticas, nas quais são eleitas as prioridades, bem como os conselheiros, além de haver a definição do número de delegados e a continuidade do processo de prestação de contas.
- 3.2.3.** Maio a Julho: Continua o processo de assembleias regionais e temáticas e ocorre a eleição dos Delegados, que visitam os locais das demandas solicitadas para conhecimento (quando aplicável). Neste período há a hierarquização das Obras e Serviços e a Deliberação, por parte do fórum de delegados, das demandas enviadas via Internet .
- 3.2.4.** Julho (primeira quinzena): Ocorre a Assembleia Municipal, na qual há reunião de todos os participantes do OP. Nessa assembleia, dá-se a posse dos novos conselheiros a entrega da hierarquização das obras e serviços e discussão de temas de caráter geral.
- 3.2.5.** Julho a Setembro: Análise técnico-financeira das demandas e montagem da matriz orçamentária.
- 3.2.6.** Agosto e Setembro: O COP vota a Matriz Orçamentária e inicia a distribuição de recursos para as regiões e temáticas.
- 3.2.7.** Outubro a Dezembro: Ao longo desses três meses dá-se o detalhamento do PI e sua apresentação aos fóruns de delegados regionais e temáticos, para votação. O processo ocorre com a presença da Secretaria Municipal de Coordenação Política e Governança Local e do Gabinete de Programação Orçamentária, entre outros órgãos da administração municipal.
- 3.2.8.** Novembro e Dezembro: Os fóruns de delegados discutem alterações no Regimento Interno, bem como nos critérios gerais e técnicos do OP.
- 3.2.9.** Janeiro: Ocorre a votação das propostas decorrentes das discussões ocorridas no período anterior e o processo do OP, no que se refere ao ciclo corrente, está terminado.
- 3.2.10.** Fevereiro: O COP entra em recesso e o Ciclo recomeçará em Março, desde a primeira etapa.

4. REPRESENTAÇÃO E PARTICIPAÇÃO NO OP/POA

Pelo próprio caráter do COP (uma instância representativa no interior de um mecanismo de participação) é necessário que se faça uma discussão em torno desses conceitos, e da forma como

eles se articulam, tanto na teoria, quanto empiricamente, no contexto da experiência estudada. Entretanto, antes de envolvermos em um debate mais complexo, cumpre estabelecer os significados dos conceitos em jogo. Não nos dedicamos a isso com a intenção de definir de forma fechada o que é representação e o que é participação, mas sim com a intenção de dar uma idéia simples do que sejam, com o propósito de balizar o debate que trazemos a seguir.

Nesse sentido, cabe a referência ao artigo de Pitkin “O Conceito de Representação”, desenvolvido a partir de seu livro homônimo cuja relevância o fez ubíquo nas bibliografias de obras concernentes ao tema. É possível identificar no pensamento da autora, através desse artigo, sentidos básicos tanto para representação quanto para participação, quais sejam: representação entendida como agir por outros e participação entendida como agir diretamente, sem intermédio de representantes (Pitkin, 1967: 10 e 11).

Embora o conceito de participação possa ser problematizado, bem como as razões pelas quais ela é desejável e as formas que ela deve assumir, a participação em si tem uma característica que a torna, ao menos nesse aspecto, mais simples do que a representação: agir de acordo com as próprias opiniões, perspectivas e interesses é bem menos problemático do que tentar representar as opiniões, perspectivas e interesses de outrem. Quando falamos em representação nos defrontamos com debates complexos a respeito da dificuldade que há no artificialismo de tentar tornar presente algo que, em verdade, está ausente. Esses debates, na maioria das vezes, são discutidos tendo em mente o processo representativo na democracia liberal clássica. Tentamos, aqui, aproximá-los do contexto do COP/POA.

Uma das discussões básicas da representação gira em torno do problema “delegado VS fiduciário”, isto é, se o representante deve agir de acordo com as diretrizes de seu eleitorado (delegado) ou de forma autônoma, de acordo com seu entendimento das circunstâncias políticas (fiduciário). Pitkin sustenta que este debate está mal colocado, cada um dos lados estando, a sua própria maneira, correto. Para a autora, um bom representante deve fazer avaliações independentes, para antecipar aquilo que o eleitorado deseja (Pitkin *apud* Marion Young, 2006). Nesse sentido, poder-se-ia dizer que representantes absolutamente fiduciários não

parecem ser de forma alguma representantes de fato, enquanto que, uma representação de tipo exclusivamente delegada exclui do processo político todos aqueles que votaram em candidatos não-eleitos.

No Orçamento Participativo existem duas instâncias institucionalizadas de representação: O COP e os Fóruns de Delegados. Uma vez que o princípio legitimador do OP é dar voz à população, os representantes dela no interior do processo devem estar situados o mais próximo possível do pólo delegado (o que é, por certo, verdadeiro para os delegados). No caso dos conselheiros, parece claro que eles são muito semelhantes aos representantes retratados por Pitkin, com a vantagem de que não é necessário a eles antecipar os desejos da população, já que o desenho institucional do OP os agracia com as demandas e prioridades vindas das assembleias, cabendo a eles apenas hierarquizá-las segundo critérios técnicos e votar uma matriz orçamentária capaz de viabilizar sua execução. Assim, o Conselheiro é um delegado na dimensão do que deve fazer, mas um fiduciário na dimensão de como fazê-lo, até por que os participantes das assembleias não possuem o conhecimento técnico que os conselheiros recebem durante seus cursos de preparação, e que os permite lidar com as minúcias técnico-burocráticas do processo. Aliás, essa é uma das razões que torna possível a hipótese do controle externo do OP, suscitadora deste artigo. É para evitar que os conselheiros abusem de sua autonomia relativa que os delegados têm também a função de olhos e ouvidos da população no COP, atuando como fiscais.

Ao nos referirmos ao conselho e aos delegados, falamos em instâncias institucionalizadas, pois entendemos que, nas próprias assembleias, freqüentemente se dá um processo de representação de uns participantes por outros, já que a maioria dos integrantes alega nunca falar mesmo tendo tal direito (Fedozzi, 2007: 28). Parece seguro supor que aqueles que falam, ocasionalmente pretendam representar os que não o fazem. A hipótese de que a representação possa ocorrer em grandes assembleias encontra-se, por exemplo, em Young (2006) embora a autora não faça referência específica ao OP nesse ponto.

É necessário considerar ainda que a representação não é a mera ação de substituir outrem, mas um processo complexo, um relacionamento diferenciado entre os atores políticos engajados (Young, 2006: 143). Nesse sentido não são representadas

meramente as vontades do eleitorado, e sim, “opiniões, perspectivas e interesses” (palavras que usamos anteriormente nessa sessão, não por acaso). Interesses e opiniões são conceitos relativamente transparentes (aquilo que afeta ou é importante para os representados, e os princípios e valores condicionantes de sua visão política assumidos por esses, respectivamente). Entretanto Young concentra-se na representação de grupos estruturais (ex: negros, mulheres, pobres, homossexuais), nos quais os indivíduos estão posicionados, sem que suas identidades sejam por isso determinadas – e o reconhecimento da não-determinação dessas identidades torna claro que esses indivíduos não necessariamente compartilham dos mesmos interesses e opiniões. É aí que entra o conceito inovador da autora de Perspectiva Social, qual seja, histórias, experiências e compreensões sociais derivadas dos diferentes posicionamentos estruturais dos indivíduos ou, dito de outra forma, os significados e relacionamentos sociais com os quais as pessoas posicionadas de determinada forma nas estruturas sociais se confrontam (Young, 2006: 161). Assim, representar a perspectiva social das mulheres, por exemplo, não é apresentar-se nos órgãos de representação com opiniões fechadas a respeito da questão da mulher, mas sim suscitar a discussão do tema nesses espaços.

Sobre grupos estruturais no OP, pode-se mais uma vez recorrer a análise estatística de Fedozzi (2007), na qual o autor busca traçar o “Perfil do Participante do OP”, no ano de XX dedicando-se a analisar, entre outras, as estatísticas étnico-raciais, etárias, de grau de instrução, de gênero e de renda. Nesse sentido também cabe citar Pereira et al (2006) com o enfoque na questão da participação do negro e Gugliano et al (2007) com o enfoque na questão da participação da mulher. Essas análises são relevantes não só pelos dados que trazem, mas também pela revisão bibliográfica a respeito das problemáticas relacionadas aos grupos estruturais específicos a que se referem.

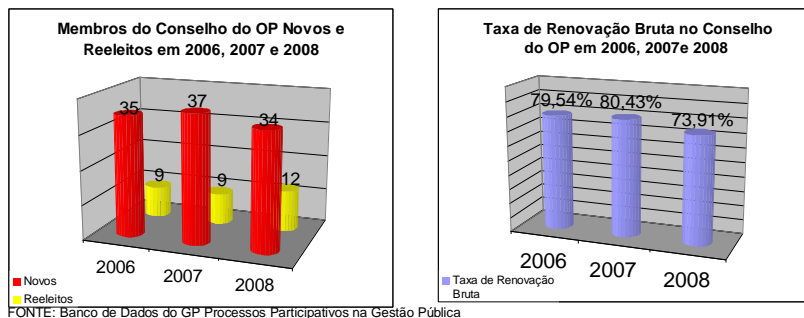
Complementando essas discussões faz-se necessário analisar em que medida as temáticas da mulher e do negro estão sendo discutidas no OP. As evidências que temos nesse sentido são as prioridades temáticas eleitas nas assembleias, e no período relevante para nosso estudo (2005-2008) elas indicam a ausência das discussões de gênero e étnico-racial dentro do processo. Embora seja possível que essas problemáticas sejam

eventualmente discutidas dentro de temáticas mais amplas, a ausência delas como prioridades e (por que não dizê-lo?) como temáticas específicas contribui para não lhes dar o merecido destaque.

Estamos insistindo nesse ponto, isto é, nas questões étnico-racial e de gênero, por que acreditamos que elas exemplificam a forma pela qual a problemática da representação das perspectivas se coloca no OP. Se as representações de interesses e opiniões encontram-se teoricamente garantidas, graças ao desenho institucional do OP, o mesmo não ocorre com a representação de perspectivas sociais. Embora o OP tenha contado com 20% de negros (Pereira et al, 2006) e 57,12% de mulheres (Gugliano et al, 2007) em 2005 (ambas porcentagens próximas daquelas encontradas na população da cidade), e embora a essas mulheres e a esses negros certamente se imponham certas perspectivas sociais de seus grupos, o Orçamento Participativo não lhes oferece um espaço para discuti-las de forma específica. Resta apenas a possibilidade de lançar uma perspectiva feminina, ou uma perspectiva negra, sobre os temas correntes do OP. Pode-se facilmente concluir que, uma vez que as perspectivas sociais de alguns grupos não têm espaço específico nem mesmo nas instâncias de participação do OP, sua representação pelo COP e pelos fóruns de delegados torna-se prejudicada.

Embora saibamos que essa breve discussão teórica certamente não abarca por completo os diversos debates que se erguem em torno do conceito de representação, acreditamos que ela seja suficiente para explorar os aspectos mais relevantes para problematizar a representação no interior da experiência de participação em questão. Uma vez levantadas essas discussões, passamos ao próximo ponto: a exposição, interpretação, e análise dos dados a respeito da renovação dos membros do COP.

5. DADOS E DISCUSSÃO



Neste artigo, escolhemos trabalhar com a *taxa de renovação bruta* para nossa análise estatística, com uma caracterização bastante próxima da elaborada por Wanderley Guilherme dos Santos. Pode-se dizer de forma simples que, neste artigo, consideramos a *taxa de renovação bruta* enquanto a porcentagem de cadeiras ocupadas por conselheiros novos no ano em questão, entendendo-se por “novos” aqueles que não faziam parte do conselho no ano anterior. Embora essa construção não corresponda precisamente à fórmula utilizada nos estudos que tratam do poder legislativo, o resultado é matematicamente o mesmo, o que abordaremos em detalhes mais adiante. O gráfico da direita traz as informações dessa porcentagem para os anos de 2006, 2007 e 2008 e o gráfico da esquerda mostra a composição do Conselho nestes mesmos anos¹. Os nomes dos conselheiros foram comparados ano a ano para obter os números acima, levando em consideração apenas os conselheiros titulares.

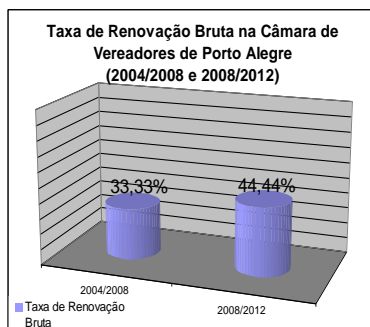
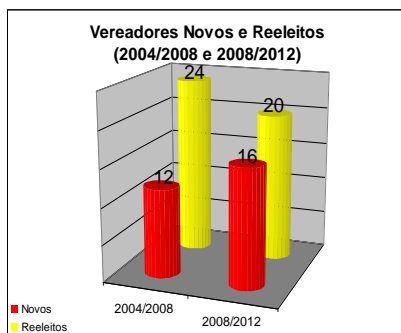
Na introdução deste artigo, qualificamos uma possível estagnação do COP de “catalisadora potencial de um controle externo”. Para explicar tal afirmação, cabe aqui uma analogia. Em qualquer nível, o governo executivo busca possuir uma base governista no legislativo. Se conseguir estabelecer uma maioria, a tendência é que ela se mantenha ao longo de todo o governo (já que não ocorrem novas eleições para o legislativo durante um mesmo mandato do executivo). Imaginando que o executivo municipal

¹ O ano de 2005 foi excluído da análise, uma vez que a composição do conselho naquele ano serve para o cálculo da Renovação Bruta no ano de 2006.

busque constituir algo semelhante a uma base governista no Conselho do OP, ele pode deparar-se com duas situações bem distintas, quais sejam: um conselho com uma composição estável (o que ofereceria ao governo a possibilidade de constituir uma maioria duradoura), ou um conselho com altos índices de renovação (o que importaria ao executivo o problema de ter de renegociar seus apoios e rearticular-se com o COP a cada ano).

Parece evidente que os índices apresentados acima, na casa dos 70% e 80%, aproximam-se muito mais da segunda situação do que da primeira. É altamente improvável que o executivo não necessite de uma rearticulação com o conselho todo ano, sob essas condições (na verdade, qualquer índice de renovação bruta acima de 50% provocaria essa situação).

Essa constatação não é, entretanto, o único parâmetro para qualificar esse índice de renovação como alto. Trazemos aqui um dado, de natureza ilustrativa, que serve para esclarecer melhor esse ponto. Veja a seguir gráficos contendo os mesmos dados que apresentamos no começo dessa seção, mas agora referentes à Câmara de Vereadores de Porto Alegre, tendo por base as eleições de 2004 e 2008 (isto é, as eleições que iniciam e terminam o primeiro mandato do prefeito Fogaça, nosso recorte temporal). Os nomes dos vereadores foram obtidos a partir de consulta direta a documentos oficiais da câmara e a dados eleitorais disponíveis online. Foram então tabulados e comparados, legislatura a legislatura, para obter os números a seguir. Exatamente como com o COP, apenas os titulares foram levados em consideração. A diferença é perceptível.



FONTE: Banco de Dados do GP Processos Participativos na Gestão Pública

Entretanto, cabe aqui dedicar algum espaço de tempo a problematizar a Renovação Bruta, esse índice aparentemente tão simples, que é na realidade composto por outros três índices menores (ou, dependendo de certas escolhas metodológicas, dois). Os conselheiros (ou parlamentares) não-reeleitos fazem parte de dois grupos bem distintos, quais sejam: os desistentes (aqueles que, por escolha própria, não se recandidataram) e os derrotados (aqueles que, mesmo se recandidatando, não obtiveram a vaga graças ao resultado das eleições). A renovação ocasionada pelas desistências dá-se o nome de Renovação Compulsória; e àquela ocasionada pelas derrotas, dá-se o nome de Renovação Líquida. Existe também um terceiro tipo de renovação, gerado pela criação de novas cadeiras no órgão estudado: trata-se da Renovação Vegetativa.

Cada um desses índices serve a um propósito analítico específico. A Renovação Compulsória é importante em análises de estratégias de carreiras de políticos, por mensurar exatamente quantos decidiram não se recandidatar. A Renovação Líquida é, de forma inversa, útil em estudos sobre comportamento eleitoral, por mensurar o quanto da renovação é fruto do voto. A Renovação Vegetativa permite diferenciar a renovação fruto de uma situação específica externa ao processo eleitoral (aumento de cadeiras) da renovação fruto do comportamento dos atores envolvidos.

Tanto à soma das Renovações Líquida e Compulsória, quanto à soma das Renovações Líquida, Compulsória e Vegetativa, costuma-se dar o nome de Renovação Bruta. Optamos por incluir a Renovação Vegetativa em nosso cálculo, uma vez que empregamos aqui a Renovação Bruta para mensurar a composição do conselho. O objetivo deste artigo não é determinar porque o COP apresenta índices tão altos de renovação. Para os fins almejados nesse estudo, basta saber que os apresenta. Feita essa breve discussão dos diferentes indicadores utilizados pra mensurar a renovação e explicitada nossa escolha metodológica, bem como os fatores que a motivaram, fica claro que o nosso cálculo (porcentagem de novos membros) e a fórmula consagrada como sendo a da Taxa de Renovação Bruta (porcentagem de desistentes, derrotados, e novas cadeiras) geram um resultado rigorosamente igual, uma vez que o conjunto de novos conselheiros corresponde precisamente ao conjunto de conselheiros que ocupou cadeiras novas, cadeiras de desistentes, e cadeiras de derrotados. A escolha de calcular a partir

da composição do próprio conselho deu-se por mera questão de praticidade.

Cabe ressaltar ainda, que esses altos índices de renovação não são uma prova de que não haja controle externo no OP, apenas uma evidência nesse sentido. Existem vários outros aspectos que devem ser estudados antes que seja possível declarar esse debate esgotado. É possível, por exemplo, dada a alta frequência da participação de conselheiros em entidades, que a renovação no COP possa ocultar uma situação na qual se elegem pessoas diferentes ligadas às mesmas entidades (deslocando as negociações que, imaginamos, ocorrem diretamente entre os conselheiros para as instituições às quais eles se encontram ligados). Também se deve pensar o impacto da atuação dos delegados como fiscais do conselho (terão os fóruns força política suficiente para impedir o controle externo?) e dos outros mecanismos de controle previstos no regimento interno.

5. CONCLUSÕES

Ao longo do artigo explicamos como funciona o OP, tecemos considerações acerca da forma que a representação assume no seu interior e analisamos a renovação bruta no Conselho. Ficou claro que o COP possui altas taxas de renovação, o que pode impor dificuldades ao executivo, se esse pretender exercer qualquer tipo de controle externo no OP através dos conselheiros.

O fato de considerarmos esta nossa análise uma contribuição ao (e não uma resolução do) debate acerca do controle externo do OP, para além de simplesmente reconhecer os limites deste trabalho, serve para sugerir caminhos para futuros estudos que possam contribuir com essa discussão. Conforme os pontos que enfatizamos na sessão anterior, esforços nesse sentido poderiam, por exemplo, se concentrar nas entidades às quais os conselheiros estão ligados, buscando acompanhar se há uma variação significativa delas ao longo dos anos, através de uma análise estatística, ou buscar analisar a atuação dos delegados como fiscais do COP, com uma metodologia qualitativa, observando o processo e utilizando-se de entrevistas.

No que diz respeito ao OP propriamente dito, reafirmamos o que dissemos anteriormente acerca da dificuldade que o processo impõe à representação de perspectivas. Para que o Orçamento Participativo possa aumentar seu poder de congregar e beneficiar os

grupos oprimidos, faz-se necessária a garantia de um espaço de discussão apropriado para as questões concernentes a esses grupos. A criação de uma nova temática do OP, visando esse assunto pode ser uma solução interessante, algo como “Raça, Gênero, Sexualidade e Opressão” ou, “Minorias e Preconceito” pode ser suficiente para suscitar a discussão desses temas no interior do processo, o que poderia resultar em uma valorização dessa discussão nas outras assembléias temáticas e regionais e em demandas por políticas públicas inclusivas.

Referências Bibliográficas

GARRETON, Manuel Antonio. Democratización y nuevas relaciones estado/sociedad en América Latina. In: GUGLIANO, Alfredo Alejandro. **Democracia en las Américas**. Pelotas, Educat, 2003.

GUGLIANO, A. A.; ORSATO, Andréia ; LOECK, Robson ; PEREIRA, André Luis . A inclusão das mulheres no OP de Porto Alegre. In: Anais do II Seminário Nacional Movimentos Sociais, Participação e Democracia, 2007, Florianópolis. Anais do II Seminário Nacional Movimentos Sociais, Participação e Democracia. Florianópolis: UFSC, 2007. v. 1. p. 1-18.

IANNI, Octavio. *A crise de paradigmas da Sociologia*. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, numero 3 ano 5 (junho 1990), p. 90-100.

LÜCHMANN, Lígia Helena Hahn. A Participação no Interior das Experiências de Participação. **Lua Nova**, 2007, n.70, pp. 139-170.

LÜCHMANN, Lígia Helena Hahn. Participação, Oportunidades e Interesses. **Civitas**, Porto Alegre, v. 6, p. 119-129, 2006.

O'Donnell, Guillermo; Schmitter, Philippe. **Transições do regime autoritário: primeiras conclusões**. Rio de Janeiro, Vértice/Ed. Revista dos Tribunais, 1988.

O'DONNELL, Guillermo. “Teoria democrática e política comparada”. **DADOS - Revista de Ciências Sociais**. Rio de Janeiro, vol. 42, nº 4, pp. 577-654, 1999.

PEREIRA, André Luis ; ORSATO, Andréia ; GUGLIANO, A. A. ; Robertt, Pedro ; LOECK, Robson . A gestão pública participativa e a inserção da população negra: uma análise sobre o Orçamento

Participativo de Porto Alegre (2005). In: **II ENCONTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS DA METADE SUL**. Pelotas : UFPel, 2006. p. 1-14.

PITKIN, Hanna Fenichel. O Conceito de Representação. In: **Política e Sociedade**. São Paulo: Ed. Nacional, 1967.

ROSENFELD, Denis. A democracia representativa e o Orçamento Participativo. In: **Condição humana e modernidade no Cone Sul**. Florianópolis: Cidade Futura, 1995.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Prefácio do Volume 1. In: **Democratizar a Democracia: os caminhos da democracia participativa**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003a.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Orçamento Participativo em Porto Alegre: Para uma Democracia Redistributiva. In: **Democratizar a Democracia: os caminhos da democracia participativa**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003b.

SANTOS, Wanderley Guilherme dos. Da Oligarquia à Poliarquia? Eleições e demanda por renovação parlamentar. **Sociedade e Estado**, Vol.XII, nº1, jan-jun 1997

SCHMITTER, Philippe; KARL, Terry. What democracy is... and is not. **Journal of Democracy**, v.2, n. 3, pp. 75-88, summer 1991

TOURAINÉ, Alain. As três dimensões da democracia. In: **O que é a democracia?** Petrópolis, Vozes, 1996. pp. 15-107

YOUNG, Iris Marion. Representação Política, Identidade e Minorias. **Lua Nova**, n. 67, p. 139-190, 2006.

BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A REPRESENTAÇÃO FEMININA NAS DEMOCRACIAS DA AMÉRICA LATINA

**GABRIELA KYRILLOS
SHEILA STOLZ***

Seria da opinião de reconciliar o poder executivo com o poder legislativo, pois me parece que um é tudo e o outro nada: deste talvez, é carregado, infelizmente a ruína do Império Francês. A estes dois poderes eu considero como o homem e a mulher que devem estar unidos, ser iguais na força e na virtude.

Olympe de Gouges, séc. XVIII.

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Em fevereiro do corrente ano, o UN-INSTRAW² realizou a Conferência: *Mujeres, Poder Local y Democracia: reflexiones y perspectivas*, sendo esta mais uma ação situada no contexto do projeto “Fortalecimiento de la Gobernabilidad, Género y Participación Política de las Mujeres en el Ámbito Local en América Latina”. Tendo como objetivo analisar a (ausência de) participação feminina nos governos latino-americanos, além de construir um significativo material com dados e informações, a UN-INSTRAW revelou em seu recente relatório que na América Latina, não passam de 8% os governos municipais que possuem uma mulher

* Gabriela Kyrillos é bolsista PIBIC/CNPq de Iniciação Científica. Acadêmica do curso de Ciências Sociais da Universidade Federal de Pelotas – UFPEL – e do curso de Direito da Universidade Federal do Rio Grande – FURG. Vinculada ao Núcleo de Pesquisa e Extensão em Direitos Humanos – NUPEDH (FURG) e ao Grupo de Pesquisa Processos Participativos na Gestão Pública – PPGP (UFPEL).

Sheila Stolz é professora da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande – FURG. Doutoranda em Direito pela Universitat Pompeu Fabra–UPF, Barcelona, Espanha. Mestre em Direito. Coordenadora Geral do Núcleo de Pesquisa e Extensão em Direitos Humanos –NUPEDH (FURG). Pesquisadora do Grupo de Pesquisa Processos Participativos na Gestão Pública – PPGP – da Universidade Federal de Pelotas.

² United Nations International Research and Training Institute for the Advancement of Women.

como líder. Além disso, o Latino Barômetro divulgou o preocupante resultado sobre o índice de apoio à democracia que caiu de 58% em 2006 para 54%, em 2007 na América Latina. Por outro lado, algumas realidades pontuais já possuem números expressivamente melhores, chegando a 40% a taxa de representantes mulheres em nível nacional.

Considerando que estamos abordando um amplo leque de países, que apesar de semelhanças, possuem também grande diversidade cultural, histórica, política e social, entre outras, optamos por selecionar apenas três Estados latino americanos para compor uma melhor visualização no que tange a participação feminina nos respectivos governos. Iniciando uma análise sobre a Argentina, o Equador e o Brasil, esperamos conseguir compreender como se encontram esses países no que tange a igualdade de gênero em suas democracias. Para isso, após breve retomada conceitual, analisaremos as Constituições Federais desses países, dados estatísticos e as legislações suplementares que tratem da participação feminina. Por considerarmos que um sistema democrático está em constante construção e/ou transformação, entendemos ser imprescindível realizar análises quanto a sua efetividade, como uma das formas possíveis de promover os princípios éticos universais dos Direitos Humanos e, portanto, consolidar o Estado Democrático de Direito que se pretende.

2. ELUCIDANDO CONCEITOS

Ainda que não seja o único, a participação política é um aspecto fundamental da cidadania e, como tal, basilar para a construção de uma sociedade democrática. Como afirma Céli Pinto: “a cidadania é exercida fundamentalmente na esfera pública, na esfera que garanta uma igualdade mínima entre as pessoas: igualdade perante a lei” (PINTO. 2004) Encontrar um conceito “adequado” de democracia é uma tarefa árdua sobre a qual não é aqui cabível nos atermos, porém, precisamos construir alguns pressupostos teóricos segundo os quais será baseada toda a explanação.

Se nos remetemos à etimologia da palavra democracia: *demos* (povo) e *kratos* (governo-poder), esta parece ser uma tarefa simples. Neste sentido, democracia é o governo-poder do povo. Não obstante, a definição etimológica nos diz muito pouco quando

pensamos em nossas heterogêneas e complexas sociedades. Partimos do pressuposto teórico segundo o qual:

Em sentido formal, democracia é um sistema de organização política em que a direção geral dos interesses coletivos compete à maioria do povo, segundo convenções e normas jurídicas que asseguram a participação efetiva dos cidadãos na formação do governo. Em sentido substancial, (...) democracia é um ambiente, uma ordem constitucional, que se baseia no reconhecimento e na garantia dos direitos fundamentais da pessoa humana. (MALUF, 2007)

Para Aristóteles, a democracia é uma forma de governo degenerada³, na qual a maioria detém o poder de mando, porém não visa diretamente os interesses coletivos, mas sim os interesses dessa maioria – visto que a mera soma das vontades de um corpo social não representa necessariamente “o melhor” para o a coletividade. Se analisarmos suas considerações, sob a ótica da realidade vigente, estaremos diante de um paradigma dos atuais sistemas democráticos: o de que forma este sistema de organização política – fundamentado na defesa dos interesses da maioria – poderá representar de forma legítima os anseios das minorias?

Pensa-se, por exemplo, que justiça é igualdade – e de fato é; embora não o seja para todos, mas somente para aqueles que são iguais entre si; mas também se pensa que a desigualdade pode ser justa, e de fato pode, embora não para todos, mas somente para aqueles que são desiguais entre si; os defensores dos dois princípios, todavia, omitem a qualificação das pessoas às quais

³ A forma *correta/positiva* de Governo onde um grande número (maioria) da população participa e detém o poder de decisão é o *Governo Constitucional*, que tem por finalidade o bem coletivo.

eles se aplicam, e por isso julgam mal.
(Aristóteles, 1985.)

Desta forma, o próprio Aristóteles nos auxilia na busca por uma democracia efetivamente *democrática*. Se bem seja inegável o legado da filosofia clássica greco-romana, a forma como contemporaneamente se entende a democracia mudou de forma substancial, pois a configuração de nossas sociedades, bem como a concepção mesma de pessoa humana, são radicalmente diferentes de outras formas históricas vigorantes e por que não dizer, mais abrangentes e inclusivas – se não na prática pelo menos conceitualmente.

Sendo a democracia a forma de organização política que temos vigente nos três países centrais dessa análise – Argentina, Brasil e Equador – partiremos da noção básica de que a democracia se fundamenta no respeito, salvaguarda e promoção dos Direitos Humanos e d@s cidadãs/cidadãos. Neste sentido, cabe recordar, seguindo STOLZ que “El Estado, desde sus orígenes históricos, institucionalizó y todavía sigue institucionalizando lo que se puede llamar de exclusión interna, eso es, la exclusión de todo el individuo considerado diferente (...)”. Quando o Estado trata a tod@s de maneira igualitária, sendo este “todo” composto por pessoas desiguais, está se distanciando do princípio de justiça que fundamentou às lutas por igualdade. Têm-se então uma forma distinta de lutar por justiça, que mesmo tendo relação com o trecho de Aristóteles, atualmente traz consigo uma conotação diferenciada:

igualdade é um conceito político que supõe a diferença. Segundo ela, não há sentido em se reivindicar a igualdade para sujeitos que são idênticos, ou que são os mesmos. Na verdade, reivindica-se que sujeitos diferentes sejam considerados não como idênticos, mas como equivalentes. (SCOTT, *apud* LOURO, 1997.)

É neste aspecto que se diferencia o princípio da igualdade existente na atualidade do que foi preconizado por Aristóteles aproximadamente 300 a.C., pois ali não se estava considerando equivalentes os desiguais, mas sim apenas afirmando suas diferenças para, dessa forma, justificar as desigualdades existentes

na sociedade de sua época. Como exemplo disso podemos citar a questão da mulher e sua evolução histórica, e as idéias preconizadas por Aristóteles, Rousseau, Maquiavel, dentre muitos outros, era considerada como um ser incapaz de ser ou tornar-se um indivíduo pensante autônomo. Sendo assim, não era apenas algo natural, como também desejável, que homens e mulheres fossem tratados de maneira diferente. Na contemporaneidade as discussões de gênero⁴ têm um enfoque bastante diferenciado. A luta por tratamento igualitário não se restringe ao plano formal, nem se fundamenta na idéia de que homens e mulheres são iguais, muito pelo contrário, se afirma na luta pelo respeito as diferenças e valorização das mesmas, distanciando a concepção de que o masculino era, ou deveria ser, paradigma ao feminino.

3. TRÊS PAÍSES DA AMÉRICA LATINA

3.1. Argentina

A República Argentina, bem como o Brasil, possui um lamentável histórico de violação dos Direitos Humanos. Totalizando seis golpes militares no período de 1930 a 1983, a Argentina esteve por significantes períodos, distante dos pressupostos democráticos

⁴ Segundo Sheila Stolz "(...) não se entende a noção de gênero, freqüentemente confundida com a noção de sexo. O sexo pode ser definido como aquele conjunto de características físicas, biológicas e corporais com as quais nascem homens e mulheres. Já o gênero é aquele conjunto de acordos sociais, tácitos ou explícitos, a partir dos quais a sexualidade biológica transforma-se em um produto da atividade humana. Em outras palavras, o gênero diz respeito aos diferentes 'papéis', qualidades, condutas, direitos, responsabilidades que devem assumir homens e mulheres em uma comunidade. E, como tal, a identidade de homens e mulheres será distinta conforme a realidade histórica, religiosa, econômica, social e cultural de que se trate. Desta forma, o uso do termo gênero, ao mesmo tempo que reconhece a identidade subjetiva de homens e mulheres, também é capaz de abarcar as relações de desigualdade intrínsecas ao mesmo, enfatizando, desta forma, outras dimensões geradoras de diferenças e discriminação, tais como a etnia, raça, casta, classe social, condição rural ou urbana, capacidade física e/ou mental, idade, estado civil, nível educacional e/ou posição no interior da família, e que necessitam ser enfrentadas e eliminadas das sociedades contemporâneas que pretendam ser igualitárias e justas". STOLZ, Sheila. O Direito a não ser discriminado por razão de gênero segundo a Scottish Court of Session: Apreciação de um Precedente Judicial. Porto Alegre: **Revista Eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região**, Edição Especial nº 07, 2006, pp. 17-25, p. 22.

que hoje são basilares na sua organização sócio-política. A Carta Magna vigente prevê em seu artigo 37, que:

Esta Constitución garantiza el pleno ejercicio de los derechos políticos, con arreglo al principio de la soberanía popular y de las leyes que se dicten en consecuencia. El sufragio es universal, igual, secreto y obligatorio.

La igualdad real de oportunidades entre varones y mujeres para el acceso a cargos electivos y partidarios se garantizará por acciones positivas en la regulación de los partidos políticos y en el régimen electoral.

Desta forma, o texto constitucional já nos remete a possibilidade (e a necessidade) de ações afirmativas como forma de promoção da equidade de gênero na participação política. O sistema eleitoral de lista fechada⁵, não é por si só, um fator propulsor à participação feminina. Mas a sua utilização juntamente com outra lei (de caráter afirmativo) garantiu maior concretização das determinações constitucionais. Esta segunda norma determina que nas listas partidárias, a cada três candidat@s inscrit@s, ao menos uma deverá ser mulher. Isso porque, de nada adiantariam listas prévias, se a candidatura feminina, especialmente neste tipo de sistema, fosse relegada constantemente às últimas posições, caracterizando a permanente exclusão das candidatas.

É inegável o caráter precursor de defesa da participação das mulheres na esfera política na Argentina, mesmo sendo questionável o grau de efetividade das cotas foi por meio destas que, em 1991, a Argentina se tornou o primeiro país latino americano a utilizá-las, iniciando uma batalha pelo fim das desigualdades de gênero, para além da esfera formal, repercutindo posteriormente nas legislações aprovadas em vários países da América Latina, dentre eles o Brasil. Temos na Argentina atualmente 40 % de deputadas e 37% de senadoras – possivelmente um dos melhores índices neste contexto – além de

⁵ Sistema no qual cada partido controla o posicionamento dos seus candidatos na sua lista, o número de votos recebidos pelo partido será o fator decisivo quanto ao número de candidatos da lista que serão eleitos – dessa forma, todos os candidatos trabalham juntos durante o período eleitoral, para maximizar suas chances pessoais.

possuírem como líder do poder executivo, pela segunda vez na história do país, uma mulher, algo ainda pouco comum, não apenas nas Américas.

3.2. Equador

O Equador foi o primeiro país da América Latina a legalizar o voto feminino – em 1929. A sua Constituição é a mais recente dos três países que serão analisados neste *paper*, data de 2008 e foi fruto de um longo processo, tendo inclusive passado pela consulta popular, via referendo. Uma das inovações está na própria escrita de seu texto, tendo sido todo ele direcionado e redigido preocupando-se com a linguagem e as questões de gênero, evitando a comum generalização no masculino. Consideramos válida esta iniciativa, pois partimos do princípio segundo o qual a linguagem faz parte da construção social, e generalizar utilizando-se como base o masculino como equivalente a “universal” contribui, uma vez mais, para a invisibilização das mulheres.

Dentre inúmeros artigos que tratam da participação política, o texto constitucional faz referência expressa a necessidade de uma representação equânime entre os sexos, como vemos quando em seu artigo 65, que afirma que:

El Estado promoverá la representación paritaria de mujeres y hombres en los cargos de nominación o designación de la función pública, en sus instancias de dirección y decisión, y en los partidos y movimientos políticos. En las candidaturas a las elecciones pluripersonales se respetará su participación alternada y secuencial. El Estado adoptará medidas de acción afirmativa para garantizar la participación de los sectores discriminados.

Desta forma, o Equador também assume constitucionalmente o compromisso com a paridade de gênero na esfera política. Ademais, traça diretrizes para os partidos e as organizações políticas, como expresso no artigo 108:

Los partidos y movimientos políticos son organizaciones públicas no estatales, que constituyen expresiones de la pluralidad

política del pueblo y sustentarán concepciones filosóficas, políticas, ideológicas, incluyentes y no discriminatorias. Su organización, estructura y funcionamiento será democráticos y garantizarán la alternabilidad, rendición de cuentas y conformación paritaria entre mujeres y hombres en sus directivas. Seleccionarán a sus directivas y candidaturas mediante procesos electorales internos o elecciones primarias.

Em 2000, diante de uma significativa reforma eleitoral, o Equador aderiu às leis de caráter afirmativo com a elaboração de propostas que tornavam obrigatória a representação de ambos os sexos nas eleições. Em média estava destinado as mulheres a porcentagem de 30%; ainda que este valor variasse de acordo com o número de candidat@s que o partido inscrevesse em cada disputa eleitoral. Mediante o VI Censo de Población e V Censo de Vivienda, de novembro de 2001, o Informe Bianual del Ecuador para la Trigésima Primera Asamblea de Delegadas de La CIM: 2000-2002, trouxe significantes contribuições sobre a situação das mulheres na esfera política. Afirmou que houve avanços importantes – inclusive os da esfera jurídica – mas que ainda encontram-se limitações significativas reveladas pelos dados quantitativos levantados pelas pesquisas a seguir relacionadas. Como podemos visualizar nas tabelas abaixo, que apresentam o percentual de mulheres nos respectivos postos de decisão:

QUADRO 1
FUNÇÃO EXECUTIVA

CARGO	1996	1998	2000
Ministras	23.1	20.6	13.3
Subsecretarias	4.4	3.3	10.45
Directoras	8.9	19.2	10.4

Fonte: Liderazgo de Mujeres y Hombres julio 2002, elaborado por CECIM – O estudo ocorreu em Quito, Guayaquil e Cuenca.

QUADRO 2
FUNÇÃO LEGISLATIVA

CARGO	1996	1998
Diputadas	4.8	12.2

Fonte: Liderazgo de Mujeres y Hombres julio 2002, elaborado por CECIM.

QUADRO 3
GOVERNOS LOCAIS

CARGOS	1996	2000
Alcaldes	0.0	2.6
Concejales	8.2	30.0
Prefectos	0.0	0.0
Consejeras	5.0	18.0
Juntas Parroquiales	-----	24.9

Fonte: Liderazgo de Mujeres y Hombres julio 2002, elaborado por CECIM.

Desta forma, podemos observar que as desigualdades de gênero ainda são visíveis no Equador, o que justifica ainda mais, a preocupação do constituinte em propor ações que se efetivem as transformações necessárias.

3.3. Brasil

O Brasil, terceiro e último país a ser analisado, ainda apresenta um grande atraso no que concerne a efetivação da participação feminina na esfera política. Ainda que as mulheres representem 51,7% do eleitorado do país, temos todavia um sub-representação feminina, como podemos visualizar no quadro abaixo, que:

Câmara Federal Total de 513 deputad@s	Senado Federal Total de 81 senador@s
46 mulheres	10 mulheres
8,97%	12,34%

Apesar de ainda ser muito incipiente a participação das mulheres, também é correto destacar que gradativamente ela vem aumentando, circunstância que passou a ocorrer principalmente a partir de 1998⁶. Foi somente nas eleições de 2002 que atingiu-se a marca de 42 deputadas eleitas, ultrapassando assim a casa dos 8%. Temos no Poder Executivo, situação ainda mais lamentável, pois a participação das mulheres fica em 11,11% governadoras (3 eleitas em 2006) e 9,06% prefeitas (503 prefeitas eleitas em 2008).

A lei de cotas surgiu no Brasil com o escopo de incentivar a participação das mulheres. Com isso, criou-se em 1995, como fruto do projeto de lei da então deputada Marta Suplicy, a primeira lei de cotas, a qual estabelecia que cada legenda partidária mantivesse 20% das vagas existentes para candidatura de mulheres. Ademais, sua finalidade era reduzir a sub-representatividade política das mulheres nas Câmaras Municipais nas eleições de 1996, porém, os partidos conquistaram o direito de aumentar o número de cadeiras em disputa de 100% para 120%, provavelmente, com o intuito de não diminuir o número de candidatos.

Assim explicitava a Lei nº9.100/95:

Art. 11. Cada partido ou coligação poderá registrar candidatos para a Câmara Municipal até cento e vinte por cento do número de lugares a preencher.

§ 3º Vinte por cento, no mínimo, das vagas de cada partido ou coligação deverão ser preenchidas por candidaturas de mulheres.

Em 1997, foi promulgada a Lei nº 9.504 que alterava a legislação eleitoral. Com ela, as mulheres conquistaram um pouco mais de espaço no meio político devido ao leque de cargos que passaram a garantir obrigatoriamente a candidatura de ambos os gêneros, como expõe a Lei em seu Art. 10:

Art. 10. Cada partido poderá registrar candidatos para a Câmara dos Deputados, Câmara Legislativa, Assembleias Legislativas e Câmaras Municipais, até cento e cinquenta por cento do número de lugares a preencher.

⁶ Informação divulgada no site do Instituto de Economia da UFRJ.

§ 3º Do número de vagas resultante das regras previstas neste artigo, cada partido ou coligação deverá reservar o mínimo de trinta por cento e o máximo de setenta por cento para candidaturas de cada sexo.

No entanto, essas conquistas jurídicas possuem significantes limitações, pois da mesma forma que na legislação anterior, as vagas para @s candidat@s têm um novo aumento, passando de 120% para 150% do número de lugares a preencher. Já para as mulheres, o aumento restringiu-se a um percentual de 10% de uma legislação para a outra, permanecendo ainda a obrigatoriedade apenas de reservar tal percentual, ou seja, não era obrigatório o preenchimento efetivo do mesmo. Neste cenário, cabe o questionamento sobre o real objetivo da referida legislação, visto que põem em dúvida não somente a capacidade de alcançar um aumento significativo no número de mulheres na esfera política, como também a intenção do legislador, já que a utilização de políticas afirmativas possui o objetivo precípua de proteger e promover efetivamente direitos de grupos específicos historicamente excluídos.

Porém, apesar de ainda vigência da Lei 9.504/97, está tramitando uma nova proposta legislativa que visa regulamentar o processo eleitoral brasileiro. Inicialmente considerada como uma “reforma política” o resultado é majoritariamente considerado aquém do esperado.

Sobre alterações na legislação eleitoral de interesse das mulheres o projeto aprovado na Câmara estabelece a destinação de 5% do Fundo Partidário na formação política das mulheres, assim como de 10% do tempo de propaganda partidária (fora de anos eleitorais) para promover e difundir a participação feminina. O texto incluiu uma punição para o partido que não cumprir a regra dos 5%: se não destinar esse percentual, deverá acrescentar mais 2,5% dos recursos do fundo no ano⁷.

⁷ O que pensamos sobre a reforma eleitoral aprovada? Nota do CFEMEA (Centro Feminista de Estudos e Acessória) em 17 de julho de 2009.

Parece-nos evidente que alguns avanços são perceptíveis com essa nova legislação, talvez o mais relevante seja a obrigatoriedade do preenchimento dos 30% das vagas destinadas às mulheres. Se anteriormente a simples reserva, era suficiente, com a nova legislação, existe inclusive uma clara punição para o descumprimento desta regra, punição que por sua vez irá contribuir com a reserva econômica que fomentará a própria inserção feminina na esfera política.

A obrigatoriedade de destinar determinado período de tempo para as candidatas nas propagandas eleitorais, também é de extrema relevância; porém, consideramos que neste ponto o avanço alcançado pela nova legislação é ainda muito limitado. A proposta encaminhada pela Bancada Feminina e pela Comissão Tripartite recomendava como necessário no mínimo 20% deste tempo destinado às candidatas. Essa foi uma das recomendações que após as negociações sofreu alteração e que consideramos, portanto, bastante negativa para a efetivação da igualdade de condições e consequentemente da participação entre os gêneros.

Outra recomendação elaborada pela Bancada Feminina e pela Comissão Tripartite foi a destinação de no mínimo 10% do Fundo Partidário para o incentivo a participação política feminina. O resultado aprovado na Câmara, como vimos, foi de apenas 5%. Ademais, deliberou-se pela necessidade de diminuição das vagas de candidaturas de 150% para 100% , posto que esta alteração significaria uma maior relevância no que tange a obrigatoriedade dos 30%. Esta proposta, no entanto, foi totalmente desconsiderada; bem como aquela que pretendia a estruturação de ação afirmativa focalizada para questões étnicas e raciais. Temos, portanto, no país latino americano de maior concentração de habitantes, uma forte predominância do patriarcalismo, que dificulta sobremaneira a construção da democracia substantiva que gostaríamos poder ver concretizar-se.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

As legislações dos países da América Latina e as atuações de organismos internacionais na busca pela igualdade de gênero, quando pensadas sob a ótica da significativa desigualdade numérica e as dificuldades ainda existentes no cotidiano das mulheres, podem nos levar à conclusão de que todas essas ações na luta por

tal eqüidade foram infecundas. Porém, não pretendemos minimizar as conquistas alcançadas, algumas das quais aqui brevemente apresentadas.

Por limitações óbvias, não existe a pretensão de esgotar o assunto nesta pesquisa inicial sobre o tema, mas consideramos válido destacar que, a construção de uma aceitabilidade social no que diz respeito à presença feminina na esfera política, que possui função de difícil análise, se foi fruto ou origem de tais legislações, tendo possivelmente uma relação de reciprocidade; bem como as previsões constitucionais dos três países e as Leis de Cotas na Argentina e no Brasil são, sem dúvida, fatores fundamentais no modo de pensar a busca pela igualdade. A aceitação de sua relevância, não exclui a possibilidade de considerarmos outras formas de inclusão feminina na vida política, inclusive de forma conjunta com as já existentes.

Referências Bibliográficas

ARISTOTELES. **Política**. Brasília: UnB, 1985.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil – 1988**. 31. ed. Brasília: Senado Federal, 2003.

CENTRO DE ESTUDOS E ACESSORIA – CFEMEA. **O que pensamos sobre a reforma eleitoral aprovada?** Disponível em: <<http://www.cfemea.org.br/noticias/detalhes.asp?IDNoticia=973>> Acesso em: 04 de agosto de 2009.

DÁVILA, Miryam Garcés. **Informe Bianual del Ecuador para la Trigésima Primera Asamblea De Delegadas De La Cim: 2000-2002**. Disponível em: <www.oas.org/cim/XXXI%20Asamblea%20de%20Delegadas/Informe%20Nacional.Ecuador.esp.doc> Acesso em: 04 de agosto de 2009.

LOURO, Guacira Lopes. **Gênero, sexualidade e educação: uma perspectiva pós-estruturalista**. Petrópolis, RJ: Vozes, 1997.

MALUF, Sahid. **Teoria Geral do Estado**. 27ª ed.. São Paulo: Saraiva, 2007.

PINTO, Céli Regina Jardim. **Teorias da Democracia Diferenças e identidades na contemporaneidade**. Porto Alegre: EDIPUC, 2004.

STOLZ, Sheila. **O Direito a não ser discriminado por razão de gênero segundo a Scottish Court of Session: Apreciação de um Precedente Judicial.** Porto Alegre: Revista Eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região, Edição Especial nº 07, 2006, pp. 17-25.

UNITED NATIONS INTERNATIONAL RESEARCH AND TRAINING INSTITUTE FOR THE ADVANCEMENT OF WOMEN. **Mujeres Políticas Llamam para una Democracia más Inclusiva.** Disponível em: < www.un-instraw.org/.../mujeres-politicas-llaman-para-una-democracia-mas-inclusiva-en-america-la-2.html> Acesso em: 05 de agosto de 2009.



Editora e Gráfica Universitária
PREC - UFPel